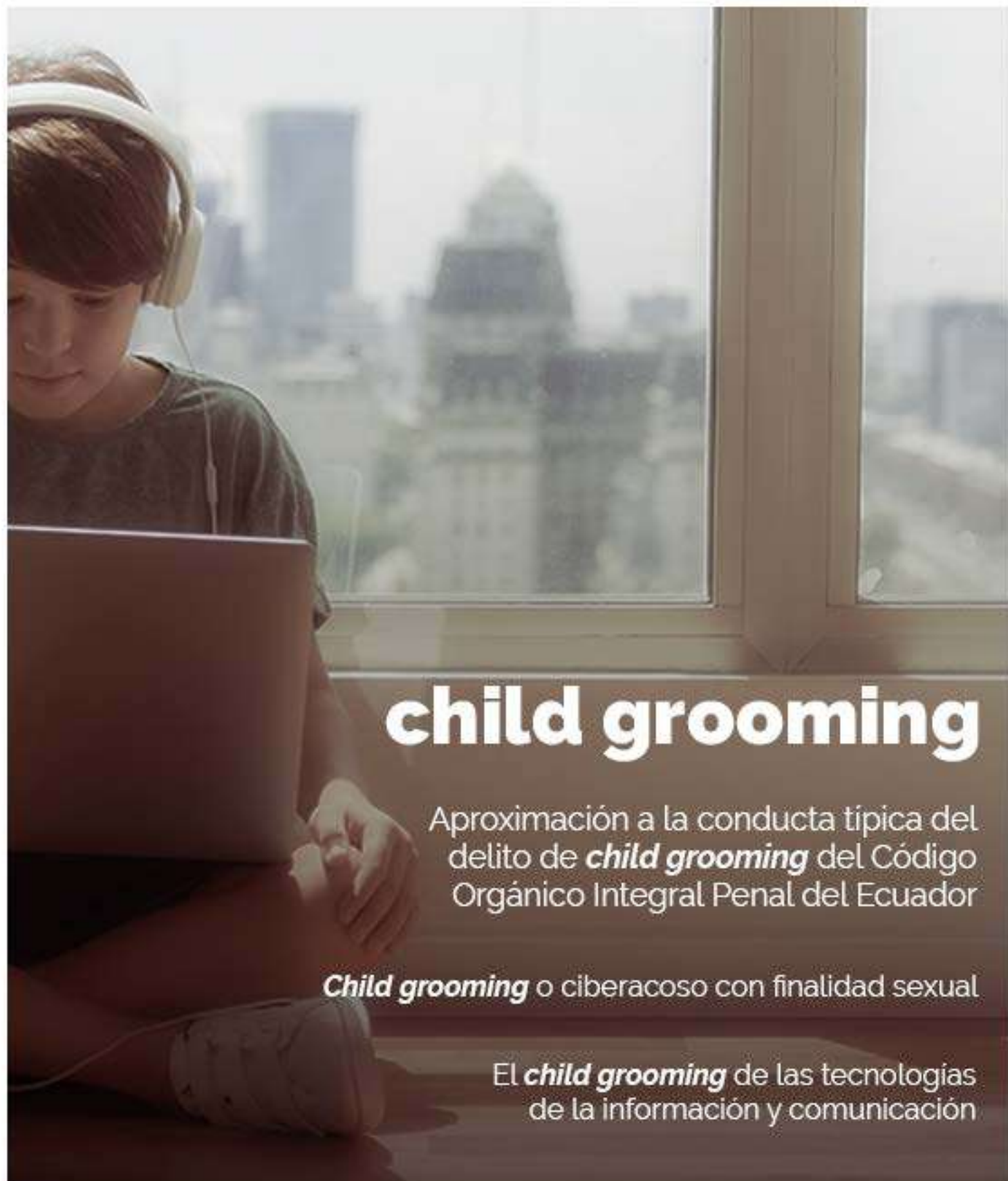


PERFIL CRIMINOLÓGICO

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO



child grooming

Aproximación a la conducta típica del delito de *child grooming* del Código Orgánico Integral Penal del Ecuador

Child grooming o ciberacoso con finalidad sexual

El *child grooming* de las tecnologías de la información y comunicación

FGE

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

ECUADOR

Revista Científica de Ciencias Jurídicas, Criminología y Seguridad
FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

COMITÉ EDITORIAL

Dra. Diana Salazar Méndez
Fiscal General del Estado

Mtr. Mauricio Torres Maldonado
Coordinador General de Gestión del Conocimiento

Mtr. Beatriz Rodríguez Tapia
Directora de Gestión de Estudios Penales

COMITÉ ACADÉMICO

M.A. Alberto Feijoo Erazo

Abg. Sebastián Tipán Morales

Diego Rodríguez Villamarín

EQUIPO DE DISEÑO EDITORIAL ACADÉMICO

Dirección de Comunicación y Promoción Institucional

Lic. Luis Monteros Arregui

Ing. Andrés Lasso Ruiz

Quito, mayo de 2020

Contenido de acceso y difusión libre

Los criterios vertidos por los autores no comprometen la
opinión institucional

Todos los derechos reservados.

Prohibida la reproducción total o parcial, sin autorización de los autores

PERFIL CRIMINOLÓGICO

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO



PERFIL CRIMINOLÓGICO

Presentación	6
Aproximación a la conducta típica del delito de <i>child grooming</i> del Código Orgánico Integral Penal del Ecuador	9
Introducción	10
Aspectos generales del delito de <i>child grooming</i> en el Código Orgánico Integral Penal	12
Contacto con una persona menor de dieciocho años por medios electrónicos o telemáticos	13
La proposición para concertar un encuentro con finalidad sexual o erótica	13
Actos materiales encaminados al acercamiento	15
Conclusiones	15
Referencias bibliográficas	16
<i>Child grooming</i> o ciberacoso con finalidad sexual	19
Sobre el Estado constitucional, Estado de derechos y Estado de justicia	20
Sobre el derecho penal	22
Sobre el delito	22
Sobre el abuso sexual y el bien jurídico protegido	22
Sobre la prueba indiciaria en los delitos sexuales	23
Sobre el <i>child grooming</i>	24
¿Cómo se configura del delito de <i>child grooming</i> ?	24
Sobre la investigación previa, el rol del fiscal y el acto urgente	25
A manera de conclusión	25
Referencias bibliográficas	27
<i>Child grooming</i> o ciberacoso con finalidad sexual a los niños, niñas y adolescentes. Manifestaciones y razones de su existencia. ¿Un problema de estado o de modelo sociocultural e ideológico?	29
¿Qué hacer y cómo enfrentar a este proceso criminal y agresor desde el ámbito legal?	32
Reflexiones de cierre	33
Referencias bibliográficas	34
El <i>child grooming</i> de las tecnologías de la información y comunicación	35
La sociedad de la información	36
Tecnologías de la información y comunicación	37
El acoso sexual	37
El <i>child grooming</i> o acoso sexual a menores por la red	38
Elementos estructurales del tipo penal del Art. 173	38
Elementos probatorios en el <i>child grooming</i>	39
La evidencia digital	39
Referencias bibliográficas	40
Internet <i>child grooming</i> o preparación de ilícitos sexuales sobre menores a través de la red en el modelo penal español	42
Referencias bibliográficas	49

PERFIL CRIMINOLÓGICO



Presentación

El desarrollo de las tecnologías¹ de la información es considerado una auténtica revolución para la humanidad, que trajo consigo diversos beneficios en las relaciones laborales, económicas y personales. Sin embargo, también supone considerables oportunidades para la comisión de delitos, ya que los delincuentes pueden cruzar las fronteras en cuestión de minutos, perpetrar crímenes a cientos de kilómetros y utilizar técnicas de navegación anónima².

