



Facultad de Ciencias Jurídicas

Carrera de Derecho

EL CONTACTO CON FINALIDAD SEXUAL, CON MENORES DE 18 AÑOS, POR MEDIOS ELECTRÓNICOS: ESTRUCTURA DEL TIPO PENAL Y APLICABILIDAD PRÁCTICA

**Trabajo de titulación previo a la obtención del grado
de Abogada**

Autora

Paola Yajaira Zhunio Chamba

Director

Pablo Leoncio Galarza Castro

Cuenca – Ecuador

Año 2025

DEDICATORIA

A mis padres, Paul y Yolanda, y a mi hermano Christopher, a quienes les debo todo lo que soy por su constante e inmenso amor, esfuerzo y paciencia

A quienes amo y me aman

AGRADECIMIENTO

A mi familia, mami, papi y ñaño principalmente, por su inmenso amor y apoyo durante todos estos años, en donde no me permitieron rendirme las innumerables veces que quise hacerlo y siempre estuvieron junto a Adara y Canela para darme su amor siempre que lo necesitaba.

A quien en su momento fue como un jefe para mí, Guille, gracias por introducirme en este mundo del Derecho y ser un mentor cada vez que tenía dudas, dándome una mano para que ame el área Penal.

A mi director de tesis por sus enseñanzas, guía y acompañamiento durante toda esta travesía, así como al personal de la Fiscalía, quienes sin su ayuda no hubiera sido posible lograr esta tesis.

A mis amigos que las universidades y la vida me brindaron, a aquellos de la carrera de Laboratorio Clínico, gracias por ser un apoyo constante, motivarme a seguir con ambas carreras, quererme, sacarme risas y seguir conmigo en esta alocada aventura desde que nuestros caminos se cruzaron.

Y, por último, pero no menos importante, a mí misma, porque es admirable y muy loco de mi parte no rendirme cuando las cosas se ponían color de hormiga al arriesgarme física y mentalmente con un mundo distinto en otra carrera a la par; te admiro y te quiero mucho Pao, me siento orgullosa de ti, de lo que hemos logrado y estoy segura de que seguiremos logrando.

EL CONTACTO CON FINALIDAD SEXUAL CON MENORES DE 18 AÑOS POR MEDIOS ELECTRÓNICOS: ESTRUCTURA DEL TIPO PENAL Y APLICABILIDAD PRÁCTICA

RESUMEN

El presente trabajo de investigación aborda la conceptualización y análisis del tipo penal del contacto con finalidad sexual con menores de dieciocho años por medios electrónicos, comúnmente conocido como “child grooming” no solo desde la estructura objetiva del tipo penal, sino también la problemática en torno a los elementos objetivos como la interpretación de ciertos términos condicionantes que resultan relevantes en el ilícito, la adecuación de las conductas a dichos elementos del ilícito por parte de los sujetos activos, y la errónea estructura que contiene actualmente este tipo penal, lo cual ha implicado falencias en cuanto a su perseguibilidad y el efectivo ejercicio de la acción penal.

El objetivo fue comprobar que dichas falencias afectan significativamente a la aplicabilidad práctica del tipo penal; esto se realizó por medio del estudio y análisis de casos en concreto sobre este ilícito que se llevaron dentro de la Fiscalía Especializada II de Género del Azuay para finalmente brindar una estructura y estrategias adecuadas que a futuro ayuden a que esta norma no siga quedando en simple letra muerta cuando se trata de precautelar tanto la libertad como la indemnidad sexual de los menores de edad.

Palabras clave:

Child grooming, ciberdelitos, embaucamiento, indemnidad sexual, violencia sexual

**SEXUAL CONTACT WITH MINORS UNDER 18 YEARS OF AGE BY
ELECTRONIC MEANS: STRUCTURE OF THE CRIMINAL TYPE AND
PRACTICAL APPLICABILITY**

ABSTRACT

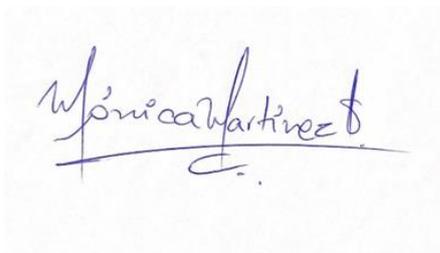
This research addresses the conceptualization and analysis of the criminal offense of sexual contact with minors under eighteen years of age by electronic means, commonly referred to as “child grooming.” The study examines not only the objective structure of the offense but also issues related to the interpretation of key elements—such as the meaning of certain qualifying terms, the alignment of offender conduct with those elements, and the flawed current legal structure of the offense—which have led to difficulties in prosecution and the effective exercise of criminal action.

The objective was to demonstrate that these deficiencies significantly impair the practical applicability of the criminal provision. This was achieved through the study and an analysis of specific cases processed by the Specialized Prosecutor II of Gender in Azuay. Based on these findings, the research proposes a revised structure and suitable strategies to ensure that this legal norm does not remain a dead letter, thereby strengthening the protection of minors’ sexual freedom and indemnity.

Keywords:

Child grooming, cybercrime, enticements, sexual indemnity, sexual violence

Approved by

A handwritten signature in blue ink that reads "Mónica Martínez Sojos" with a horizontal line underneath the name.

Lcda. Mónica Martínez Sojos, PhD (C)
Cod. 29598

ÍNDICE DE CONTENIDO

| | |
|---|-----|
| DEDICATORIA..... | I |
| AGRADECIMIENTO..... | II |
| RESUMEN..... | III |
| ABSTRACT..... | IV |
| ÍNDICE DE CONTENIDO..... | V |
| INTRODUCCIÓN..... | 1 |
| CAPÍTULO 1 ESTRUCTURACIÓN OBJETIVA DEL ARTÍCULO 173 DEL COIP. CONTACTO CON FINALIDAD SEXUAL CON MENORES DE DIECIOCHO AÑOS POR MEDIOS ELECTRÓNICOS..... | 3 |
| 1.1 ESTRUCTURA OBJETIVA DE LOS TIPOS PENALES..... | 6 |
| 1.1.1 <i>Elemento objetivo del tipo</i> | 7 |
| 1.1.1.1 Elemento normativo..... | 7 |
| 1.1.1.2 Sujeto activo..... | 8 |
| 1.1.1.3 Sujeto pasivo..... | 9 |
| 1.1.1.4 Verbo rector..... | 9 |
| 1.1.1.5 Objeto material..... | 10 |
| 1.1.1.6 Bien jurídico protegido..... | 10 |
| 1.1.1.6 Elemento condicionante del tipo penal..... | 11 |
| 1.1.1.7 Resultado..... | 11 |
| 1.2 ESTRUCTURA OBJETIVA DEL ARTÍCULO 173 DEL COIP..... | 12 |
| 1.2.1 <i>Sujeto activo</i> | 12 |
| 1.2.2 <i>Sujeto pasivo</i> | 12 |
| 1.2.3 <i>Verbo rector</i> | 12 |
| 1.2.4 <i>Bien jurídico protegido</i> | 13 |
| 1.2.5 <i>Objeto material</i> | 14 |
| 1.2.6 <i>Elemento condicionante</i> | 14 |
| 1.3 ANÁLISIS DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO..... | 15 |
| CAPÍTULO 2 ANÁLISIS DEL TÉRMINO “FINALIDAD SEXUAL” COMO ELEMENTO CONDICIONANTE DEL TIPO PENAL QUE DIFICULTA LA APLICACIÓN..... | 17 |
| 2.1 DEFINICIÓN DEL TÉRMINO “FINALIDAD SEXUAL” COMO ELEMENTO CONDICIONANTE Y NORMATIVO DEL TIPO..... | 17 |
| 2.1.1 <i>Definición de finalidad sexual</i> | 17 |
| 2.1.2 <i>Elemento normativo del tipo</i> | 19 |
| 2.1.3 <i>Elemento condicionante del tipo</i> | 21 |
| 2.2. PROBLEMÁTICA EN TORNO AL ELEMENTO CONDICIONANTE QUE IMPIDE UNA DEBIDA ADECUACIÓN DE CONDUCTAS DEL SUJETO ACTIVO..... | 22 |
| 2.3. ANÁLISIS DE LAS DENUNCIAS PRESENTADAS POR CASOS DE GROOMING EN EL AZUAY (CUENCA-FISCALÍA 2 DE GÉNERO)..... | 24 |
| CAPÍTULO 3 CUESTIONAMIENTO DE LAS FALENCIAS EN LA ESTRUCTURA DEL TIPO PENAL DE CONTACTO CON MENORES DE EDAD CON FINES SEXUALES: UN ENFOQUE JURÍDICO PENAL EN BASE AL ANÁLISIS DE SU EFECTIVIDAD PRÁCTICA..... | 29 |
| 3.1 EFECTIVIDAD PRÁCTICA DEL TIPO PENAL..... | 29 |
| 3.2 ESTRUCTURA ADECUADA QUE DEBERÍA CONTENER EL TIPO..... | 34 |
| CONCLUSIONES..... | 36 |
| REFERENCIAS..... | 38 |

INTRODUCCIÓN

Hoy en día, la tecnología y los medios electrónicos forman parte de nuestro vivir de manera casi indispensable, y esto se ha hecho mucho más evidente a raíz de ciertos eventos como el COVID-19 y el confinamiento al que toda la humanidad se tuvo que acoger; debido a esto, la exposición a medios electrónicos y redes sociales ha significado también estar expuestos a peligros que acechan estas herramientas.

Los delitos cibernéticos, principalmente delitos de índole sexual, en donde los menores de edad son las víctimas más frecuentes, sobre todo por el fácil acceso que tienen a distintas redes sociales en medios electrónicos, es eje principal de esta investigación.

El delito de lo que se denomina ‘child grooming’ no es algo reciente, sin embargo, con el auge de las tecnologías de la información, el cometimiento de dicho ilícito se ha vuelto más común, vulnerando no solo la indemnidad de los menores de edad sino también su seguridad tanto dentro como fuera de la red, al estar expuestos a comportamientos de adultos que mediante engaños buscan en los menores obtener algún tipo de satisfacción de índole sexual por medio de la interacción con estos y posteriormente proponer un encuentro, que, en el peor de los escenarios podría conllevar a otros delitos más graves tales como el abuso sexual o una violación, pues este delito es una grave forma de abuso sexual infantil y explotación, que en la mayoría de los casos involucran manipulación, coerción o engaño.

Para algunos escritores, el grooming lo definen como el proceso de entablar una amistad con un menor con la intención de un abuso sexual, mientras que, para otros, es visto como un acto de depredación que facilitaría el abuso sexual u otros delitos de índole sexual (Aksoy Retornaz, 2022).

Es así que, en el Código Orgánico Integral Penal (COIP), desde 2014 se incorporó un artículo que busca regular esta actividad delictiva, tipificando el contacto con fines sexuales a menores de edad por medios electrónicos en su artículo 173, el cual manda que “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” (COIP, 2014).

Sin embargo, pese al esfuerzo de dicha ley, no ha tenido la efectividad que se pretendía en un principio, y esto porque dicho artículo tiene varias falencias que han impedido su

correcta aplicación, y esto se puede corroborar con las cifras expuestas por la misma Fiscalía General del Estado.

A lo largo de esta investigación, en su primer capítulo se analizará la estructura de los tipos penales y específicamente del art. 173 así como el bien jurídico protegido en este tipo penal; para en su segundo capítulo continuar con el análisis del término “finalidad sexual” como un elemento condicionante del delito del “grooming” que dificulta su aplicación para la debida protección del bien jurídico estudiado previamente, además de la problemática que presenta este elemento condicionante en cuanto a la adecuación de conductas del sujeto activo en este tipo; finalmente, luego de hacer una revisión de las denuncias realizadas de este delito y que desde 2015 se encuentran investigación previa sin avances significativos, se procederá al cuestionamiento de las falencias de este tipo penal y la efectividad práctica del mismo, y con ayuda de una mesa de expertos se discutirá una estructura adecuada para que dicho tipo penal pueda cumplir el objetivo que se planteó en la normativa.