Es así que nos encontramos ante una nueva forma de criminalidad, en la que el delincuente ha adaptado sus conductas al entorno tecnológico. Y si bien las discusiones en torno al derecho penal nuclear, respecto a la vulneración de bienes jurídicos individuales, sigue vigente, las consideraciones deben extenderse, puesto que, esta vez, los delitos son cometidos a través de medios virtuales. Por lo tanto, las legislaciones deben adaptarse para dar cabida a estos ilícitos y ser capaces de frenar su proliferación.

De las diferentes tipologías que se producen a través de internet, las que más preocupan y producen rechazo social son aquellas que se cometen en contra de menores de edad, por ser el grupo de la sociedad más vulnerable ante esta criminalidad, ya que pueden ser fácilmente manipulados y engañados por depredadores sexuales que se encuentran acechando en la red³.

Dentro del grupo de delitos de los cuales pueden ser víctimas los menores de edad en el entorno virtual destacan la distribución de pornografía infantil, *cyber-bullying*, *ciberacoso* o *child grooming*.

El *child grooming* es una estrategia empleada por un abusador para establecer contacto y seducir a un menor con fines sexuales⁴. Es decir, es un proceso en el cual se configuran una serie de tácticas que buscan conseguir un acercamiento con el menor, ganar su confianza y lograr un encuentro físico para perpetrar conductas lesivas de índole sexual⁵. En el mismo sentido, autores como Howitt u O'Connell describen a este fenómeno como aquellos patrones de conducta o los pasos que realizan los pedófilos para concertar una cita con un menor⁶.

Esta conducta repercute de manera negativa y lesiva en la sociedad, por lo cual ha requerido de una respuesta eficiente a través de distintas instancias, nacionales e internacionales⁷. Sin embargo, la lucha contra los ciberacosadores no es nueva, inició en los años noventa en los Estados Unidos de América con normas vanguardistas para la época, mismas que fueron exportadas a los sistemas jurídicos de otros países y posteriormente incorporados en diversos tratados internacionales.

Dichos convenios internacionales han evolucionado y se han adaptado a las necesidades actuales de la sociedad. De esta manera, se resguarda al menor de conductas como la pornografía infantil, llegando incluso a penalizar comportamientos como el *grooming*, para lo cual se necesita una protección adelantada del sistema penal. Además, recomiendan a los Estados incluir dentro de sus legislaciones internas, normas que sancionen este tipo de conductas atentatorias a la indemnidad de los menores.

El primer convenio 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*, que lo describe como la propuesta de un encuentro sexual por parte de un adulto a un menor de edad, utilizando medios telemáticos⁸.

En el caso ecuatoriano fue con el advenimiento del Código Orgánico Integral Penal, en el año 2014, que se incorporó esta figura jurídica en nuestra legislación

como "contacto con finalidad sexual con menores de 18 años por medios electrónicos", tipología que sanciona comportamientos que constituyen actos preparatorios de atentados a la indemnidad sexual de un menor.

Como se puede apreciar, este tipo de comportamientos están tipificados y sancionados por la norma sustantiva penal, sin embargo, sobre este tema es fundamental también que el conjunto de la sociedad asuma el compromiso de proteger a los menores de los peligros que implica la utilización de tecnologías, sobre todo bajo el contexto actual. Debido a la emergencia sanitaria provocada por la pandemia de Covid-19, la mayoría de países resolvieron implementar el confinamiento, como medida principal para salvaguardar la vida de sus ciudadanos. Sin embargo, esta medida ha generado un incremento en los tiempos de uso de internet, lo que evidentemente ha producido un aumento en el número de delitos cometidos a través de este medio. Es necesario resaltar que los acosadores y pedófilos permanecen en la red, atentos a captar menores y, de esta forma, hacer prosperar sus "negocios" ilícitos, como la pornografía infantil, entre otros.

Por su parte, la Fiscalía General del Estado, con el fin de proteger a las víctimas, obtener la verdad procesal y reducir la impunidad, investiga de forma veraz y oportuna las denuncias recibidas sobre menores que han sufrido acoso cibernético, actuando siempre en sujeción a los principios constitucionales, los derechos humanos y con enfoque de género.

Nuestra Institución reitera su compromiso ante la ciudadanía, no solo de visibilizar esta grave y compleja problemática, sino también de generar respuestas institucionales efectivas, enfocadas en priorizar la protección a las víctimas y combatir la impunidad, además de abrir espacios para analizar y discutir el tema de manera objetiva.

Es por esta razón que la presente revista recoge las contribuciones de diferentes autores que, desde distintas perspectivas, teorías y metodologías, comparten su visión y praxis sobre el delito de *child grooming*. Estoy segura de que los aportes de los articulistas invitados y el debate que pueda generarse a partir de ellos, constituirán un punto de partida para la reflexión de los administradores de justicia, el foro jurídico y la sociedad en general respecto de la protección de menores, que es una responsabilidad que nos involucra a todos.

Diana Salazar Méndez
Fiscal General del Estado

¹ "Grooming por Internet de Niños, Niñas y Adolescentes con fines Sexuales: Modelo de Legislación y Revisión Global", Centro Internacional Para Niños Desaparecidos y Explotados (ICMEC), acceso 10 de junio de 2020, https://www.icmec.org/wp-content/uploads/2017/09/Grooming-By-Internet-de-Ninos_FINAL_9-18-17_ES_FINAL.pdf

² Victoriano Panizo Galence, "El ciber-acoso con intención sexual y el child-grooming", *Quadernos de criminología: revista de criminología y ciencias forenses* 15 (2011): 3.

³ Sylvia Kierkegaard, "Cybering, online grooming and ageplay", *Computer Law & Security Review* 24 (2008): 41-55, doi: 10.1016/j.clsr.2007.11.004.

⁴ Alejandro García Alonso, "El 'child grooming' en el ordenamiento penal español. Análisis de la figura delictiva del artículo 183 ter 1 del código penal español" (tesis de grado en derecho, Universidad de Almería, 2018), <http://repositorio.ua.es/handle/10835/7218>.

⁵ Rachel O'Connell, *A typology of child cyberexploitation and online grooming practices* (Preston: Cyberspace Research Unit, University of Central Lancashire, 2003), <https://pdfs.semanticscholar.org/898c/0e9791e5d227dd875129ca05cf7cae08d4c4.pdf>.

⁶ En instancias internacionales el documento que marca el punto de partida de la lucha contra el abuso y la explotación sexual de menores es la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del niño de 1989, además del Protocolo Facultativo contra la venta de niños del año 2000.

⁷ Dispone en su parte pertinente respecto del Preámbulo: "Teniendo en cuenta la necesidad de elaborar un instrumento internacional global que se centre en los aspectos relacionados con la prevención, la protección y la legislación penal en materia de lucha contra todas las formas de explotación y abuso sexual de los niños, y que establezca un mecanismo de seguimiento específico"; Respecto de los objetivos el artículo 1.1.a) establece: "Prevenir y combatir la explotación y el abuso sexual de los niños".

⁸ La Asociación para la Investigación de Medios de Comunicación (AIMC) determinó que para el 2010, más del 70% de internautas españoles hacían uso de redes sociales.