CAPÍTULO 1

ESTRUCTURACIÓN OBJETIVA DEL ARTÍCULO 173 DEL COIP. CONTACTO CON FINALIDAD SEXUAL CON MENORES DE DIECIOCHO AÑOS POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

Dentro de los delitos que atentan contra la libertad sexual y reproductiva de las personas, en la cuarta sección del Código Orgánico Integral Penal, surge un artículo que busca proteger a uno de los grupos más vulnerables de nuestra sociedad, los niños, niñas y adolescentes; el COIP en su art. 173 tipifica el contacto con finalidad sexual con menores de dieciocho años por medios electrónicos en “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” (COIP, 2014, p.73).

En los últimos años, delitos de esta índole se han incrementado y muy pocos han sido sancionados, por lo que, a raíz de aquello, han surgido varias investigaciones respecto al tema, como lo que menciona Moncada-Roblez et al. (2022), pues según sus palabras, la indemnidad 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, pero, ¿de verdad existe dicha protección y además efectiva? Lo cierto es que se está fallando en esta protección y es principalmente por un tema de estructuración que tiene el tipo penal, puesto que su peculiar estructura puede llegar a ser insuficiente para lograr el fin para el cual estaba pensado en una primera instancia, al no poder proporcionar el nivel de protección necesario o no ser lo suficientemente disuasoria para prevenir estas conductas peligrosas en contra de los menores en primer lugar.

En este artículo “solo se sanciona estos actos preparatorios (el acercamiento) de orden secuencial, pero no define con exactitud la sanción, cuando se materializa estos actos con fines sexuales” (Zamora-García & Arandia-Zambrano, 2022, p. 525), lo cual marca un problema que se menciona con anterioridad en esta investigación, puesto que este término “finalidad sexual” funge como una especie de condicionante, en razón de que, el texto claramente establece que se sanciona la proposición más no el contacto, además, dicha proposición deberá “estar acompañada de actos materiales encaminados al acercamiento con finalidad sexual o erótica” para que pueda ser sancionada, por lo mismo, surge la interrogante ¿cuál es el significado de éstos conceptos “finalidad sexual” o “finalidad erótica”? la cual

nos puede brindar luces sobre la subjetividad de Fiscales a la hora de acusar y de Jueces al sancionar, que impediría una efectiva aplicación del tipo penal.

Asimismo, Pazmiño (2020) menciona que “las víctimas piensan que, al no haberse configurado el abuso sexual clásico, o por vergüenza o temor, no denuncian estos hechos” y en la mayoría de los casos esto es cierto, por lo cual se debería, y como el mismo autor manifiesta, que se recomiende establecer mecanismos que reduzcan significativamente la probabilidad de cometimiento de estas conductas, ya sea con asesoramiento a los niños y adolescentes respecto al uso correcto del internet, así como el no revelar datos personales, fotografías comprometedoras, videos, lugares de ubicación. (Pazmiño, 2020).

Estos estudios previos, cuestionando ya sea la necesidad de tipificar este delito o la regulación del mismo dentro de la legislación ecuatoriana, abarcan apenas la superficie de un tema tan amplio que merece mayor análisis; sin embargo, muy poco se ha hecho mención a la estructura de este tipo penal y se ha cuestionado la misma, por lo que la presente investigación ha tomado en cuenta principalmente estudios realizados con anterioridad sobre el “child grooming” como base para plantear una nueva arista de análisis en relación a ésta problemática.

Por otro lado, este marco teórico ha considerado algunas nociones básicas como la protección de menores de edad, especialmente la indemnidad sexual de éstos y la regulación de la misma dentro de diversos cuerpos normativos como en el Código Orgánico Integral Penal, Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, debido a la constante exposición que los niños, niñas y adolescentes tienen en la actualidad en redes sociales y los peligros a los que se enfrentan, puesto que “los medios electrónicos constituyen formas para el cometimiento de los delitos de contacto con finalidad sexual con menores de dieciocho años” (Pérez Yauli et al., 2022, p. 171).

Hoy en día, en una era donde la interacción digital se ha vuelto parte de la vida cotidiana de las personas, y más aún de los menores de edad, el art. 173 del Código Orgánico Integral Penal (COIP) emerge como un pilar fundamental en la protección de este grupo vulnerable contra delitos sexuales, puesto que, debido al desarrollo avanzado de las tecnologías de la información y comunicación (TIC), según Zamora-García & Arandia-Zambrano (2022), se convierten en víctimas de novedosas formas de delinquir mediante el uso de los medios tecnológicos, como en el caso del delito “Child Grooming”.

Según Cruz Bolívar (2022) es ante esta realidad, que incluso la comunidad internacional ha intervenido, y ha presionado a los diferentes estados mediante documentos expedidos tanto por la ONU, UNICEF, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), entre muchos más, para que se pronuncien respecto a este problema y tomen medidas en todos los sentidos posibles para hacer frente a la criminalidad que afecta a niños, niñas y adolescentes en la red; por ejemplo, un primer instrumento internacional a fin de hacer frente a esta criminalidad surge en Europa bajo el nombre del “Convenio sobre la Ciberdelincuencia” o “Convenio de Budapest del 2001” el cual establece la obligación de los estados de precautelar la seguridad de los menores de edad ante estos ilícitos al tipificar ciertos delitos que se cometen mediante sistemas informáticos, principalmente los de delitos relacionados a la pornografía infantil; así, siguiendo este mismo hilo de prevenir delitos de esta índole, uno de los primeros convenios que trató el tema específico del “child grooming” fue el Convenio de Lazarote, suscrito el 12 de noviembre de 2010 bajo el nombre de Online Child Grooming, descrito como “la propuesta de un encuentro sexual por parte de un adulto a un menor de edad, utilizando medios telemáticos” (Torres Manrique Jorge Isaac & Cornejo Aguiar José Sebastián, 2020), y que según el International Centre for Missing & Exploited Children [ICMEC] (2017) dicha propuesta se acompañe de actos materiales que lleven al encuentro.

En el caso de Ecuador, desde el 2014 con la vigencia del COIP se introduce en la legislación el artículo mencionado en párrafos previos, el cual trata sobre la INDEMNIDAD SEXUAL, misma que “es exclusivamente para los incapaces y las personas que no posean el rango de edad para ser considerados adultos, los cuales, se encuentran en desarrollo progresivo de la sexualidad para alcanzar la plena madurez física, psíquica y sexual” (Jerves & Rodríguez Tapia, 2020, p. 113), que en nuestro caso es el menor de edad, y que se pretende proteger al tipificar el tipo penal sobre el “contacto con finalidad sexual con menores de dieciocho años por medios electrónicos”, previsto en la sección cuarta de los delitos contra la libertad sexual y reproductiva (Toaquiza, 2017 en Zamora-García & Arandia-Zambrano, 2022).

Este tipo penal se basa en la acción de un adulto, que mediante acto doloso propone concretar un encuentro con un menor de edad, dicho encuentro deber estar encaminado a actos materiales de índole libidinosa, sexual o erótica, además de ser mediante cualquier medio electrónico; sin embargo, la introducción de este tipificación penal ha estado ligada al interés mediático que envuelven los hechos delictivos en los que se encuentran

involucrados menores de edad, pese a esto, gran parte de doctrinarios penales tildan a este tipo penal como una figura meramente simbólica (Sánchez Vilanova, 2023) debido a que su aplicación práctica y estructura legal plantean interrogantes críticos sobre su efectividad real invitando a un análisis exhaustivo y un cuestionamiento profundo de sus mecanismos y alcance.

A lo largo del primer capítulo de esta investigación se abordará la estructura actual que tiene dicho artículo y el tipo penal que en él se contempla, analizando y desarrollando cada uno de los elementos del tipo más importantes, puesto que, si bien el verbo rector es el “contactar con finalidad sexual”, según Pazmiño (2020), en el delito de “child grooming” lo que se estaría castigando sería un acto preparatorio constituido por el hecho de que el sujeto activo se contacte con un menor de dieciocho años y le proponga un encuentro para fines sexuales.

En el segundo capítulo se analizará el término “finalidad sexual” y cómo este, es captado como elemento condicionante del tipo penal que dificulta su debida aplicación, al establecer que lo que se sanciona es la proposición, más no el contacto.

Finalmente, en el último capítulo, una vez analizada la estructura del tipo y la condicionante que éste presenta, con ayuda de una mesa de expertos se procederá a cuestionar desde un enfoque jurídico penal sociológico las falencias que se desarrollan en la estructura del mencionado artículo, puesto que, en la práctica, como explica Pazmiño González (2020), “el problema de este tipo penal, “child grooming”, no es de tipicidad, sino de perseguibilidad”.

1.1 Estructura objetiva de los tipos penales

En el Derecho Penal, analizar la estructura objetiva de los tipos penales nos ayuda a comprender los mismos y poder conocer cuál es el elemento que diferencia un tipo penal de otro.

Por lo general, cada tipo penal mantiene una estructura en la cual podemos identificar distintos elementos, algunos que serán de índole objetiva y otros que serán de uso subjetivo; sin embargo, dependiendo del tipo penal, estos elementos pueden variar. Por un lado, la parte objetiva se analiza para entender de manera completa y detallada la descripción fáctica del acto delictivo, para lo cual se utilizan narrativas que pueden ser tanto de naturaleza descriptiva, donde se detallan los hechos de manera objetiva y clara, como de naturaleza

normativa, donde se incluirán interpretaciones y evaluaciones basadas en normas jurídicas y sociales; mientras que la parte subjetiva hace referencia a “la intención del justiciable al momento de realizar tal hecho fáctico” (Salazar Icaza, 2021).

Tanto es así que, por ejemplo, no es lo mismo el sujeto activo en un delito de abuso sexual que en un delito de estupro; en el primero, el sujeto activo será cualquier persona, ya sea hombre o mujer, mientras que en el estupro, dicho sujeto activo será cualquier persona mayor de dieciocho años; o en el caso del sujeto pasivo, en el abuso sexual será cualquier persona independientemente del género o la edad, a diferencia del estupro, en el que el sujeto pasivo será exclusivamente un mayor de catorce años pero menor de dieciocho años.

Por lo tanto, es imprescindible revisar los elementos que sirven para conformar el concepto del tipo, que en este caso en particular se enfatiza en los elementos del espectro objetivo.

1.1.1 Elemento objetivo del tipo

El elemento objetivo abarca el lado externo de la conducta, es decir, según palabras de Zaffaroni, “constituye la objetivación de la manifestación de voluntad, su exteriorización, lo que conforma su aspecto central básico” (Zaffaroni, 1998, p. 263), y está integrado por un elemento normativo, sujeto activo, sujeto pasivo, verbo rector, objeto material, bien jurídico protegido y resultado (en los delitos materiales).

1.1.1.1 Elemento normativo

Los elementos normativos se entienden que son aquellos que requieren de una valoración por parte del juez que ha de aplicar la ley. Dicho esto, esta valoración puede proceder de distintos ámbitos, sean estos referentes al mundo físico o psíquico, es decir, “los elementos normativos tendrán como característica el predominio de una valoración que no resulta factible de percibir por medio de los sentidos” (Plascencia Villanueva, 1998).

Por lo general, cuando hablamos del aspecto objetivo del tipo penal, este no comprende contenidos de carácter normativo, pero a veces lo hace, y ante tal caso nos encontramos en presencia de los llamados “elementos normativos de los tipos penales”; sin embargo, estos mismos contenidos conllevan problemas, pues se entienden varios conceptos que han llevado a confusiones, sobre todo en cuanto a las relaciones entre tipicidad y antijuridicidad.

Al definir un tipo de conducta, inicialmente se recurre a una descripción detallada de sus características distintivas, lo que permite diferenciarlo de otros tipos de conducta. Esta descripción objetiva actúa como un elemento individualizador, facilitando su identificación

en casos concretos. Sin embargo, muchas veces, además de describir una conducta, se le atribuye un valor moral o social. Es decir, se emite un juicio sobre si dicha conducta es correcta o incorrecta, justa o injusta, legal o ilegal. Estas valoraciones, basadas en normas sociales, leyes o principios morales, complementan la descripción objetiva y aportan una dimensión evaluativa a la definición del tipo de conducta.