Aproximación a la conducta típica del delito de *child grooming* del Código Orgánico Integral Penal del Ecuador¹

Jorge Fernández Mejías

Abogado y Magister en Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Diego Portales. Investigador del Centro Iberoamericano de Derechos del Niño (Cideni). Profesor de la Universidad de las Américas y Ayudante Senior del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Diego Portales.

Introducción

La aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño (aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, en adelante CDN), consolidó un progresivo avance a nivel internacional en el reconocimiento de los derechos de la infancia como objeto de protección específica. De esta forma, la CDN se constituye en un cuerpo jurídico sistemático destinado a la protección de niños, niñas y adolescentes "frente a una variedad de abusos, de discriminación y de explotación, porque todos los niños y niñas -ya provengan de países industrializados o en desarrollo, de comunidades ricas o pobres, de situaciones de paz y seguridad o de conflicto y emergencia- necesitan que se les proteja del abuso y la explotación"².

En específico, el artículo 19 de la CDN, establece el deber de los Estados de adoptar todas las medidas apropiadas para su protección frente a toda forma de violencia, incluida aquella violencia de carácter sexual, protección reforzada que se ve reflejada dentro del contenido del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador, como reconocimiento y garantía del derecho a la protección integral que incluye una vida libre de violencia para niños, niñas y adolescentes. En términos más generales, el reconocimiento de la infancia como objeto de especial protección aparece en varias de las disposiciones de la Constitución de la República del Ecuador, incorporando dentro de su derecho interno parte relevante del contenido de lo que ha sido denominado como el corpus iuris internacional de protección de los derechos de la infancia³.

En una era digital, el uso de las tecnologías de la información y comunicación (TIC) acompaña las experiencias de vida de los niños, niñas y adolescentes, ofreciéndoles la oportunidad de aprender, generar espacios de socialización con otros y ser escuchados. Sin embargo, "la tecnología digital y la interactividad también plantean riesgos importantes para la seguridad, la privacidad y el bienestar de los niños, aumentan las amenazas y los daños que muchos niños ya confrontan fuera de línea y hacen que los niños ya vulnerables lo sean más aún"⁴.

Dentro de esos riesgos se encuentran, precisamente, la creación de contextos en que niños, niñas y adolescentes, como ha advertido el Comité sobre los Derechos del Niño, pueden verse expuestos a "intimidación, hostigamiento o acoso (utilización de métodos para atraer a los niños con fines sexuales) y/o coacción, ser engañados o persuadidos a citarse personalmente con extraños o ser 'captados' para hacerlos participar en actividades sexuales y/u obtener de ellos información personal"⁵. En razón de ello, el Comité incorpora dentro de la obligación de adopción de medidas apropiadas, la necesidad de una protección adecuada que abarque la relación de los niños, niñas y adolescentes con las TIC⁶.

Que el derecho penal sirve como mecanismo de protección, de manera de poder esbozar un "derecho subjetivo a la protección penal", es algo discutido. Por supuesto, el estándar de adopción de medidas apropiadas no sugiere de manera expresa esta forma de protección contra la violencia (artículo 19 CDN), aunque tampoco permite necesariamente descartarla⁷. La extensión del debate excede estas páginas, aunque pueden dejarse esbozadas dos respuestas. La primera de ellas, plantea una inversión de la fundamentación del ius puniendi desde una comprensión limitadora de la intervención estatal, hacia su justificación como mecanis-

mo de protección de los derechos fundamentales⁸. La segunda, corresponde a la expansión del derecho penal a ciertos espacios que, dentro de una sociedad moderna o de riesgo, permite la flexibilización de las reglas limitadoras del ius puniendi clásico, para ofrecer una respuesta más eficiente a los peligros de un mundo globalizado⁹.

En el plano europeo, esta discusión ha avanzado hacia la construcción de, principalmente, dos instrumentos que definirán la política criminal respecto de delitos contra los bienes jurídicos de los niños, niñas y adolescentes: el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, de 2007 (o Convenio de Lanzarote); y la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, de 2011 (2011/93/UE).

Ambos textos normativos incorporan como figuras delictuales conductas desarrolladas a través de medios tecnológicos, como el delito de sexting o, propósito de este trabajo, el delito de *child grooming*, acordando establecer dentro de su derecho interno la punibilidad de tales conductas, y cuyas descripciones normativas se asemejan, salvo concretas diferencias que serán enunciadas, a la del artículo 173 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal (COIP)¹⁰. De esta forma, en las páginas que siguen se ofrece un esquema para el análisis del delito de *child grooming* en la regulación penal del Ecuador, como una suerte de "carta de navegación" que permita a los operadores jurídicos un tratamiento dogmático y práctico más satisfactorio de cara al caso concreto.

¹ Esta investigación ha recibido el apoyo financiero del Fondo de Publicaciones y Becas del Centro Iberoamericano de Derechos del Niño (CIDENI), Código AC/02/2020

² UNICEF. *Estado Mundial de la Infancia. Conmemoración de los 20 años de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, (Nueva York: UNICEF, 2008), 21.

³ Miguel Cillero, "Derecho del niño a la protección frente a la violencia: estándares internacionales", en *Protección jurídica de las personas menores de edad frente a violencia*, coordinado por Clara Martínez (Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2016).

Entre ellas, la necesidad de su atención prioritaria y especializada (artículo 35); la promoción prioritaria de su desarrollo integral (artículo 44); su reconocimiento como sujetos de derechos generales y específicos (artículo 45); medidas especiales de protección para aquellos privados de libertad (artículo 51); varios de estos derechos se incorporan desde una perspectiva de interseccionalidad (artículo 57 apartado 10); todos de la Constitución de la República del Ecuador.

⁴ UNICEF. *Estado Mundial de la Infancia. Niños en un mundo digital*, (Nueva York: UNICEF, 2017), 8.

⁵ Comité de los Derechos del Niño de la ONU, *Observación general N° 13 (2011) Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia*, (2011): 31, <https://www.unicef.org/chile/media/2691/file>.

⁶ *Ibid.*, 41.

⁷ Respecto de los estándares de protección de niños, niñas y adolescentes contra la violencia, véase Cillero, Miguel. "Derecho del niño a la protección frente a la violencia: estándares internacionales", en *Protección jurídica de las personas menores de edad frente a violencia*, coordinado por Clara Martínez (Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2016).

⁸ Antonio Bascuñán, "Derechos Fundamentales y Derecho Penal". *Revista de Estudios de la Justicia*, n.° 9 (2007).

⁹ Carlos Künsemüller, "El castigo de las formas preparatorias del delito". *Derecho y Humanidades* 1, n.° 16 (2010), <https://bit.ly/3fDdApf>.

¹⁰ Jesús Silva Sánchez, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales* (Madrid: Civitas, 2001).

Se utilizó como referencia comparada la tipificación del antiguo 183 bis y del nuevo 183 ter inciso 1° del Código Penal Español, como algunos comentarios sobre la tipificación argentina.

Aspectos generales del delito de *child grooming* en el Código Orgánico Integral Penal

Una aproximación al delito por medio de un esquema o "carta de navegación" puede servir de utilidad a un análisis de los elementos que describe la figura típica del artículo 173 inciso primero del COIP, consistentes en (i) contactar a una persona menor de dieciocho años, (ii) para proponer, haciendo uso de un medio electrónico o telemático, concertar un encuentro con finalidad sexual o erótica, (iii) realizando actos materiales encaminados al acercamiento. Por lo tanto, se trata de un delito "de tipo mixto alternativo" que exige un orden secuencial entre estas conductas¹¹.