Por consiguiente, es imperativo distinguir estos elementos de los que son descriptivos y de referencias que pueden existir a la antijuridicidad y que no forman parte del tipo en su elemento objetivo. Es así que “se tratará de elementos normativos del tipo (y no de antijuridicidad), cuando sirvan para individualizar conductas, mas no cuando impliquen un desvalor definitivo”. Se tratará de los mismos elementos (y no de elementos descriptivos) cuando para su comprensión remitan a una valoración jurídica o cultural.” (Zaffaroni, 1998).

1.1.1.2 Sujeto activo

En el delito, como obra humana, siempre tiene un autor, aquél que precisamente realiza la acción prohibida u omite la acción esperada. Normalmente, en el tipo se alude a dicho sujeto con expresiones impersonales como «el que» o «quien» (Francisco Muñoz Conde & Mercedes García Arán, 2010).

Siguiendo ese orden, es menester recordar los tipos de delitos que pueden existir, esto en razón de que en base a estos se determinara si se trata de un sujeto activo calificado o no, así pues, en los delitos comunes hallamos que el sujeto activo del delito puede ser cualquier individuo, cuya presencia se describirá con los términos «la persona que» o «quien», es decir que no necesita de ninguna calidad especial para realizar la conducta descrita en el tipo penal, como por ejemplo en el delito de abuso sexual (art. 170 COIP primer inciso) en el cual el sujeto activo es genérico porque cualquier persona puede realizar la acción descrita en la norma como típica; muy distinto a los delitos especiales en donde el sujeto activo de los mismos sólo puede serlo aquella persona que, además de realizar la acción típica, tenga las cualidades exigidas en el tipo, como lo es por ejemplo el «servidor público» en el incremento injustificado de su patrimonio en el enriquecimiento ilícito (art. 279 COIP).

Asimismo, de estos delitos especiales devienen los delitos especiales en sentido amplio o impropios, delitos especiales en sentido estricto o propios, y delitos de propia mano; en ese sentido, los primeros se refieren a los delitos que no tienen relación con algún delito base y que se encuentran descritos desde el inicio con un sujeto activo calificado como por ejemplo el prevaricato de jueces (art. 168 COIP); los delitos en sentido estricto por otro lado, tiene relación con un delito común, sin embargo, “la realización por determinadas personas

hace que éste se convierta en un tipo autónomo distinto, con punición también distinta” (Francisco Muñoz Conde & Mercedes García Arán, 2010, p. 259), es decir, hace que la calificación jurídica cambie.

Finalmente, los delitos especiales de propia mano son aquellos en donde, según Muñoz Conde y García Arán (2010), se exige la realización de una acción determinada y solo el que se encuentre en posición de ejecutarla inmediata y corporalmente, por sí mismo, puede ser sujeto activo o autor en sentido estricto de la acción descrita en el tipo penal y no otro, es decir, solo quien se encuentre en determinada posición para cometer el delito puede cometerlo.

1.1.1.3 Sujeto pasivo

El sujeto pasivo por otro lado, es quien sufre de manera directa la actividad delictiva, es el titular del bien jurídico a proteger, por lo que se vuelve imperativo establecer la relación entre el titular del bien y la afectación de éste, así pues “la distinción tiene importancia en algunos casos para saber quién está legitimado para consentir y disponer del bien jurídico” (Francisco Muñoz Conde & Mercedes García Arán, 2010, p. 262), esto, puesto que en ocasiones el titular del bien jurídico protegido no siempre va a coincidir con el sujeto sobre el cual va a recaer la acción penal, por ejemplo, en el delito de estafa, si bien el sujeto pasivo es el perjudicado patrimonialmente por un engaño, dicho engaño también puede recaer sobre otra persona como un empleado, administrador, etc.

Asimismo, se debe tener en consideración que, en cuanto al sujeto pasivo, éste puede ser determinado e indeterminado. Básicamente, dentro del primer espectro, el sujeto pasivo requiere una cualidad o calificación específica, como lo es en el caso de femicidio, en donde, siguiendo la regulación del art. 141 del COIP, el sujeto pasivo del tipo será una mujer; mientras que, en lado indeterminado, el sujeto pasivo es más genérico, es decir, puede ser cualquier persona sin una calificación especial.

1.1.1.4 Verbo rector

La conducta del tipo penal, la cual es entendida como comportamiento humano, ya sea acción u omisión, constituye el elemento más importante del espectro objetivo, es decir, el núcleo del tipo. Esta conducta está descrita por un verbo rector (matar, robar, falsear, abusar, traficar, captar, etc.), el cual puede indicar una acción o una omisión. Cuando el tipo exige la realización de un acto sin más, nos encontramos frente a los llamados *delitos de mera actividad*, puesto que no es necesario un resultado y solo se verifica la conducta para que la consumación del ilícito sea perfecta; a diferencia de los *delitos de resultado*, en los cuales,

además de exigir la realización de una acción, se exige también la producción de un resultado material de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.

Adicionalmente, dependiendo de la conducta o conductas, se puede llegar a hablar de delitos simples y delitos compuestos; estos últimos a su vez se subclasifican según Muñoz Conde (2010) en complejos, los cuales se caracterizan por la convergencia de dos o más acciones, en donde cada una es constitutiva de un delito independiente, pero su combinación da origen a un complejo delictivo autónomo diferente; y mixtos, en donde el tipo penal abarca diversas formas de conducta bajo la misma amenaza de sanción, así pues, bastaría con que una de esas conductas se lleve a cabo para que el delito se configure.

1.1.1.5 Objeto material

Cuando hablamos del objeto material del delito, hacemos alusión al objeto o cosa del mundo exterior sobre la que recae directamente el núcleo del tipo (verbo rector), llegando a ser incluso personas. Frente a esto último, existen ocasiones en donde el objeto material y el sujeto pasivo son un solo elemento, como lo es en el caso del homicidio (art. 144 COIP), pues la acción de matar recae sobre una persona que es el objeto material y que a su vez es el sujeto pasivo, pues es titular de un jurídico que es la vida, la cual se vio vulnerada al ejecutar la acción de matar.

Empero, también existe el supuesto en donde el objeto material y el sujeto pasivo son dos elementos distintos, como por ejemplo en el delito del hurto (art. 196 COIP), en donde el sujeto pasivo será aquella persona que vea afectado su patrimonio por el tipo penal, mientras que el objeto material será la cosa mueble ajena.

1.1.1.6 Bien jurídico protegido

Uno de los fines del Derecho Penal es el de proteger bienes jurídicos, y para llevar a cabo dicha función protectora es que “eleva a la categoría de delitos, por medio de su tipificación legal, aquellos comportamientos que más gravemente lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos protegidos” (Zaffaroni, 1998). Por lo tanto, el bien jurídico protegido será la clave que nos permitirá descubrir y ahondar en cuanto a la naturaleza del tipo, lo que le dará un sentido y fundamento.

Se habla de que el bien jurídico es el valor que la ley quiere proteger de las conductas que puedan dañarlo, y que, en base al principio de mínima intervención penal, el legislador solo utilice el Derecho penal para proteger bienes jurídicos considerados verdaderamente

importantes y que tipifique aquellos comportamientos verdaderamente lesivos o peligrosos para esos bienes jurídicos.

El concepto de "bien jurídico" se usa en Derecho penal para clasificar los delitos basándose en el tipo de bien protegido (como delitos contra la vida, el honor, el patrimonio, etc.). Según esta clasificación, se diferencian los bienes jurídicos individuales (como la vida, la libertad, el honor) de los comunitarios (como la salud pública, la seguridad del Estado, el orden público). Sin embargo, esta distinción no es absoluta, ya que tanto los bienes individuales como los comunitarios son importantes para el individuo. Es esencial que se respeten los bienes jurídicos que afectan directamente a la persona, así como aquellos que impactan el orden social en el que vive y se desarrolla.

Además, como se dijo en líneas anteriores, hay que tener en cuenta que, si bien por lo general el titular del bien jurídico es el sujeto pasivo, esto no siempre coincide, y pueden existir escenarios en donde el titular del bien jurídico protegido en el tipo legal no coincide con el sujeto sobre el que recae la acción típica.

1.1.1.6 Elemento condicionante del tipo penal

Existen ocasiones en las que para que un delito se configure es imperativo que se lleven a cabo ciertas condiciones, lo que se conoce como elementos condicionantes del tipo. Así, por ejemplo, en el delito del femicidio (art. 141 COIP), un elemento condicionante es que, como resultado de relaciones de poder manifestadas en cualquier tipo de violencia, se dé muerte a una mujer por el hecho de serlo o por su condición de género, caso contrario, dicho delito no se configuraría y se estaría frente a otro tipo de delito como el homicidio (art. 144 COIP).

1.1.1.7 Resultado

El resultado es otro de los elementos de la estructura objetiva de los tipos penales; este a su vez se va a diferenciar en resultados materiales y formales. Los primeros, que devienen obviamente de los delitos materiales, se refieren a aquellos en donde la consumación requiere un resultado posterior, externo y diferenciable al acto, como por ejemplo, la muerte en el homicidio; mientras que los resultados formales son aquellos en los cuales su simple actividad ya es un delito, tal es el caso de la tenencia y porte de armas (art. 360 COIP).

1.2 Estructura objetiva del artículo 173 del COIP

Al igual que cualquier tipo penal, el artículo 173 tiene una estructura objetiva que nos permite conocer cada uno de los elementos del tipo y analizarlos a detalle; es así que tenemos un sujeto activo, un sujeto pasivo, verbo rector y un bien jurídico protegido.

De tal manera, con el propósito de facilitar el estudio del mismo, es adecuado dividir los elementos de este tipo penal en dos: elemento objetivo y elemento subjetivo; haciendo énfasis en el elemento objetivo.

1.2.1 Sujeto activo

El sujeto activo es aquel que comete el delito; en este caso no se hace diferencia entre hombre o mujer, puesto que puede ser cualquier persona independientemente de su sexo e incluso edad. Al solo establecer “la persona que”, abre un gran espectro en cuanto a los actores de este delito, de tal manera que inclusive se podría hablar de menores de edad que perpetúen este tipo penal.

1.2.2 Sujeto pasivo

El sujeto pasivo es calificado, pues claramente son los menores de 18 años, independientemente de su sexo y personas con alguna discapacidad; esto último también toma fuerza, pues es considerado como un agravante en la única situación en la que el tipo penal se configura bajo la suplantación de identidad, pues es solo aquí, que se considera a una persona con discapacidad como sujeto pasivo; por otro lado, según Chávez Quinteros (2015) no existiría delito de grooming contra personas mayores de 18 años que no padezcan de discapacidad, lo cual conlleva tácitamente a que la misma norma permite que en estos casos se deba proseguir la acción penal a través de otros tipos penales contenidos en el propio COIP.

1.2.3 Verbo rector

El elemento constitutivo del tipo versa sobre que exista esta propuesta al sujeto pasivo un medio electrónico. Dentro del tipo penal del “grooming”, la conducta de este va acompañada de varias fases que permiten que se configure el delito, pues este, al ser un delito de mera actividad y peligro que necesita de un medio electrónico o telemático para que se produzca el acercamiento del adulto hacia el niño, niña o adolescente, no admite la figura de tentativa dentro de su naturaleza (Torres Manrique Jorge Isaac & Cornejo Aguiar José Sebastián, 2020).