En cuanto al bien jurídico protegido, la doctrina comparada entiende que este se dirige a la protección de la indemnidad sexual, entendida como el normal desarrollo y formación de la vida sexual de aquellas personas que, de acuerdo a la legislación, no poseen aún edad para determinar válidamente su comportamiento en el ámbito sexual¹². A su vez, al constituirse en un adelantamiento de la punibilidad -respecto de las conductas directamente lesivas a la indemnidad sexual a desarrollar en el encuentro con el menor de edad- el delito se describe como uno de peligro abstracto.

Los sujetos pasivos de este tipo penal están compuestos por los menores de dieciocho años, lo que es coincidente con lo establecido por el artículo 175 numeral 5 para los delitos de la sección cuarta del COIP, esto es, "en los delitos sexuales, el consentimiento dado por la víctima menor de dieciocho años de edad es irrelevante"¹³. Esta norma, ahora desde la perspectiva de los sujetos activos, genera dificultades para afirmar que en el delito de *child grooming* pueda sancionarse a menores de dieciocho años, por más que se aluda al silencio de la disposición penal¹⁴.

Lo anterior, debido a que lo determinante para la punibilidad del delito de *child grooming* encuentra su fundamento en la protección de quienes se hallan por debajo de la edad en que el consentimiento sexual se entiende válido.

Por supuesto, la protección no es un resguardo en sí misma, sino respecto de aquel grupo que si se encuentra en edad para determinar válidamente su comportamiento en el ámbito sexual. De ahí que en España, donde la edad de consentimiento válido es a los dieciséis años, se admita la sanción de acciones sexuales entre mayores de dieciséis años y menores a esa edad. En cambio, en el Ecuador, al establecerse la irrelevancia del consentimiento para los menores de dieciocho años, la finalidad del delito de *child grooming* encuentra un círculo más amplio de sujetos pasivos, por lo que el fin de protección, la indemnidad sexual, parece concebir más bien como amenaza los comportamientos peligrosos provenientes de las personas mayores de dieciocho años.

Un posible argumento para afirmar la punibilidad del delito de *child grooming* por conductas de "proposición" llevadas adelante por adolescentes, es señalar que los delitos sexuales de la sección cuarta si admiten protecciones específicas de acuerdo a la edad, frente a las cuales una interpretación teleológica del inciso primero del artículo 173 del COIP aún puede sostenerse.

Así, por ejemplo, para la violación (artículo 171 numeral 3 COIP) y el abuso sexual (artículo 170 inciso segundo, COIP) que tiene como víctima a un menor de catorce años y como victimario a un adolescente de dieciséis. En contra, puede señalarse que su punibilidad puede ofrecer soluciones problemáticas en casos donde la diferencia etaria no resulta relevante, como cuando la "proposición", en los términos del delito de *child grooming*, se da entre un adolescente de catorce y otro de trece años. Nuevamente, una solución, ahora de *lege ferenda*, sería la inclusión de la cláusula denominada *Romeo and Juliet exception*, que limite la punibilidad a casos en que exista una diferencia de edad establecida por ley entre víctima y victimario¹⁵, o que establezca criterios para su determinación al caso concreto¹⁶.

¹¹ Elena Górriz Royo, "On-Line Child Grooming" En Derecho Penal Español. El Delito De Preparación On-Line De Menores Con Fines Sexuales, Del Art. 183 Ter. 1º CP (Conforme A La LO 1/2015, 30 De Marzo), *Indret Revista Para El Análisis Del Derecho*, 3 (2016): 21, <https://indret.com/wp-content/uploads/2016/07/1236.pdf>.

¹² Carolina Villacampa, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015).

A nivel europeo, la delimitación del delito a la edad en que el consentimiento resulta irrelevante en materia sexual es una exigencia explícita del artículo 6.1 de la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, 2011; y tiene como sujeto pasivo a los

Contacto con una persona menor de dieciocho años por medios electrónicos o telemáticos

La realización de una conducta de "contacto" es exigida por el encabezado del artículo 173 inciso primero del COIP, que puede ser concebida como "entrar en comunicación con un menor, lo que, cabalmente, implica hacerle participe, manifestarle o hacerle saber algo"¹⁷, existiendo cierto acuerdo con la doctrina española en cuanto a que la realización de una conducta de "contacto" requiere que el niño, niña o adolescente destinatario formule, respecto de ella, una respuesta¹⁸. A su vez, el "contacto" debe efectuarse por medios electrónicos o telemáticos, lo que equivale a incorporar una gran gama de las tecnologías de la información y comunicación, aunque dejando fuera a todas aquellas conductas que, pudiendo ser igualmente riesgosas a los propósitos de la prohibición, se producen en un contexto off-line. Sin embargo, la posibilidad de que un primer contacto se produzca de manera presencial no impide la subsunción, dentro del artículo 173 inciso primero del COIP, del posterior contacto llevado a cabo por algún medio electrónico o telemático¹⁹. Por supuesto, el "contacto" por medios electrónicos o telemáticos, como se expuso previamente, debe ser dirigido a un menor de dieciocho años, de acuerdo a la disposición legal.

La proposición para concertar un encuentro con finalidad sexual o erótica

La proposición como acto preparatorio pu-

nible, que encontramos en legislaciones como la de España y Chile, es de utilidad al análisis y comprensión de lo que podríamos concebir como una forma particular, la "proposición para concertar un encuentro con finalidad sexual o erótica". El código penal chileno, por ejemplo, sanciona excepcionalmente la proposición para cometer un delito, "que se verifica cuando el que ha resuelto cometer un crimen o un simple delito, propone su ejecución a otra u otras personas" (Artículo 8). Por supuesto, lo propuesto en el delito de *child grooming* no es la comisión conjunta del delito -en términos de coautoría-, o el intento de determinar a la comisión de un delito a quien, en caso de comenzar a ejecutarse, sería su autor, -en términos de inducción frustrada-, como lo hacen las figuras comparadas mencionadas. No obstante, permiten ofrecer un parámetro que da cuenta del momento en que se exterioriza la resolución de delinquir.

Contrario con lo que sucede con el "contacto", la "proposición" no requiere de una aceptación de la víctima. Si volvemos a la discusión a propósito de los textos comparativos mencionados, este acto preparatorio se construye como una propuesta unilateral para la comisión de un delito, que no requiere de un acuerdo de voluntades, factor que precisamente permite su diferenciación del delito de conspiración²⁰. Esto es aún más evidente en el caso de la "proposición" como "inducción frustrada", donde el mero intento por parte de un sujeto, a fin de procurarse un autor para su propuesta delictual -sin necesidad, por lo tanto, de aceptación- sirve para dar lugar a su punibilidad²¹. De esta forma, las exigencias en torno a la proposición siguen un camino propio, asociado al requerimiento de seriedad y a la finalidad sexual o erótica. En cuanto al requisito de seriedad, su exigencia permite descartar aquellas alusiones o insinuaciones genéricas, vagas o indeterminadas del proponente en dirección

menores de dieciséis años en la legislación española y los menores de 14 en la legislación chilena.

¹³ Otro de los problemas de afirmar la irrelevancia del consentimiento para todos los menores de dieciocho años (art. 175,5 COIP), distinto de los que se plantean aquí, es que no permite comprender, en un análisis sistemático de la sección cuarta del COIP, por qué el victimario que abusa sexualmente de una menor de quince años (acto de significación sexual) recibe menor pena que aquel que comete estupro (relación sexual). Solo otorgando validez al consentimiento dado por la víctima de estupro a la relación sexual (aunque con engaño) podremos comprender la diferencia.

¹⁴ La discusión se asume, por supuesto, respecto de los adolescentes y no de los niños y niñas, que de acuerdo al artículo 307 del Código de la Niñez y Adolescencia, no son responsables penalmente.

¹⁵ Similar a la que contiene el artículo 4º de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente de Chile, que señala: No podrá procederse penalmente respecto de los delitos previstos en los artículos 362, 365, 366 bis y 366 quáter del Código Penal, cuando la conducta se hubiere realizado con una persona menor de 14 años y no concurre ninguna de las circunstancias enumeradas en los artículos 361 o 363 de dicho Código, según sea el caso, a menos que exista entre aquella y el imputado una diferencia de, a lo menos, dos años de edad, tratándose de la conducta descrita en el artículo 362, o de tres años en los demás casos.

¹⁶ Artículo 183 quáter. El consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez.

a concertar un encuentro. Como expone Mendoza²², se requiere la existencia de datos fehacientes, como fijar un lugar donde encontrarse, una hora o formas de identificarse.

Por ello, resulta relevante distinguir, primero, entre los elementos de "contacto" y "proposición", en el sentido que no todo contacto iniciado con un menor de dieciocho puede contener necesariamente una proposición para concertar un encuentro y, segundo, comprender que no toda comunicación cumple con la exigencia de seriedad, en cuanto a ser efectivamente una propuesta para fijar un encuentro. Consideremos la reseña fáctica de la Sentencia N° 1541-2017 de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, del 27 de septiembre de 2017, que declara improcedente el recurso de casación interpuesto por el sentenciado, en contra de la decisión de condena del Tribunal Octavo de Garantías Penales de Pichincha, por el delito del artículo 173 inciso primero del COIP:

Prescindiendo de las posibles conductas de-

[...] La presente causa tiene como antecedente la denuncia presentada la [...], madre biológica de la menor ofendida [D.E.G.V] de quince años de edad, mediante la cual indica que, el día 10 de febrero de 2015, mantuvo una discusión con su hija quien tenía una actitud sospechosa y ocultaba su celular, al castigarla y quitarle dicho teléfono, le han empezado a llegar mensajes de WhatsApp a las tres de la mañana con el seudónimo mailonman, esos mensajes estaban en inglés y verifico que existían mensajes desde fines de diciembre de 2014, habían conversaciones que decían: 'te amo', 'necesito tocarte', 'amo tus curvas', 'cuando me baño pensando en ti', 'quiero abrazarte', 'me gusta besarte',

mensajes que como madre le alarmaron y pidió a su hija le dijera quien le enviaba esos mensajes, indicándole la menor que era el procesado [...]

lictivas realizadas de forma previa a los hechos expuestos y su posibilidad de subsunción en otras figuras delictivas distintas del *grooming*, los mensajes enviados por el adulto a la adolescente parecen dar cuenta de la existencia de un contacto, puesto que el adulto ha entablado una comunicación con una menor de edad que, aparentemente, ha dado respuesta a dicha comunicación (se habla de conversaciones). Sin embargo, lo expresado por el adulto a través de los mensajes no permite valorar de manera seria la existencia de una propuesta para concertar un acuerdo, lo que no puede verse cumplido simplemente por medio de sus expresiones de deseos. La valoración importa la existencia de una propuesta a concretar un encuentro, posible de estimarse por la existencia de datos que entreguen contenido a la propuesta.

La "finalidad" sexual o erótica se constituye en un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo, es decir, una tendencia o motivo especial exigido por el legislador para la configuración del delito de *child grooming*²³. Debido a su naturaleza de acto preparatorio, la "finalidad" del encuentro debe entenderse asociada a la realización típica de delitos que se ajusten a la naturaleza sexual o erótica exigida por el tenor de la disposición del artículo 173 inciso primero del COIP. De ahí que resulte problemática una extensión hacia los delitos de inseminación no consentida (art. 164, COIP) y la privación forzada de capacidad de reproducción (art. 165, COIP), a pesar de la indiscutible dimensión de gravedad de estas figuras.

Actos materiales encaminados al acercamiento

Se trata de un requisito de índole restrictiva para la "proposición de concertar un encuentro", que adicionalmente debe verse acompañada de "actos materiales encaminados al acercamiento" entre autor y víctima. Esta exigencia puede observarse también en el Convenio de Lanzarote y la Directiva 2011/93/UE, así como en el Código Penal español. La expresión, vaga e imprecisa, abre debate en cuanto a si lo que el adjetivo "materiales" de los actos abarca únicamente los encuentros presenciales o, junto con estos, los que se lleven a cabo en modo virtual u *on-line*²⁴.

No obstante, y a propósito del delito de *child grooming* español, la discusión pierde sentido cuando se la sitúa en su carácter de acto preparatorio de delitos que solo pueden cometerse por medio de un encuentro real y presencial, como los abusos y agresiones sexuales, o

la captación y utilización de menores de edad en la producción de material pornográfico²⁵. Por el contrario, el debate parece adquirir mayor protagonismo cuando la disposición penal pretende una anticipación a la realización de conductas circunscritas, en términos amplios, por una finalidad sexual o erótica, y no delimitada legalmente por la adscripción a delitos cuya tentativa requiera que la víctima y el autor se encuentren en un mismo tiempo y espacio físicos, más allá de su escasa o no aplicación práctica²⁶.

Finalmente, el requerimiento de que los "actos materiales" deban ir "encaminados al acercamiento" ha sugerido la exigencia probatoria de la demostración, en sede judicial, de que los "actos materiales" aumentan, en una probabilidad alta, que el encuentro entre autor y víctima se produzca²⁷. Esta exigencia parece propia de un delito de peligro concreto, lo que es contrario a la caracterización de la figura como un acto preparatorio.

Conclusiones

El esquema presentado evidencia el contenido del delito de *child grooming* a partir de la identificación de tres elementos: el contacto con un menor de dieciocho años por medios electrónicos o telemáticos, como la conducta que permite entrar en comunicación con el menor de edad; la proposición, como una conducta distinta con un contenido específico: concertar un encuentro con el menor de edad; y la realización de actos materiales que permitan entender que se han empezado a desplegar acciones para que el encuentro concertado se lleve a cabo. Esta "carta de navegación" general sigue los elementos de la tipificación del delito de *grooming* del inciso primero del artículo 173 del COIP, pero merece, por supuesto, mayor desarrollo y discusión dentro de la práctica de los operadores jurídicos.

decidió señalar de forma expresa dentro del contenido de la prohibición de *child grooming*, los artículos respecto de los cuales regía la anticipación penal. El código penal argentino, por su parte, adopta una posición amplia similar al Código Penal del Ecuador, aunque con una alusión expresa a todos los delitos contra la protección de la indemnidad sexual, lo que ha sido criticado por su extensión a figuras respecto de las cuales su aplicación resulta conflictiva.

²⁴ Villacampa, *El delito de online child grooming*, 165.

²⁵ *Ibid.*, 165.