Según este delito, el verbo rector es “proponga concertar un encuentro encaminado al acercamiento con finalidad sexual o erótica”; sin embargo, esto es muy amplio, puesto que para Chávez (2015) lo que se estaría sancionando son actos preparatorios a través de la tipificación, como en este caso, de delitos de peligro abstracto. Por tal motivo para entender mejor dicho verbo rector, cabe dirigirse a la definición del término proponer/propuesta, el cual es entendido como “*la proposición o idea que se manifiesta y ofrece a alguien para un fin*”, dicho en ese sentido, cuando el artículo que en cuestión se estudia hace referencia a el “contacto” este no se expresa de manera literal en la conducta, empero, se puede inferir que previo al acto de proposición del sujeto activo existen de por medio acciones encaminados a generar una especie de conexión o relación para con la víctima, en este caso el menor de edad, por un medio electrónico, para que así pueda llevarse a cabo y configurar el delito del contacto con finalidad sexual con menores de dieciocho años por medios electrónicos.

Adicional a esto, el mencionado delito se puede considerar mixto acumulativo, puesto que como lo expresa Buompadre, se debe precisar el contacto, la propuesta para concretar el encuentro y los medios materiales necesarios para que se efectúe un acercamiento con fines sexuales o eróticos, además, se debe mencionar que la acción típica se realiza aun cuando el encuentro no se concrete, a su vez, esta acción se debe llevar a cabo por “medios electrónicos o telemáticos” lo que añade eso como elemento necesario del tipo, aquí no cabe la materialización del delito si el contacto y la propuesta se realizaron de manera personal y física, aunque según lo expresa Cornejo Aguiar y Torres Manrique (2000) es cierto que si se podría dar el contacto de manera presencial y que la propuesta se lleve a cabo por los distintos medios electrónicos como lo sería el internet.

1.2.4 Bien jurídico protegido

Si nos guiamos por la línea de que los niños, niñas y adolescentes son miembros del grupo vulnerable de la población, por lo tanto, el bien jurídico a proteger es la indemnidad sexual y no la libertad sexual, recordando que, si bien ambos obedecen a una teoría dualista que nace de los delitos sexuales, al proteger la indemnidad sexual, lo que se busca proteger es el normal desarrollo y formación de la vida sexual del menor.

Así pues, “de acuerdo a todo lo expresado, comprobamos que el término indemnidad sexual se define como aquel estado o situación del que está libre de daño o perjuicio” (Verges Peñarrubia, 2019).

1.2.5 Objeto material

Como se dijo en párrafos previos, el objeto material es la cosa, objeto, valor y hasta persona sobre la que recae directamente la acción típica. Así pues, la materialidad de la acción no va encaminada a lesionar el bien jurídico protegido de la libertad sexual, puesto que el tipo penal, al precisar que la víctima es un niño, niña o adolescente, nos referiremos al concepto de indemnidad sexual. Por lo tanto, la acción penal recae sobre este “desarrollo progresivo de la sexualidad para alcanzar la plena madurez física, psíquica y sexual que les permitirá poseer autonomía en el ámbito sexual” (Jerves & Rodríguez Tapia, 2020).

Algunos autores han llegado a considerar este delito como pluriofensivo, esto en razón de que, además de lesionar los bienes jurídicos antes mencionados, también llega a atentar contra la seguridad virtual y autodeterminación informativa al hacer uso de medios electrónicos para llevar a cabo la acción penal, e incluso en los incisos en los que se alude a las situaciones que son agravantes del tipo, el sujeto activo o autor llega a atentar contra el derecho a la identidad en la red cuando se trata de la agravante de “suplantación de identidad de un tercero o usando una identidad falsa”.

1.2.6 Elemento condicionante

Sin duda, el hecho de que se contacte a un menor de edad con la finalidad de concretar un acto de naturaleza sexual o erótica es un elemento que condiciona al tipo penal, puesto que es esta finalidad de realizar dicho acto mencionado en líneas anteriores lo que haría que se configure el ilícito materia de estudio. Así pues, al abordar la posibilidad de considerar a los actos preparatorios, en este caso, contactar al menor de edad y proponer este encuentro con dicha finalidad como una condición del delito principal, haría que esta conducta preparatoria facilite el hecho delictivo principal, siendo así necesariamente que aquélla sea imprescindible.

Así también, de los elementos condicionantes se exige que dicho contacto sea entablado por cualquier medio electrónico, puesto que no cabría el ilícito si el contacto se lo efectúa de manera personal. Sin embargo, como menciona Verges (2019), el contacto inicial puede ser directo y prolongarse posteriormente por medios tecnológicos, y se debería especificar si el contacto es inicial o posterior.

Otro de los elementos que condicionan este tipo penal es que el contacto tenga como finalidad llevar a cabo actos de naturaleza sexual, así que, si nos guiamos por esta línea de ideas, es lógico pensar que si dicho contacto con un menor de edad por medios electrónicos no tiene como finalidad llevar a cabo un acto de índole sexual, dígame estos, obtención de

fotografías íntimas, y hasta encuentros que pueden llegar al cometimiento de otros delitos como abuso sexual o violación, no se estaría cayendo en el ilícito del artículo 173.

1.3 Análisis del bien jurídico protegido

Los bienes jurídicos surgen de los delitos debidamente tipificados en los códigos penales, mismos que constantemente evolucionan debido a las novedosas formas de delinquir hoy en día; tal es el caso de los delitos sexuales, que anteriormente en el Código Penal ecuatoriano de 1971 eran considerados como atentados contra el pudor público, y no fue hasta la reforma de 2014 con el Código Orgánico Integral Penal que dicha figura fue abolida para finalmente resguardar la libertad e indemnidad sexual como dos bienes jurídicos independientes el uno del otro.

Asimismo, para tener en claro cuál es el bien jurídico objeto de estudio, se debe diferenciar entre los conceptos de “libertad sexual”, indemnidad sexual” e “integridad sexual”, puesto que suele haber mucha confusión en torno a estos, así pues, la libertad sexual es el derecho de cada individuo a tomar decisiones libres y autónomas sobre su vida sexual, sin coerción, discriminación o violencia, incluida la capacidad de elegir con quién tener relaciones sexuales y bajo qué condiciones; la indemnidad sexual por otro lado, se refiere a la protección de las personas, especialmente menores de edad, contra cualquier acto que pueda afectar su desarrollo emocional y sexual normal; mientras que integridad sexual hace alusión a la protección de la persona contra cualquier forma de abuso o explotación sexual, es el derecho que se respete la integridad física y emocional en el ámbito sexual.

De lo dicho, entendemos que en la libertad e indemnidad sexual el sujeto de protección es diferente; sin embargo, la integridad sexual tiene íntima relación con la libertad sexual e indemnidad sexual de manera separada.

Hay que tener en cuenta que, si bien en los delitos de naturaleza sexual lo que se busca proteger es la libertad sexual, el bien jurídico cambia cuando el sujeto pasivo “no dispone de la capacidad para ejercer su libertad sexual”, por lo que se busca la protección de su indemnidad” (Jerves & Rodríguez Tapia, 2020).

Hay que recordar que en la teoría, la libertad sexual e indemnidad sexual son similares, pues ambos pertenecen a una teoría dualista que nacen de los delitos sexuales, sin embargo difieren al momento de la aplicación de la sanción al sujeto activo, por este motivo es que el bien jurídico de la “libertad sexual” es destinado a las personas que hayan cumplido con la

mayoría de edad; mientras que la “indemnidad sexual” está dirigida exclusivamente para los incapaces y aquellos que no tengan la capacidad o que no estén dentro del rango de edad para ser considerados adultos, los cuales, “se encuentran en desarrollo progresivo de la sexualidad para alcanzar la plena madurez física, psíquica y sexual que les permitirá poseer autonomía en el ámbito sexual”(Jerves & Rodríguez Tapia, 2020)

Lo cierto es que estos términos suelen generar confusión por la relación que existe entre ellos, y son varios los autores que suelen confundirlos y se refieren a la integridad sexual cuando se tratan de este tipo de delitos, y dejan completamente de lado la indemnidad sexual, que es a lo que nos referimos cuando versa sobre menores de edad, y sobre todo los menores de trece años.

CAPÍTULO 2

ANÁLISIS DEL TÉRMINO “FINALIDAD SEXUAL” COMO ELEMENTO CONDICIONANTE DEL TIPO PENAL QUE DIFICULTA LA APLICACIÓN

2.1 Definición del término “finalidad sexual” como elemento condicionante y normativo del tipo

2.1.1 Definición de finalidad sexual

Según la Real Academia Española (RAE), define a la finalidad sexual como todo aquel “comportamiento relacionado con el sexo y la satisfacción de las necesidades sexuales”.

Según Díez Ripollés en Donna (2011), menciona que en los delitos contra la integridad sexual es preciso enfatizar en cuanto al concepto de “acción sexual”, la cual, según el mismo autor, cada acción humana tiene un fin, y más exclusivamente en el Derecho Penal sexual, se requiere un elemento subjetivo del ilícito penal, esto es la voluntad de realizar o llegar a cierto fin sexual, de tal modo que la acción sexual viene determinada por la finalidad sexual.

Al describir “finalidad sexual”, se habla de este propósito o intención de obtener gratificación asociada con la actividad sexual. Dicha finalidad puede variar según el contexto y las intenciones de las personas involucradas. Sin embargo, en este caso de estudio en particular, la finalidad sexual se refiere a la intención de obtener una satisfacción de índole sexual al contactar con un menor de edad por medios electrónicos. Así pues, dicha satisfacción se podría obtener a través de distintos actos que pueden incluir el envío de mensajes, imágenes, videos o audios de contenido sexual, el uso de perfiles falsos, el establecimiento de una relación de amistad o confianza, entre otros. (Ramírez Torres & Sánchez, 2023)

Esta finalidad puede ser un elemento clave para tipificar o agravar un delito, dependiendo de cómo esté regulado en cada sistema jurídico; por lo tanto, compete conocer qué se entiende por “finalidad sexual” dentro del sistema jurídico ecuatoriano.

Si bien es cierto que la RAE brinda ya una definición de finalidad sexual, esto lo hace de manera general, sin embargo, en Ecuador, o al menos dentro del Código Orgánico Integral Penal no se encuentra un concepto bien definido de lo que se entiende por finalidad sexual, lo más cercano a ello es lo expresado por La Corte Nacional de Justicia de Ecuador en 2012, que considera que actos sexuales son aquellos “como tocamientos, abrazos, besos, caricias, etc., sin que exista el acceso carnal”; además, ha esclarecido que “un acto contendrá una naturaleza sexual-corpóreo, solo cuando tal conducta implique tocamientos en las zonas

genitales de la víctima, mamas, o cuando ésta sea obligada a realizarlos en el sujeto activo del delito o en una tercera persona” (Ortiz, 2020).

Pese a dar una visión acerca de lo que se considera un acto sexual o de naturaleza sexual, no brinda la definición motivo de este estudio, sin embargo, se puede inferir un poco en el contexto de la legislación sobre delitos sexuales acerca de que es la finalidad sexual, siguiendo este hilo de ideas, el Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano en su sección cuarta protege la libertad sexual de los mayores de edad y la indemnidad sexual de los menores y personas vulnerables, en este caso en concreto, las niñas, niños y adolescentes, así pues, la finalidad sexual en este contexto se relaciona con la protección de los bienes jurídicos mencionados en líneas anteriores y la prevención de delitos que vulneran además la integridad sexual, empero, continúa siendo muy ambiguo, es por ello que se hace imperativo tener que recurrir a doctrina, jurisprudencia, términos técnicos e incluso lenguaje más coloquial que ayuden a comprender el alcance de este término tan controversial.

Entonces, es necesario comprender qué se entiende por finalidad sexual en el aspecto no solo legal, sino también cultural. Así pues, en algunas culturas, incluso influenciadas por la religión, se ha asociado principalmente con la procreación y la unión marital; en otras, como en Oriente, el taoísmo y el tantrismo promueven prácticas sexuales con fines espirituales o de salud, como el control eyaculatorio para obtener larga vida y bienestar, y en algunas culturas precolombinas, la sexualidad se expresaba libremente a través del arte y la religión, valorando la fertilidad y la belleza corporal.

Si bien no se refiere de manera específica a la finalidad sexual, sí nos brinda luces de lo que para, a manera cultural, significa la sexualidad y sus fines.