²⁶ El desarrollo de este punto requiere, probablemente, de una reflexión mayor que las que permite este trabajo, en especial, sobre la posibilidad real de concebir ciertos delitos sexuales por medios electrónicos o telemáticos, de manera de no reducir la exigencia de *actos materiales* a una mera reiteración de contactos por esa vía (Ferrandis, p. 196); la relación de proporcionalidad de la sanción de *grooming* con la figura típica que antecede; y el espacio que el consentimiento de los menores de edad ocupa en ciertos delitos, como el estupro, cuya presencia, más allá de lo establecido por el artículo 175.5 del COIP, resulta explicativa de una menor penalidad respecto de otras figuras, como la de abuso sexual.

²⁷ Górriz Royo, "On-line child grooming", 29.

¹⁷ Górriz Royo, "On-line child grooming", 22.

¹⁸ Villacampa, *El delito de online child grooming*, 162.

En contra, aunque respecto del tipo penal de *child grooming* del artículo 13 del Código Penal argentino, Boumpadre, Jorge. *Grooming*. Revista pensamiento penal, 2014, p. 28. Esto, sin embargo, debe descartarse. Pensemos, por ejemplo, los mensajes enviados de forma masiva a una serie de destinatarios, que van directo a la carpeta de spam. La ofensa resulta tan nimia que, desde el principio de lesividad, no debe ser subsumida en la tipicidad del artículo 173 inciso primero del COIP.

¹⁹ Górriz Royo, "On-line child grooming", 24.

²⁰ Antoni Llabrés, "La nueva regulación de la proposición para delinquir (art. 17.2)", en *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, dirigido por José González (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), 89.

Jorge Mera, "Comentario al artículo 8° del Código Penal", en *Código Penal Comentado*, dirigido por Jaime Couso y Héctor Hernández (Santiago: Abeledo Perrot, 2011), 168.

²¹ Llabrés, "La nueva regulación de la proposición para delinquir", 73.

²² Silvia Mendoza, *El Derecho Penal frente a las formas de acoso de menores. Bullying, Cyberbullying, grooming y sexting*. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2013), 160.

²³ Una visión distinta fue la promovida por el Convenio de Lanzarote, por la Directiva 2011/93/UE, que delimita la finalidad del delito de *child grooming* a los delitos de los abusos -concepto amplio, que incluye los delitos expresivos de una relación sexual no consentida- y aquellos vinculados a la producción de pornografía infantil. La técnica legislativa del Código Penal Español en cambio,

Referencias bibliográficas

- Bascuñán, Antonio. "Derechos Fundamentales y Derecho Penal". *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 9 (2007): 47-74.
- Buompadre, Jorge. "Grooming". *Revista Pensamiento Penal*, (Diciembre 2014), <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/40272-grooming>.
- Cillero, Miguel. "Derecho del niño a la protección frente a la violencia: estándares internacionales", en *Protección jurídica de las personas menores de edad frente a violencia*, coordinado por Clara Martínez, 55-58. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2016.
- Allnock, Debra, Patricia Hynes y Lorraine Radford. *Preventing and Responding to Child Sexual Abuse and Exploitation: Evidence Review*. Nueva York: UNICEF, 2015.
- Ferrandis, Daniel. "El delito de online child grooming (art. 183 bis CP)", en *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico jurídico y policial*, editado por María Lameiras y Enrique Orts, 172-224. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.
- Górriz Royo, Elena. "'On-Line Child Grooming' En Derecho Penal Español. El Delito De Preparación On-Line De Menores Con Fines Sexuales, Del Art. 183 Ter. 1º CP (Conforme a la LO 1/2015, 30 De Marzo)". *InDret Revista Para El Análisis Del Derecho*, n.º 3 (2016): 20-30, <https://indret.com/wp-content/uploads/2016/07/1236.pdf>.
- Hernández, Héctor. "El nuevo derecho penal de adolescentes y la necesaria revisión de su "teoría del delito"". *Revista de Derecho* 20, n.º 2 (2007): 195-217, <https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v20n2/art09.pdf>.
- Künsemüller, Carlos. "El castigo de las formas preparatorias del delito". *Derecho y Humanidades* 1, n.º 16 (2010): 81-98, <https://bit.ly/3fDdApf>.
- Llabrés, Antoni. "La nueva regulación de la proposición para delinquir (art. 17.2)", en *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, dirigido por José González, 70-105. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- Mendoza, Silvia. *El Derecho Penal frente a las formas de acoso de menores. Bullying, Cyberbullying, grooming y sexting*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- Mera, Jorge. "Comentario al artículo 8º del Código Penal", en *Código Penal Comentado*, dirigido por Jaime Couso y Héctor Hernández, 165-175. Santiago: Abeledo Perrot, 2011.
- Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

- Ramos Vásquez, José. "Grooming y Sexting: artículo 183 ter CP", en *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, dirigido por José González, 592-598. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- Silva Sánchez, Jesús. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 2001.
- UNICEF. *Estado Mundial de la Infancia. Conmemoración de los 20 años de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. Nueva York: UNICEF, 2008.
- UNICEF. *Estado Mundial de la Infancia. Niños en un mundo digital*. Nueva York: UNICEF, 2017.
- Villacampa, Carolina. *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.



Child grooming o ciberacoso con finalidad sexual

Santiago Pazmiño González

Abogado y Magister por la Universidad Estatal de Investigación de la ciudad de Belgorod. Agente Fiscal de la provincia de Chimborazo.



Sobre el Estado constitucional, Estado de derechos y Estado de justicia

iSapere Aude! Atrévete a pensar o mejor dicho ten el valor de servirte de tu propia razón decía Kant¹.

Las Américas y el mundo, se enfrentan actualmente a una emergencia sanitaria global sin precedentes ocasionada por el virus COVID-19. Ahora más que nunca es necesario pensar en la salud de la población en esta época de pandemia, con el fin de combatir su propagación, en primer lugar, desde nuestros hogares. En este contexto, las medidas adoptadas por los Estados en la atención y contención del virus deben tener como centro el pleno respeto de los derechos humanos², es decir, como señala la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), ese debe ser, el horizonte de todas las decisiones del poder público en el marco de un Estado constitucional de derechos y de justicia en estado de excepción.

Es necesario advertir que la Corte Constitucional (CC), para el periodo de transición, manifestó que el concepto de Estado constitucional incide de una manera directa en el *ius penale*, donde los bienes jurídicos más preciados están en mayor riesgo. Por tal motivo, se han incorporado principios como legalidad, derecho penal mínimo, presunción de inocencia y dignidad humana los cuales limitan el *ius puniendi*. Además, es fundamental señalar que, como sostiene la CC, estos deben estar al servicio y necesidades del hombre³.

El argumento vertido por la Corte Constitucional remite, *strictu sensu*, a lo manifestado por el profesor Zagrebelsky, quien sostenía que el rasgo más distintivo del Estado constitucional es que por primera vez la ley, como única fuente del Estado legislativo, se ve subordinada a un estrato más alto del derecho establecido por la Constitución⁴. El Magistrado español Perfecto Andrés Ibáñez, concuerda con este pensamiento, al argumentar que, en el Estado constitucional, el juez se convierte en garante de los derechos y su obligación es realizar una crítica de la ley desde la óptica de la Constitución⁵.

Así las cosas, nuestra norma *ius fundamental*, reconoce a las personas como titulares de derechos⁶. El deber ineludible e inexcusable del Estado ecuatoriano es, sin duda alguna, garantizar sin discriminación el efectivo goce de los derechos constitucionales, entre ellos, el derecho a la seguridad integral⁷. Como Estado, sociedad y familia se debe promover el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes que, en la medida de lo posible, sus derechos se ejerzan, promuevan y exijan.