Hay que recordar que cuando se habla de la finalidad sexual dentro del ámbito de protección que tiene el derecho penal, se centra en proteger la integridad y libertad sexual de las personas, sancionando conductas que vulneran estos bienes jurídicos, como el abuso sexual o la violación, y se enfoca en la intención del agresor de satisfacer instintos sexuales mediante la coerción o el abuso de poder.

Dicho esto, entonces, las interrogantes persisten, es decir, “¿cuál es el significado de estos conceptos ‘finalidad sexual’ o ‘finalidad erótica’?, además "qué actos deberá considerar el fiscal y el juez como ‘de finalidad sexual o erótica’?” (Chávez Quinteros, 2015, p. 60).

Para algunos autores, la finalidad sexual puede ser cualquier movimiento que se encuentre encaminado a tener una relación íntima, haya o no penetración. Sin embargo, se debe diferenciar de la finalidad erótica, la cual se puede encuadrar en los siguientes actos realizados por el agresor:

- a) “Tocamientos sin que lleguen a lugares íntimos, pero que implícitamente conlleven esa finalidad;
- b) Manoseos corporales obscenos que impliquen finalmente llegar hasta una relación sexual;
- c) Acciones en las que no exista contacto en contra de la víctima, pero que denote en esta, finalidad de realizar actos representativos de carácter sexual o erótico, sin que el agente acceda carnalmente, ni la ataque, ni la manosee furtivamente”
(Villamarín, p. 20).

En suma, lo correcto sería tener un concepto claro de lo que se entiende por estos términos, y que no quede a discrecionalidad tanto de jueces como fiscales interpretar los mismos.

Dentro de esta investigación se ha planteado una definición que podría ser de ayuda para entender esta “finalidad sexual o erótica”; la misma quedaría de la siguiente manera: **“Es finalidad sexual o erótica la obtención de satisfacción asociada a la actividad sexual, por medio de todo acto o comportamiento referente a la sexualidad, ya sea del sujeto que ejecute dichos actos para sí mismo o para un tercero”.**

2.1.2 Elemento normativo del tipo

Una vez entendido el concepto de “finalidad sexual”, es menester hacer un breve recuento respecto al elemento normativo de los tipos penales. Como se sabe, este componente consiste en aquellos elementos que implican siempre una valoración y, por ende, un cierto grado de subjetivismo por parte de, en este caso, el legislador.

Como se dijo en líneas anteriores, en el contexto legal ecuatoriano no se encuentra establecido un concepto claro del término ‘finalidad sexual’, por lo que queda a discrecionalidad del legislador, juez, fiscal, etc., interpretar su significado para así poder tipificar o no dicha conducta expresada en el artículo objeto de estudio. Sin embargo, se debe tener en cuenta que “no se trata de una valoración personal, sino que está subordinada a normas judiciales, normas sociales y criterios ético-jurídicos de comportamiento

socialmente reconocido y conocido por su carácter público y notorio” (Sánchez y Rojas, 2014).

Para guiarnos un poco sobre lo que se entiende por un elemento normativo, nos basaremos en lo expuesto por la Corte de Costa Rica con respecto al delito de la producción o fabricación de pornografía, en donde:

Un sujeto mantuvo relaciones sexuales consentidas con una persona menor de edad. Valiéndose del vínculo que tenía con la joven (quien era su novia), le ordenaba que se desnudara completamente y le mostrara sus partes íntimas en múltiples poses, y procedía a tomarle fotografías en detalle de sus genitales, así como otras de acercamiento a diversas partes íntimas del cuerpo de la menor.

La defensa del acusado argumentó que no se trata de pornografía, puesto que la sola toma de fotografías de la ofendida no podía ser considerada fabricación de pornografía, pues existen muchas definiciones de "pornografía", según las cuales tal concepto implica la "venta de excitación sexual", por lo que debía distinguirse de una obra de arte que involucra sensualidad y un claro sentido de placer estético. (Sánchez Romero & Rojas Chacón, 2014).

En este ejemplo en concreto, se rechazaron dichos alegatos, pues se difiere entre los conceptos de pornografía y de sensualidad estética. Además, precisan que lo que se entendería por pornografía no se podría establecer a partir de una sola imagen o contenido audiovisual, y que, por tal motivo, se deberá valorar el contexto en el cual se produjo o fabricó dicho material, que, además, constituye un elemento normativo y que debe ser determinado a partir de la interpretación judicial.

En este sentido, hubo distintas interpretaciones de “material pornográfico” puesto que para la parte denunciada no era como tal dicho material sino, más como un material artístico y sensual, a diferencia de lo interpretado por el juez que, además, se basó en otras fuentes como lo dicho por el Congreso de Yokohama, el Grupo de Interpol Especializado en Crímenes contra los Niños, la ECPAT, la Convención sobre la Delincuencia Informática del Consejo de Europa, etc., las cuales especifican que cualquier material relativo a una persona menor de edad, donde se describan o expongan sus órganos genitales, o una actividad de naturaleza sexual, en todo lo cual se persiga un fin erótico o la satisfacción del usuario (lo que a su vez implicaría una explotación sexual), deberá calificarse como pornografía.

Siguiendo esta línea, la finalidad sexual se puede interpretar de varias maneras, entre ellas, la establecida por la RAE, pero también queda a discrecionalidad no solo del fiscal al momento de acusar, sino también del juzgador al momento de, valga la redundancia, juzgar y de motivar su sentencia, de cómo interpreta este término.

2.1.3 Elemento condicionante del tipo

El ilícito del artículo estudiado en cuestión se trataría, según palabras de Díez, de un delito de tendencia, pues el sujeto activo busca involucrar al sujeto pasivo, en este caso un menor de edad, en un contexto sexual, esto mediante la propuesta de un encuentro y que este tenga una finalidad sexual, lo cual es verbo rector del tipo motivo de estudio.

Sin embargo, Ortiz (2020) considera que el elemento condicionante, además de ser un verbo rector, es el acto de proponer, puesto que “el delito se consuma con la sola propuesta de concertación de una cita, sin necesidad de que sea aceptada por el niño, niña o adolescente; por tanto, la figura no requiere verificar si se realizó el encuentro o no”.

Si bien en apartados anteriores coincidimos en que el acto de proponer es el verbo rector, sí diferimos en cuanto a este como elemento condicionante, pues es claro que dicho elemento será la finalidad sexual, es decir, es imperativo que para que se configure el delito exista esta finalidad sexual o erótica al momento del encuentro con el menor y no solo al momento de la propuesta.

Hay que tener en cuenta que el elemento condicionante es un elemento importante dentro de los tipos penales, esto puesto que es aquel componente que representa una característica específica dentro de la estructura de ciertos tipos penales que modifica sustancialmente su naturaleza, clasificación y consecuencias jurídicas. Este elemento establece una relación de dependencia entre la conducta del autor y un resultado o comportamiento esperado, lo que afecta directamente la tipificación del delito y su sanción correspondiente, pues la conducta delictiva queda supeditada a la imposición de una condición hacia el sujeto pasivo.

En suma, el elemento condicionante se compone de las siguientes características principales:

1. Establece una relación de dependencia entre conducta delictiva y una exigencia específica.
2. Modifica la estructura típica básica introduciendo una condición.
3. Influye en la gravedad y penalidad del ilícito.

4. Requiere una manifestación expresa de la condición impuesta.
5. Implica una relación causal entre el comportamiento delictivo y la condición exigida.

2.2. Problemática en torno al elemento condicionante que impide una debida adecuación de conductas del sujeto activo

Como se explicó en el punto anterior, el tipo penal presenta un elemento condicionante, es decir, la “finalidad sexual”, lo que a simple vista no representaría un gran problema si no fuera porque dicho elemento condicionante dificulta que las conductas del sujeto activo se adecuen al tipo penal, esto en razón de que si se quita este término “finalidad sexual” de la descripción del ilícito, ya no se configuraría el mismo, puesto que es necesario que, además del contacto con un menor de dieciocho años, en dicho contacto tenga una clara connotación y finalidad sexual, pues no es lo mismo que el contacto se realice con una finalidad, por ejemplo, informativa que con una finalidad sexual.

La problemática, entonces, radica en que el elemento condicionante incide directamente en la tipicidad de la conducta, configurando un tipo penal específico diferente de aquel que no incluye la condición. Así pues, esta diferenciación que se hace resulta imperativa para una correcta calificación jurídica de los hechos y la determinación de responsabilidad penal, y entonces, la ausencia de este elemento condicionante cuando forma parte esencial del tipo penal puede generar atipicidad objetiva, es decir, que la conducta no se ajustaría al tipo penal específico que requiere la condición, lo cual encaja con el principio de legalidad que rige en nuestro ordenamiento jurídico penal.

Entendiendo la situación entonces, este elemento condicionante también puede influir en la antijuridicidad de la conducta. Tal y como explica la doctrina, la valoración de la antijuridicidad requiere considerar el tipo objetivo conglobado en la totalidad del orden normativo, analizando la conflictividad y ofensividad de la conducta. La presencia de un elemento condicionante puede incrementar el nivel de injusto, es decir, ser un agravante al evidenciar una mayor determinación delictiva, especialmente cuando la condición impuesta supone una exigencia patrimonial o de otra índole que agrava la afectación al bien jurídico protegido.

La estructura condicionante en los tipos penales refleja una mayor complejidad en la conducta delictiva, generalmente asociada a un mayor desvalor de acción y resultado, lo que justifica un tratamiento punitivo diferenciado. Este elemento se inserta en la teoría del delito

como un factor determinante para la correcta interpretación y aplicación del derecho penal sustantivo.

El tipo penal exige que el sujeto activo acompañe su acción del contacto con finalidad sexual, pues, por ejemplo, no bastaría que un adulto entre en el perfil de alguna red social de un menor de edad y empiece a chatear con él, sino que "tendría que haber realizado actos materiales para ganarse su confianza (enviarle una fotografía o video de un niño de 14 años, ligero de ropa fingiendo ser él y proponerle seguidamente al menor que haga lo mismo...)" (Panizo Galence, 2011).

Asimismo, se hace necesario diferenciar los hechos entre, por ejemplo, lo que implica un acto de acoso sexual y un acto que tenga finalidad sexual, sobre todo porque este último implica "acciones directas en las cuales no existe un contacto con la víctima, pero que denote de una manera objetiva que al realizar estos actos representativos que tienen un carácter sexual erótico" (Molina et al., 2020, p. 1317).

Aunque la mayoría de doctrinarios sostienen que el problema del delito del child grooming no es de tipicidad ni antijuridicidad, sino de perseguibilidad, como se había mencionado en los primeros apartados de esta investigación, se hace hincapié en un punto específico del procedimiento que la misma Fiscalía General del Estado ha establecido en la investigación de delitos por ciberacoso a menores de carácter urgente, esto es:

Las circunstancias o móviles de la perpetración: Aquí se busca examinar las circunstancias específicas en las que se llevó a cabo el child grooming, incluyendo los motivos o intenciones del agresor al manipular y establecer una relación con el menor con el fin de abusar sexualmente de él (Ramírez Torres & Sánchez, 2023).

En este punto, se visibiliza que el problema es averiguar qué finalidad tenía el agresor al momento del contacto con el menor de edad, y si esta finalidad en efecto era de carácter sexual y por ende antijurídica o, por el contrario, todo lo opuesto.

Por lo tanto, dicho elemento condicionante puede incidir en la antijuridicidad que a su vez incidirá en la tipicidad, pues, sin el elemento condicionante se puede argumentar que la conducta realizada por el sujeto activo no es antijurídica, pues no está lesionando ningún bien jurídico de los menores de edad, y que por consiguiente no se puede sancionar; sin embargo, si se lo observa desde una óptica distinta, si bien no existiría un ilícito como tal tipificado, si se lo podría considerar como un peligro en abstracto, empero, estos no se suelen sancionar por no haberse configurado una lesión a un bien jurídico, lo que a su vez influye

en la correcta y efectiva aplicación de este artículo en estudio, lo que a percepción del público en general, se puede interpretar como una falencia del sistema jurídico penal ecuatoriano.

2.3. Análisis de las denuncias presentadas por casos de grooming en el Azuay (Cuenca-Fiscalía 2 de Género)

Desde que se tipificó esta conducta del “grooming” con la reforma del Código Orgánico Integral Penal en el 2014, han existido varias denuncias en torno a este ilícito, las cuales han ido en aumento con circunstancias como la pandemia que se vivió en 2020 y el mayor tiempo que las personas, y más los menores de edad, pasaban expuestos a medios electrónicos e internet. Así pues, con estos antecedentes, desde 2015 hasta el primer trimestre de 2025 la Fiscalía Especializada de Género 2 de Cuenca de la provincia del Azuay recibió un total de 16 denuncias referentes a este ilícito.

En la mayoría de los casos, las denuncias son realizadas por los padres de los menores de edad, pues estos últimos no tienden a denunciar estos actos, ya sea por miedo, amenazas o simplemente porque no desean hacerlo por la confianza que los agresores han generado con los menores y el vínculo que comparten.

Es necesario hacer alusión a las fases que puede tener este delito para determinar si efectivamente las denuncias caben dentro de este tipo penal; así, por ejemplo, según Buompadre y Rovira del Canto, esta conducta se compone de cuatro fases que son las siguientes:

1. Un adulto contacta al niño, niña o adolescente para crear lazos emocionales o una amistad, por lo general fingiendo ser otro menor de edad, aunque esto último no es necesario que suceda, pues recordemos que en nuestro código penal es una agravante del tipo;
2. Luego, el adulto obtiene información personal del menor de edad, como datos de contacto, preferencias o gustos, para crear una relación y ganarse la confianza en ciertos niveles;
3. Utilizando la seducción o provocación, el adulto consigue la emisión de confesiones íntimas, envío de imágenes, videos, audios o demás material de contenido sexual al incluir temas sexuales en las charlas;
4. El adulto acosa o chantajea al menor de edad víctima para obtener aprovechamiento sexual, concretar el envío de más material de contenido sexual

como desnudos totales, e incluso puede llegar a otras agresiones sexuales físicas como lo son el abuso sexual o la violación.

Pese a que estas fases suelen ser las principales y más relevantes, se suelen incluir algunas otras, tal y como lo expresa Padilla (2017) que son las siguientes:

- *“Búsqueda, en una primera fase, gracias a toda la información que cuelgan los menores en redes sociales sin supervisión, en salas de chat, redes sociales y foros, el acosador busca a sus víctimas teniendo en cuenta factores como vulnerabilidad, necesidad emocional, poca autoestima, soledad y poca atención de los padres.*
- *Aislamiento, una fase intermedia entre el enganche y la seducción; el agresor aprovecha la confianza que ha conseguido con el niño y los conocimientos para intentar aislarlo de amigos y familiares, para así poder controlar mejor al menor, convertirse en la persona más cercana y evitar que contacte con alguien para contar lo que le está sucediendo” (Padilla, 2017).*

Para analizar las denuncias, se procedió a ubicar los números de procesos del respectivo tipo penal en los libros electrónicos de la respectiva fiscalía, seleccionando entre los que se encuentran activos, pasivos o archivados para un mejor estudio y análisis del ilícito, de lo cual se obtuvo un total de 16 expedientes. De entre ellos, 7 se encuentran en estado activo y en fase de investigación previa, 9 en estado pasivo y en archivo; estos últimos no se pudieron analizar por la misma razón de que se encuentran en archivo central y su acceso es difícil por versar sobre asuntos reservados.

De los siete procesos recuperados por este ilícito, uno de los problemas en cuatro de ellos radica en que las víctimas no concurren a ciertas diligencias esenciales dentro de la investigación fiscal para recabar medios de prueba, principalmente la valoración psicológica y la versión de los hechos, las cuales tienen como fin ayudar a determinar el grado de afectación que sufre el menor al ser víctima de este delito y cómo ocurrió el mismo, respectivamente.

Asimismo, en algunas de estas denuncias no se logra verificar que cumplen con todas las fases que se plantearon en párrafos previos, es decir, en algunos casos sí se da la existencia de vínculos o lazos emocionales con el menor, así como también la seducción para la emisión de confesiones o material de índole sexual; sin embargo, carecen de las otras fases, tales como el chantaje o extorsión al menor para obtener más contenido sexual.

Por otro lado, en los casos en los que si se presentan para rendir sus versiones de los hechos, asisten a las valoraciones psicológicas y se pueden llevar a cabo todas las diligencias necesarias para tener una teoría del caso sólida, se puede observar que, a pesar de contar con todos estos elementos, las investigaciones siguen estancadas, pues, analizando cada denuncia, así como cada diligencia, nos damos cuenta que los menores no tienden a comentar estas conductas a sus padres por temor al como reaccionaran estos, o porque simplemente no dimensionan el peligro al que están expuestos y creen que es solo un juego, pues no saben quién es la persona que los contacta y creen que no se va a dar ningún tipo de encuentro en el que puedan salir vulnerados.

Entre las denuncias y expedientes analizados, se procedió a hacer énfasis en una instrucción fiscal, en la cual se ratificó el estado de inocencia del presunto agresor.

En este caso en concreto, en la denuncia realizada por los padres de la menor de edad, se logra identificar algunos elementos del ilícito materia de estudio, entre ellos la propuesta de un encuentro con la menor con fines sexuales –mantener relaciones sexuales—; sin embargo, no se logra identificar las demás fases que constituyen el “grooming”. En dicho caso en particular, la menor menciona que fue el victimario quien inició el contacto y que ella solo “le seguía la corriente”, pues no planeaba concretar dichos encuentros que le proponía su agresor.

En las versiones que brindaron tanto los padres como la menor, corroboran que las conversaciones que mantenía esta última con el adulto victimario en la red social Facebook, tenían claramente una finalidad sexual, pues en estas se leen mensajes tales como “eres virgen o ya no” “manda una foto sexi” “vamos a hacer el amor” “quieres hacer el amor conmigo” “vamos a mi casa” “vamos a mi casa solo los dos” “ya topa negra” “vamos a chingar”; asimismo, el resto de diligencias como la valoración psicológica a la menor de edad y las pericias de extracción y materialización de chats que se realizaron al dispositivo móvil de la víctima confirman la intención del presunto agresor de acercarse a la víctima con fines sexuales.

Con todos estos elementos de convicción, Fiscalía realiza su acusación y la fundamenta con las versiones de los padres de la menor y la misma víctima quien dice en su versión que el entonces procesado le contactaba para tener relaciones sexuales indicándole que le pagaba el taxi para que vaya donde él, además de las versiones de los agentes policiales que detuvieron al agresor en flagrancia cuando intentaba concretar el encuentro

con la menor, la valoración psicológica realizada a la víctima menor de edad, la pericia informática realizada al dispositivo celular de la víctima cuando del chat se lee “topa para chingar, para hacer el amor” frases que sin duda se entienden para relaciones sexuales.

Fiscalía asimismo, alega que los elementos incriminatorios presentados por la misma, permiten construir presunciones graves y fundadas sobre la existencia del delito y la responsabilidad del procesado, además, los elementos objetivos que se han estudiado a lo largo de esta investigación están sostenidos por la apertura de la cuenta de la red social de la víctima, en la misma se encuentran mensajes con propuestas para concretar un encuentro con finalidad sexual por parte del procesado, mismas que se mantuvieron durante dos días de septiembre, y frente a estas propuestas es que los padres se enteran y es la madre de la víctima quien accede a dichas propuestas y se produce el encuentro donde el victimario es aprehendido por autoridades; asimismo, el medio establecido por el tipo penal es que sea un medio electrónico, lo cual se verifica con la pericia informática realizada.

Pese a que se dice que el presunto hecho punible cometido por el procesado vulnera el bien jurídico de la integridad sexual, bien se sabe que esto último es erróneo, pues como se ha mencionado en puntos anteriores, el verdadero bien jurídico afectado es el de la indemnidad, pues se trata de una víctima de 13 años de edad, quien, a pesar de en ciertos mensajes aceptar las propuestas del victimario, en la entrevista psicológica afirmaba no tener intención de mantener relaciones sexuales con él.

Este es el único caso, de los 16 expedientes, que se logró llevar a juicio, y seguir el debido proceso penal que correspondía, y con esto, se creería que se obtuvo una sentencia favorable para la víctima de este delito, sin embargo, si bien hubo una resolución, esta fue a favor del sujeto procesado a quien se le ratificó el estado de inocencia, principalmente en razón de temas probatorios, pues, se anunció como prueba documental copias simples de los chats, además, otro problema fue el tema de la explotación del celular de la persona procesada, misma diligencia que no se pudo realizar a pesar de encontrarse en flagrancia; a esto también se le suma la falta de interés del sujeto pasivo y los padres de ésta, pues, en lo respecta a las diversas audiencias de juicio, no compareció la víctima, ni su madre, ni su padrastro.

Esto claramente demuestra que existe un problema estructural en relación con el delito de child grooming, que va más allá del mero interés —o desinterés— de los sujetos

procesales en impulsar la acción penal, sino que es también en cuanto a qué es lo que se persigue y cómo se sanciona este ilícito.

En primer lugar, surge la vaciedad conceptual de lo que se persigue, pues en distintos ordenamientos se suele describir el “contacto o acercamientos con fines sexuales” de maneras tan diferentes, que ya en la práctica se torna difícil poder determinar en qué punto exacto la conducta del adulto deja de ser inapropiada y pasa a ser considerada ya un delito. Esta falta de definición adecuada provoca que los jueces y fiscales adopten criterios contradictorios, generando así inseguridad jurídica y diferencias sustanciales en la admisión de pruebas y calificación del hecho a sancionar.

Asimismo, la víctima —en muchos casos un menor muy joven— carece de formación para identificar cuándo está siendo sometida a un proceso de manipulación, y a menudo no reconoce sus propios sentimientos de presión o amenaza hasta que la situación ya ha avanzado.

Estos elementos demuestran que el problema no se limita a la voluntad procesal, sino a una crisis sistémica que abarca desde la definición del tipo penal hasta la interpretación de elementos del mismo, requiriendo enfoques multidisciplinarios que equilibren justicia penal, protección infantil y derechos fundamentales.

CAPÍTULO 3

CUESTIONAMIENTO DE LAS FALENCIAS EN LA ESTRUCTURA DEL TIPO PENAL DE CONTACTO CON MENORES DE EDAD CON FINES SEXUALES: UN ENFOQUE JURÍDICO PENAL EN BASE AL ANÁLISIS DE SU EFECTIVIDAD PRÁCTICA

3.1 Efectividad práctica del tipo penal

Ahora bien, una vez revisadas algunas de las denuncias realizadas con respecto a este tipo penal, lo que nos corresponde ahora es analizar la efectividad práctica del tipo, es decir, qué tan bien protege o ha protegido esta norma el bien jurídico que pretendía desde su tipificación precautelar.

Cuando se analizó la estructura objetiva del tipo penal del ‘grooming’ previamente en esta investigación, saltó a la vista, además del elemento normativo —que por sí mismo ya implicaba una dificultad al momento de la interpretación— el elemento condicionante, elemento que por su naturaleza resulta ser un problema cuando se trata de la adecuación de una conducta al tipo penal estudiado.

Esto último impacta negativamente a su efectividad práctica, pues, como hemos visto, si bien existen varias denuncias referentes a este ilícito, mismas que han aumentado en los últimos años conforme los menores de edad pasan más tiempo interactuando en medios electrónicos, las resoluciones o sentencias a favor de la víctima han sido muy pocas o casi nulas desde su tipificación en 2014.

Esta falta de efectividad está influenciada por varios factores, algunos de ellos presentes incluso desde la fase de investigación previa, como en diligencias de reconocimiento del lugar, recepción de versiones o valoraciones psicológicas, diligencias fundamentales para recabar los medios probatorios claves que darían paso a la formulación de cargos y de un dictamen acusatorio.