Reconociendo el sinnúmero de tratados internacionales de derechos humanos, específicamente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, -que enfatiza que todos los niños tienen derecho a las medidas de protección que en su condición de menores requieren por parte del Estado-⁸ y la Convención sobre los Derechos del Niño; instrumentos en el cual la familia se establece como el núcleo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de los niños. En este contexto, es ineludible el amparo contra el abuso físico, mental e incluso sexual⁹.

Aquella conducta penalmente relevante es tan ruin, mezquina y despreciable, que a todas luces, tiene que ser perseguida con todo el rigor de la ley.

No se puede permitir que los niños, niñas y adolescentes, sean corrompidos o que un victimario quede sin castigo después de tan execrable delito. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en torno al contenido y alcance del artículo 19 de la Convención, razonó que no es plausible ni permitido que en el territorio de un Estado miembro, exista una violencia sistemática en contra de niños en situación de riesgo¹⁰.

La Corte Constitucional ecuatoriana, en relación al interés superior del niño en un proceso penal, arguyó que la omisión o la falta de ponderación del principio de interés superior al momento de valorar los medios de prueba, convierte la sentencia en inconstitucional y desactiva el principio *favor rei*, por ende, no existe duda razonable a favor del acusado, sino certeza absoluta injustificada¹¹.

El estado de confinamiento en el que se encuentra el país, oficializado mediante Decreto Ejecutivo N.- 1017 de fecha 16 de marzo de 2020¹², ha aumentado aún más la dependencia de las cuasi nuevas Tecnologías de Información y Comunicación (TIC). Materializadas a través del internet, estas han ayudado a entrelazarnos con diversas e innumerables personas, la mayoría de ellas desconocidas. Es en este contexto, donde los menores son los más proclives al uso de redes sociales o plataformas virtuales tales como *Facebook, WhatsApp, Messenger, Skype o Zoom*, que los padres de familia deben estar vigilantes con el fin de evitar en lo posible el inadecuado uso de información de índole sexual o pornográfica con los "amigos online". Es preciso mencionar que la huella digital, es decir, el rastro que dejan las actividades en el mundo virtual como fotos, videos, publicaciones y comentarios fácilmente pueden viralizarse¹³.

No resulta extraño que en esta época de confinamiento se produzcan estafas masivas, secuestros, suplantación de identidad por medios electrónicos, y el delito de *child grooming* o ciberacoso sexual, ilícito contemplado en el Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano y motivo del presente ensayo. La legislación ha considerado castigar tal conducta que se configura cuando un sujeto utiliza un medio TIC para contactar, acercarse y seducirle a un menor de 18 años con fines obscenos.

Conviene analizar el tipo penal *in examine*, enfatizando que en este delito, la intervención del derecho penal, *prima facie*, recae sobre los actos preparatorios y no sobre los actos ejecutivos. En este sentido, ¿cómo interviene el derecho penal? ¿Cuál es su *inter criminis*? ¿Cuál es el rol del fiscal y el tipo penal in comento? ¿Cuáles son las recomendaciones para evitar el ciberacoso? Las respuestas a estas interrogantes se desarrollan a continuación.

El Código Penal se hizo para conseguir que los ciudadanos se abstengan del cometimiento de ciertas conductas que se consideran nocivas al bien común. Pero, ¿cómo se puede conseguir ese resultado, si no se hacen conocer las leyes de dicho código? Como se conoce en la jerga jurídica, *ignorantia legis non excusat*¹⁴ (la ignorancia de la ley no excusa). Así, ¿qué pasa si el *groomer* (acosador) como defensa en la instrucción fiscal sostiene error de tipo?, es decir, señala un desconocimiento sobre el elemento del tipo objetivo del artículo 173 del COIP, en otras palabras, indica que desconocía que con quien chateaba y seducía era un menor de 18 años, ¿es verosímil su argumentum ad baculum? ¿Es error vencible? ¿Es error invencible? ¿Dictamen abstentivo o acusatorio?

Sobre el derecho penal

Ferrajoli sostiene que el derecho penal aún rodeado de límites y garantías conserva una intrínseca brutalidad que hace más problemática e incierta su legitimación; la pena, cualquiera que esta sea, es una segunda violencia que se añade al delito¹⁵. Por otra parte, Santiago Mir Puig, refiere que el derecho penal es un medio de control social altamente formalizado, acude a las penas y medidas de seguridad, para evitar ciertos comportamientos sociales que se reputan indeseables, llamados delitos¹⁶.

Sobre el delito

Según el COIP el delito se explica como la conducta típica antijurídica y culpable cuya sanción esta prevista en dicho Código¹⁷. Silva Sánchez sostiene que el delito es bipartito, dicho de otra manera, es la infracción de una norma desvalorizada por el derecho penal, es decir, antijurídica y, que su agente sabe que es desvalorizada y la realiza atentando el orden de libertades, por ende, es antinormativa¹⁸.

Por otro lado, Pawlik sostiene que el delito es la infracción al deber cívico del ciudadano en la cooperación y al mantenimiento del estado de libertades jurídicamente constituido. En resumen, al igual que Jakobs, sostiene que el delito deviene de la infracción de roles o incumbencia de cada uno de nosotros, donde el castigo, a más de ser necesario, no es otra cosa que la confirmación de la norma¹⁹. Sin embargo, respetando el principio de seguridad jurídica, el presente artículo adhiere al criterio de que es penalmente relevante toda acción u omisión

que pone en peligro o produce resultados lesivos, descriptibles y demostrables²⁰.

Sobre el abuso sexual y el bien jurídico protegido

La norma suprema reconoce y protege el derecho a la integridad personal²¹ que incluye la libertad e indemnidad sexual. La libertad sexual se puede caracterizar como el derecho de toda persona a auto determinarse en el ámbito de la sexualidad, esto es, el derecho a mantener, realizar o tolerar actividades de naturaleza sexual sólo con su expreso consentimiento²². Por otro lado, en el presente caso, el objeto de tutela es la indemnidad del adolescente, en tanto y en cuanto, antes de los dieciocho años es incapaz de comprender el contenido y alcance de un acto sexual y, es por tal razón, que el COIP de manera categórica sostiene que el consentimiento del menor de 18 años en delitos sexuales es irrelevante²³.

Sin embargo, la Corte Constitucional del Ecuador sostuvo por medio de jurisprudencia vinculante, que los adolescentes no son objetos sino sujetos de derechos, con autonomía para decidir sobre sus derechos sexuales y reproductivos. En este sentido, el Estado, la sociedad y la familia deben otorgarles herramientas necesarias para la adopción de decisiones libres y voluntarias, responsables sobre su sexualidad. Si no se considera su autonomía e interés superior de decidir por sí mismo, se trataría de una intervención ilegítima en el ejercicio de sus derechos y, en este caso, el Estado puede intervenir como "salvador externo"²⁴.

Más allá de lo señalado, es asignatura pen-

diente de la legislación examinar el COIP, a fin de que, en un momento determinado, se pueda modificar de *lege ferenda* la edad del adolescente para prestar su consentimiento en un acto sexual. A título personal, se sugiere prudente considerar la tutela penal hasta los dieciséis años de edad.

La violencia sexual se debe entender como las acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento, las cuales comprenden la invasión física del cuerpo, contacto físico o penetración. Debe considerarse además, que en el caso de un niño, niña o adolescente que por su condición de minoría de edad no cuenta con la capacidad de autodeterminarse sexualmente²⁵, la dimensión del impacto es aún mayor.