Al no poder continuar con la siguiente fase de la investigación fiscal, estos casos quedan en el olvido por la falta de interés de los propios sujetos procesales, y pueden pasar hasta años sin que se obtenga una resolución.

Como se había dicho, esto no responde solo a un problema de interés por parte de los usuarios, sino también a un problema de estructuración del propio tipo penal, que implica temas de perseguibilidad, interpretación y condicionamientos que tiene el mismo, puesto

que, como se menciona, "para el legislador los actos deben ser materiales y no meramente formales, cuya finalidad sea el acercamiento, ante esta concepción tan genérica se pueden incluir ilimitadas formas de realizar estos actos" (Verges Peñarrubia, 2019, p. 68), además de que este delito exige que la conducta del sujeto activo se dirija a cometer cualquier actividad de índole sexual, incluso si estos son los delitos descritos en los artículos 170 y 171 con el menor de edad.

Algunos autores argumentan la falta de efectividad del tipo respecto a un cuestionamiento: ¿qué es exactamente lo que se persigue?, es decir, un problema de perseguibilidad, pues explican que los legisladores lo que buscan sancionar son solamente actos preparatorios y lo están haciendo como si se tratara de un delito de abuso que ya se consumó, lo que para Lituma (2023) constituye una desproporcionalidad de la pena, pues considera a este ilícito como un delito de peligro abstracto que no se configura con resultado dañoso como tal, y que no siempre guarda proporción con el daño causado ni con el peligro público que representa este tipo de agresión.

Por otro lado, está la problemática de la falta de interés de los sujetos procesales en seguir con el proceso, sobre todo por parte de las víctimas, pues en algunos casos no es el adulto agresor o "groomer" quien contacta al menor, sino que suele ser el propio menor quien, por cualquier razón, establece el primer contacto con un mayor de edad, bajo la lógica de ser un simple juego o solo seguirles la corriente, como se ha podido observar de las diversas denuncias y versiones sobre este tipo.

Aquí incluso existe una problemática en torno al consentimiento que aparentemente confieren los menores de edad, puesto que si bien, ellos en los mensajes estén de acuerdo con las constantes insinuaciones de índole sexual y consientan que el agresor continúe enviando este tipo de mensajes hasta el punto que querer concretar un encuentro, frente a esto, el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 175 numeral quinto manda que "en los delitos sexuales, el consentimiento dado por la víctima menor de dieciocho años de edad es irrelevante, excepto en los casos de personas mayores de catorce años que se encuentren en capacidad de consentir en una relación sexual" (COIP, 2014), es decir, no existe consentimiento como tal, sobre todo cuando se trata de consentimiento sexual, pues se ha dicho que los menores no han terminado su "formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad" (Verges Peñarrubia, 2019, p. 39).

Sin embargo, con respecto a este artículo, cabe mencionar que el mismo resulta ambiguo, principalmente en la expresión "que se encuentren en capacidad de consentir en una relación sexual", pues recordemos que esta frase responde a la decisión de la Corte Constitucional en su sentencia 13-18-CN/21, de adicionar una especificación importante al artículo 175 del COIP, que reconoce ciertas circunstancias en que el consentimiento de adolescentes mayores de 14 años debe ser considerado, buscando equilibrar la protección de los menores con el reconocimiento gradual de su autonomía y derechos sexuales (*CASO No. 13-18-CN, 2021*).

La sentencia, si bien reconoce el derecho de los adolescentes entre 14 y 18 años a la libertad sexual como parte de su vida privada y su capacidad para tomar decisiones sobre su orientación sexual (Aules Camañero, 2023), no proporciona una metodología sistemática para evaluar esta capacidad en situaciones específicas, dejando un vacío interpretativo que puede generar aplicaciones dispares de la ley, sobre todo si retomamos nuevamente la discusión sobre la integridad e indemnidad sexual, pues refleja una tensión fundamental entre estos dos bienes jurídicos protegidos, por un lado la indemnidad sexual de los adolescentes (que busca preservar su desarrollo sexual sin interferencias) y su libertad sexual (que reconoce su capacidad progresiva para tomar decisiones autónomas), lo que deja a los operadores de justicia el navegar entre la protección paternalista que ofrece el COIP en las primeras líneas del artículo 175 y el respeto a la autodeterminación del adolescente en las últimas y reformadas líneas del mencionado artículo, sin contar con criterios suficientemente claros para distinguir cuándo aplicar una u otra perspectiva.

Está claro que la sentencia de la Corte buscó interpretar el texto bajo el principio del interés superior del niño recogido en el artículo 11 del Código de la Niñez y Adolescencia, el cual está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjuntos de derechos los NNA (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003), en concordancia con el artículo 44 de la Constitución y la doctrina de protección integral, pero la implementación práctica de estos principios queda sujeta a interpretaciones variables que, como hemos mencionado, implica también un problema.

La ambigüedad se amplifica al considerar otros factores que podrían afectar la capacidad de consentimiento, como la madurez emocional, el contexto sociocultural, la presencia de coerción sutil o manipulación psicológica, aspectos que la norma no aborda explícitamente pero que son cruciales para evaluar la validez del consentimiento en situaciones reales (Aules Camañero, 2023).

Asimismo, el tema del elemento condicionante que posee el tipo penal es otro de los problemas para su efectividad práctica, que hemos analizado en puntos anteriores y al que en esta investigación hemos hecho énfasis; tanto es así, que esta finalidad sexual que se menciona en el tipo, funge como el condicionante del mismo, y por lo tanto ha dificultado el cómo se aplica este tipo penal en la práctica, porque, tal como que explicó en su debido punto, este elemento condicionante llega a ser incluso un problema de interpretación por parte de los fiscales y jueces, debido a que no existe en norma alguna, una definición expresa de lo que se entiende por esta “finalidad sexual” lo que lo convierte en un concepto de amplio espectro y que deja a discrecionalidad la definición del mismo.

Incluso, se menciona que “el delito se consuma con la sola propuesta de concertación de una cita, sin necesidad de que sea aceptada por el niño, niña o adolescente; por tanto, la figura no requiere verificar si se realizó el encuentro o no. Además, se nos indica que la modalidad prevista en el párrafo tercero significaría que, si el sujeto activo utiliza su verdadera identidad, no se configuraría el tipo penal” (Ortiz, 2020, p. 356), por lo que el problema no es solo a nivel de un concepto del tipo penal, sino del propio tipo penal per sé.

Esta interpretación adquiere relevancia si tomamos en cuenta y lo comparamos con el Código Penal Español, que en su tipificación menciona que la finalidad de la propuesta debe ser para cometer cualquiera de los delitos establecidos en los artículos 181 y 189 del mismo cuerpo normativo, siendo estos “actos de carácter sexual” con menores de dieciséis años, mismos que si bien la norma no especifica de que tratan estos “actos de carácter sexual” ya brinda al menos un haz de luz sobre cuál es la finalidad del “grooming” y lo que se podría entender como “finalidad sexual”, pues si nos remitimos al Código Penal Español y a los artículos que se mencionan, nos damos cuenta que estos actos de carácter sexual hacen referencia a los ilícitos contra la libertad sexual, específicamente, delitos de agresiones sexuales, y de los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores, es decir, los ilícitos de violación, y la elaboración, tenencia y distribución de material pornográfico infantil.

Otro problema, sin duda es también en cuanto a la obtención de evidencias, misma que tiende a presentar grandes desafíos tanto técnicos como procesales, pues la naturaleza propia del ilícito en cuestión, complica obtener los medios probatorios esenciales para el mismo, en razón de que los “groomers” no suelen usar su verdadera identidad, pese a que como menciona Queralt Jiménez (2015) citado en Jaramillo (2024) “la base de la captación está en el engaño, ya sea sobre la verdadera identidad del autor o por la ocultación de la finalidad

del encuentro, hasta el punto de que ni tan siquiera conste matiz sexual alguno en la proposición de llevar a cabo aquel" (Jaramillo, 2024, p. 14), y por el contrario no solo usan identidades falsas, sino que también usan aplicaciones con cifrados o de mensajería instantánea que permiten eliminar los rastros de comunicación entre el agresor y el menor, además, de que la recopilación de material (como conversaciones o imágenes) requiere peritajes especializados, muchos de ellos no solo costosos sino también engorrosos, mismos que las partes por lo general las víctimas no están dispuestos a asumir, lo que retrasa los procesos y limita la eficacia de las investigaciones.

Asimismo, llega a existir un problema por la concurrencia de delitos y la doble victimización puede acarrear, pues como se ha mencionado, el tipo penal del "child grooming", a pesar de tener varias fases, también es la fase inicial de otros ilícitos, tales como amenazas, extorsión, producción de pornografía infantil, hasta abuso sexual y violaciones, sin embargo, muchos sistemas legales, incluido el ecuatoriano, no siempre articulan adecuadamente los concursos de delitos, lo que puede llevar a sanciones desproporcionadas o insuficientes, argumentando que como tal no se cometieron los delitos mencionados anteriormente.

Además, la víctima enfrenta un daño psicológico prolongado, agravado por la posible difusión de material íntimo, que muchas veces no se repara integralmente (apoyo psicológico, garantías de anonimato, asistencia legal especializada), constituyendo así una revictimización y reduciendo las posibilidades de un verdadero restablecimiento de los derechos de las víctimas, quienes además suelen ser más vulnerables por ser aquellos con problemas de socialización o baja autoestima, lo que facilita ciertamente la manipulación del agresor.

Ante esto último, el problema no es solo a nivel de estructuración y tipificación de la conducta del grooming, sino que también, abarca ya un problema a nivel social que debería ser tratado en el ámbito de la educación digital y los riesgos que implica estar en la red, de manera que se pueda prevenir que los menores de edad caigan en este tipo de embaucamiento al conocer el verdadero alcance de la afectación que puede derivar de este tipo de delitos, e incluso se podría recomendar un acompañamiento psicológico post-delito para los menores que han sido víctimas de este tipo penal.

Por último, la naturaleza transnacional del grooming exige una cooperación internacional fluida —que no siempre existe— y protocolos claros de actuación en el

ciberspacio, considerando que es un delito que no ocurre en un lugar físico como tal y no se limita a que ocurra solo en un país. Sin un sistema sólido de intercambio de información entre fiscalías, policías y proveedores de servicios digitales, muchos casos quedan sin investigar o se archivan por falta de jurisdicción.

En conjunto, estas problemáticas muestran que es necesario replantear tanto la definición legal del grooming como los mecanismos de detección, persecución y sanción, incorporando avances tecnológicos, medidas educativas y preventivas, formación continua para los operadores judiciales y un enfoque integral de protección a la infancia.

En suma, a lo largo de esta investigación se ha podido comprobar que no existe una efectividad práctica por parte de este tipo penal debido a todas las falencias que presenta el mismo, tanto a nivel de estructura como a nivel social, lo que nos deja frente a una inseguridad jurídica que vulnera y no protege en su totalidad a los niños, niñas y adolescentes.

3.2 Estructura adecuada que debería contener el tipo

Ya hemos analizado la estructura actual que contiene el tipo penal del contacto con finalidad sexual con menores de dieciocho años por medios electrónicos, y las diversas falencias del mismo en cuanto a su efectividad práctica, observando que no cumple el fin para el cual se tipificó dicha conducta.

Como hemos mencionado, su principal problema deviene de la estructuración del tipo penal y el elemento condicionante de “finalidad sexual” que en él se contiene, y lo lógico frente a esto sería establecer una reestructuración o reformulación a como está descrito el delito en el Código Orgánico Integral Penal.

Para ello, podríamos hacer una comparativa entre los diversos países que contemplan esta conducta tipificada en sus normativas penales, por ejemplo, entre Argentina, España, Perú y Ecuador.

En las cuatro normativas penales, tanto ecuatoriana como argentina, española y peruana, no hay mucha diferencia la una de la otra en cuanto a ciertos elementos objetivos del mismo, sobre todo en cuanto al sujeto activo, el bien jurídico protegido, los medios y el verbo rector, que son comunes; sin embargo, ya existen diferencias cuando se trata del sujeto pasivo en el tipo penal, al establecer un límite de edad para que se presente esta calidad de

víctima, como lo es en el caso de España, situación que no pasa en las otras legislaciones mencionadas.

Ecuador, en el COIP, considera al sujeto pasivo como “aquel menor de dieciocho años”, mientras que Argentina solo hace alusión a “un menor”, es decir, no hay límite ni diferencia en edades y, por último, Perú menciona que la pena será mayor cuando el sujeto pasivo tenga menos de catorce años y menor cuando se encuentre en el rango de edad de entre catorce y dieciocho años; esta última cuestión no consta en las otras normativas.

Asimismo, en cuanto al elemento verbo rector que hemos mencionado, si bien para las legislaciones de Argentina, España y Perú, el acto de contactar al niño, niña o adolescente, para Ecuador ya es distinto, porque hemos fijado en puntos previos que en la normativa penal ecuatoriana el verbo rector es el “proponer” concretar un encuentro con finalidad sexual, lo cual ya dista de las otras tres legislaciones; pese a esto, es interesante observar cómo lo propone la normativa argentina, pues esta omite que el contacto sea acompañado de actos materiales con fines sexuales al mandar que basta con el simple contacto con alguna finalidad sexual que realiza el “groomer” al menor.

Por otro lado, se encuentra el elemento normativo de este tipo penal. Es así que, en esta investigación, se planteó que al menos en Ecuador la “finalidad sexual” fungía como este elemento, lo cual no dista mucho de los otros países como Perú, que en su legislación reza algo similar, es decir, “proponerle llevar a cabo cualquier acto de connotación sexual con él (“groomer”) o con tercero” (Código Penal Peruano, 1991).

Sin embargo, esto cambia en el caso de Argentina y España; en el primero se menciona lo siguiente: “contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma.” (Código Penal de la Nación Argentina, 1984), mientras que en el caso español reza lo siguiente: “a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 181 y 189” (Código Penal Español, 1995).

Con todo esto expuesto, se podría ya sugerir una propuesta de estructura adecuada tomando en consideración los ejemplos de los otros países mencionados, para posteriormente plantear una reforma a este artículo 173 tan controvertido que quedaría de la siguiente manera: **“La persona que, a través de un medio electrónico o telemático, proponga concertar un encuentro con una persona menor de dieciocho años, con el fin de cometer cualquier delito descrito en los artículos 168 a 174, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.”**

CONCLUSIONES

A lo largo de esta investigación hemos analizado el tipo penal del famoso “child grooming”, desmenuzando cada uno de los elementos objetivos del ilícito, esto bajo una óptica tanto desde lo jurídico penal hasta lo sociológico, demostrando que no es un problema o fenómeno nuevo que surgió a raíz de la pandemia del COVID-19. Si bien es cierto que esta influyó de gran manera al estar todo el mundo más inmerso y pasar más tiempo en internet y usar más medios o dispositivos electrónicos, la verdad es que este delito ya se ha venido dando desde años atrás y es mucho más común de lo que la gente cree.

Como hemos dicho, la tipificación de este delito ha enfrentado varios problemas desde su aparición en el Código Orgánico Integral Penal en 2014, dichos problemas inician desde cómo está estructurado el ilícito en el artículo 173, pues el hecho de que en ésta encontramos elementos condicionantes que sean difíciles de interpretar ya sea porque no existe dentro del mismo COIP algún artículo o precepto legal ante el cual remitirnos para definir expresamente lo que se entiende como “finalidad sexual” o porque este mismo término acaba por ser amplio espectro dificultando así la interpretación que se puede dar al mismo por parte de fiscales y jueces, lo que ha dificultado que se pueda aplicar el mismo de una manera correcta, para obtener resultados prácticos y efectivos, sobre todo para quienes terminan siendo las víctimas.

Asimismo, se pudo observar que este aspecto estructural no era el único problema del tipo penal, sino que, parte de su problemática se exhibía también en la etapa de investigación fiscal con respecto a las diligencias que se solicitan dentro de ésta para recabar medios probatorios, siendo éstas la recepción de versiones, valoraciones psicológicas, y la explotación y apertura de los medios electrónicos por los cuales se cometió la infracción, lo que de cierta manera se podría argumentar como la falta de interés de los sujetos procesales de impulsar la acción penal, sin embargo, se ha demostrado que la problemática va mucho más allá de eso, pues entran ya en juego cuestiones desde tecnológicas hasta sociales; en las primeras porque las comunicaciones se pueden dar vía plataformas digitales que suelen ser efímeras y dificultan la conservación de las mismas, lo que pone en riesgo la cadena de custodia cuando se trata de obtener evidencias; mientras que, en la parte social se puede observar la desinformación que muchos menores de edad tienen con respecto a este delito y lo toman como un mero juego, restándole importancia a las consecuencias que este pueda tener sobre sus vidas.

Con todas estas problemáticas sobre la mesa que se presentaron en la parte teórica al analizar el tipo penal y en la parte práctica al analizar las denuncias y casos sobre el contacto con finalidad sexual con menores de dieciocho años por medios electrónicos, se llegó a la conclusión de que es necesario que se proponga reformar esta norma para que pueda cumplir con el objetivo de precautelar no solo la indemnidad sexual de los menores de edad, sino también su libertad sexual que este artículo pretende.

Frente a esto, la propuesta de reforma que hemos planteado con respecto a este artículo se basó no solo en las consideraciones que expertos ecuatorianos realizaron sobre este tema, sino también en la comparativa con las legislaciones de otros países que tipifican esta conducta, lo que nos ayudó a formular y que consideramos una estructura de artículo que lo haría más completo para sancionar el delito y que su aplicabilidad práctica sea más efectiva.

Lo cierto es que estructurar de manera correcta este tipo penal nos ayudaría a que los menores de edad se desarrollen en un entorno protegido y adecuado para su bienestar tanto físico como psicológico, libres del temor de que durante su infancia y adolescencia puedan ser vulnerados, lo que podría llevarlos a convertirse en futuros agresores o delincuentes que reproduzcan las mismas conductas que vivieron, perpetuando así un ciclo de inseguridad que compromete el futuro de este grupo vulnerable que son nuestras niñas, niños y adolescentes.

REFERENCIAS

- Aksoy Retornaz, E. (2022). Online Solicitation of Children for Sexual Purposes (Cyber Grooming) From the Turkish Legal Perspective. *Journal of Penal Law and Criminology / Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 10(1), 211-233. <https://doi.org/10.26650/JPLC2022-1112665>
- Aules Camañero, E. S. (2023). *EL CONSENTIMIENTO DENTRO DEL DELITO DE ESTUPRO A RAIZ DE LA SENTENCIA 13-18-CN/21* [Pontificia Universidad Católica del Ecuador]. <https://repositorio.puce.edu.ec/server/api/core/bitstreams/d323c6a0-8f6c-4eb8-9203-fd9f7acaf55d/content>
- Bolívar, L. C. (2022). El “Child Grooming” y regulación del delito sexual virtual contra niños, niñas y adolescentes en Colombia. *Derecho Penal y Criminología*, 42(113), Article 113. <https://doi.org/10.18601/01210483.v42n113.03>
- CASO No. 13-18-CN, No. 13-18-CN/21 (Corte Constitucional del Ecuador 15 de diciembre de 2021). https://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUUnLCB1dWlkOidhOGUxNjkzYi05NmIxLTQ0ZmItYjRkOS05MjZlNzllYWUwOGQucGRmJ30=
- Código de la Niñez y Adolescencia, Pub. L. No. 2002-100 (2003).
- Código Orgánico Integral Penal, Pub. L. No. 0 (2014).
- Código Penal de la Nación Argentina (1984).
- Código Penal Español (1995).
- Código Penal Peruano (1991).
- Donna, E. (2011). *Derecho Penal. Parte Especial* (4ta.). Rubinzal-Culzoni.
- Estiarte, C. V. (s. f.). *PROPUESTA SEXUAL TELEMÁTICA A MENORES U ONLINE CHILD GROOMING: CONFIGURACIÓN PRESENTE DEL DELITO Y PERSPECTIVAS DE MODIFICACIÓN*.
- Estiarte, C. V., & Aguado-Correa, T. (2015). *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores: Adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*. Thomson Reuters Aranzadi. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=571183>
- Fiscalía General del Estado | Resultados de la búsqueda contacto con finalidad sexual*. (s. f.). Recuperado 29 de marzo de 2024, de <https://www.fiscalia.gob.ec/page/2/?s=contacto+con+finalidad+sexual>
- Francisco Muñoz Conde & Mercedes García Arán. (2010). *Derecho Penal. Parte General* (8.ª ed.). TIRANT LO BLANCH.
- Jerves, P. S., & Rodríguez Tapia, Ma. del C. (2020). *El delito de child grooming, terminología y sus elementos del tipo*. 5(8), 105-120.

- Molina, S., Leonel, A., Ochoa, V., Valeria, N., Fernando, C., Salazar, B., & Cesar, J. (2020). *El child grooming o acoso sexual a menores por internet y la prueba informática*. 7.
- Moncada-Roblez, I. R., Guerrero-Castillo, A. L., & Suqui-Romero, G. Y. (2022). *Contacto y embaucamiento con finalidades sexuales a menores de edad a través de medios electrónicos/Contact and enticements for sexual purposes to minors throughs electrónico means*. 7(1), 1458-1477. <https://doi.org/10.23857/pc.v7i1.3555>
- Ortiz, M. A. S. (2020). *EN LOS DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL*.
- Padilla, F. J. P. (2017). *Seguridad y riesgos: Cyberbullying, grooming y sexting*.
- Panizo Galence, V. (2011). *EL CIBER-ACOSO CON INTENCIÓN SEXUAL Y EL CHILD-GROOMING*.
- Pérez Yauli, V. L., Tamayo Viera, J. O., & Molina Arcos, I. A. (2022). Los tipos de delitos contra la libertad sexual en el contexto social en la provincia de Tungurahua. *Revista Científica UISRAEL*, 9(1), 159-177. <https://doi.org/10.35290/rcui.v9n1.2022.503>
- Plascencia Villanueva, R. (1998). *Teoría del delito* (1. ed). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Ramírez Torres, M. G., & Sánchez, D. X. (2023). La tipificación del child grooming en Ecuador y la participación de los adolescentes. *Código Científico Revista de Investigación*, 4(2), 384-418. <https://doi.org/10.55813/gaea/ccri/v4/n2/248>
- Salazar Icaza, J. C. (2021). *Derecho Penal. Parte General* (1.ª ed.). Editorial Edino.
- Sánchez Romero, C., & Rojas Chacón, J. A. (s. f.). *Elementos Descriptivos, Normativos y Subjetivos del Tipo Penal*. 2014.
- Soto, J. C. M. (s. f.). *DERECHO PENAL CONDICIONANTE*.
- Torres Manrique Jorge Isaac & Cornejo Aguiar José Sebastián. (2020). *Código Orgánico Integral Penal comentado. Tomo II* (Vol. 2). Corporación De Estudios Y Publicaciones.
- Verges Peñarrubia, L. (2019). *LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL INDIVIDUAL. CONSIDERACIONES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES*.
- Winters, G. M., & Jeglic, E. L. (2022). The Sexual Grooming Scale – Victim Version: The Development and Pilot Testing of a Measure to Assess the Nature and Extent of Child Sexual Grooming. *Victims & Offenders*, 17(6), 919-940. <https://doi.org/10.1080/15564886.2021.1974994>
- Zaffaroni, E. R. (1998). *Tratado de derecho penal: Parte general* (Nachdr.). Sociedad Anónima Editora.
- Zamora-García, B. S., & Arandia-Zambrano, J. C. (2022). Regulación del delito de child grooming en la legislación ecuatoriana. *IUSTITIA SOCIALIS*, 7(1), 517. <https://doi.org/10.35381/racji.v7i1.1932>