En pocas palabras, el abuso sexual es un delito que se configura cuando el sujeto activo realiza tocamientos indebidos o deshonestos sobre el niño o adolescente, en ausencia de consentimiento con el objetivo de obtener una satisfacción sexual.

Se analiza este hecho delictivo por cuanto representa la base del tipo penal de *child grooming*. Así por ejemplo, en el abuso sexual se castiga los tocamientos indebidos, es decir, cuando la conducta del sujeto agente, habilita el principio de ejecución y por ende la consumación del tipo penal del artículo 170 del COIP. En el delito de *child grooming*, se castiga un acto preparatorio que se constituiría por el hecho que el sujeto agente se contacte con un menor de dieciocho años y le proponga un encuentro para fines sexuales.

Como se vislumbra, la intervención del derecho penal es inmediata en un acto preparatorio, encaminado a la realización de otros delitos de naturaleza sexual, prima facie. Es evidente la preocupación de la legislación por proteger los derechos y libertades del adolescente; por tanto, estima necesario adelantar la intervención del Derecho penal, a fin de evitar la consumación de otros delitos, como la pornografía infantil, corrupción de niños, el abuso sexual o la misma violación.

Sobre la prueba indiciaria en los delitos sexuales

La prueba indiciaria es aquella dirigida a demostrar la certeza de hechos (indicios) que no son constitutivos de delito objeto de acusación, pero de los que, a través de la lógica y las reglas de la experiencia pueden inferirse los hechos delictivos y la participación del acusado. Mismos que han de motivarse en función de un nexo causal, coherente entre los hechos probados (indicios) y el que se trate de probar (delito)²⁶.

Por su naturaleza, el delito de *child grooming*, goza de clandestinidad. Por lo general, el acosador cibernético, escudándose en el anonimato, aprovecha que los adolescentes están solos frente a sus computadores navegando en las redes sociales, para exigir un encuentro con fines libidinosos. Bajo este contexto, la prueba de indicios cobra absoluta relevancia a la hora de probar hechos y circunstancias, como por ejemplo el testimonio del menor.

De forma adicional, es necesario tomar en cuenta los siguientes parámetros de valoración del testimonio de la víctima:

1. Ausencia de incredibilidad subjetiva.
2. Verosimilitud.
3. Persistencia en la incriminación.
4. Corroboración periférica²⁷

La prueba para condenar deberá ser:

1. Fiable.
2. Plural.
3. Inculpatoria.
4. Convergente entre sí.
5. Suficiente²⁸

¹ Emmanuel Kant, *Filosofía de la Historia* (Madrid: Fondo de Cultura Económica, 2000), 25-37.

² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Pandemia y Derechos Humanos en las Américas. Resolución 1/2020* (2020), 3-4, <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>.

³ Ecuador Corte Constitucional, *Sentencia N.- 034-10-SEP-CC*, 24 de agosto de 2010.

⁴ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia* (Madrid: Editorial Trotta, 2003), 34.

⁵ Perfecto Andrés Ibáñez, "El Estado Constitucional", video de Youtube, a partir de una entrevista realizada por el Consejo de la Judicatura Federal, 2018, https://youtu.be/PN7_aGYPYX4.

⁶ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 10.

⁷ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 66 numeral 3.

⁸ Organización de Estados Americanos (OEA), *Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José"*, 1969, art. 19.

⁹ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Convención sobre los Derechos del Niño*, 7 de marzo 1990, art. 19, E/CN.4/RES/1990/74.

¹⁰ Corte IDH, "Sentencia de 19 de noviembre de 1999 (Fondo)", Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, 19 de noviembre de 1999, párr 191.

¹¹ Ecuador Corte Constitucional, *Sentencia N.- 010-12-SEP-CC*, 15 de febrero de 2012.

¹² Ecuador, *Decreto Ejecutivo N° 1017*, 16 de marzo de 2020.

El Lic. Lenin Moreno Garcés, Presidente de la República del Ecuador, declaró el estado de excepción y toque de queda en todo el territorio nacional en concordancia con la Constitución y dispuso suspender la jornada laboral presencial del sector público y privado desde el 17 de marzo de 2020.

¹³ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), *Guía de sensibilización sobre Convivencia Digital*, 2017.

¹⁴ Francesco Carnelutti, *Como nace el Derecho* (Bogotá: Temis, 2013).

¹⁵ Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal* (Madrid: Editorial Trotta, 2006).

¹⁶ Santiago Mir Puig, *Derecho penal. Parte General* (Santiago: B de f, 2016), 42.

¹⁷ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014.

¹⁸ Jesús Silva Sánchez, "Sobre la construcción del hecho punible en la obra de Santiago Mir Puig" en *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, coordinado por Jesús Silva Sánchez, Joan Queralt, Mirentxu Corcoy y María Castiñeira (Buenos Aires: B de f, 2017), 885.

Sobre el *child grooming*

La expresión *child grooming* proviene de la doctrina del common law, del verbo to groom que significa preparar o entrenar a alguien para algo, para un futuro rol o función. En la actualidad, se admite un significado jurídico-penal de la acción to groom cuando un adulto esta atraído sexualmente hacia los niños²⁹. En este sentido, al ser un delito de peligro concreto, el sujeto activo (indeterminado), prepara, embauca o seduce a los menores, siempre, *sctrictu sensu*, por medios telemáticos o electrónicos para fines sexuales.

Al respecto, el código penal ecuatoriano, vigente desde el año 2014³⁰, incorpora un nuevo tipo penal en la sección cuarta de los delitos contra la integridad sexual y reproductiva, concediéndole el siguiente *nomem iuris*:

Art. 173.- Contacto con finalidad sexual con menores de dieciocho años por medios electrónicos.- *La personas que a través de un medio electrónico o telemáticos 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 unos a tres años.*

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

La persona que suplantando la identidad de un tercero o mediante el uso de una identidad falsa por medios electrónicos o telemáticos, establezca comunicaciones de conte-

nido sexual o erótico con una persona menor de dieciocho o con discapacidad, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

¿Cómo se configura del delito de *child grooming*?

1.- La arquitectura del razonamiento es sencilla, de entrada se colige en el primer inciso que se trata de un tipo penal básico, de peligro concreto, cuya sanción oscila dentro de un intervalo de uno a tres años de pena privativa de libertad.

2.- El segundo inciso es un subtipo agravado de resultado, que agrega al tipo objetivo elementos descriptivos, puesto que exige el "acercamiento" logrado mediante el empleo de "coacción" e "intimidación". Su sanción oscila dentro de un intervalo de tres a cinco años de pena privativa de libertad.

3.- El tercer inciso se configura a través de la suplantación de identidad, falsificación y uso de documento falso, hechos punibles autónomos e independientes que, en la eventualidad de perpetrarse el delito medio y el delito fin, se debe manejar alineada a la figura del concurso real, debido a que son bienes jurídicos distintos y tutelados por leyes penales diferentes³¹.

Esta conducta típica se divide en dos componentes, una parte objetiva, que contiene la parte externa del tipo (sujeto activo, sujeto pasivo, verbo rector, elementos normativos, elementos descriptivos e imputación objetiva) y, la parte subjetiva, que corresponde a la voluntad consciente, como el dolo, y la voluntad sin conciencia, como la imprudencia³².

El *grooming* cursa un proceso o *iter criminis*, que consiste en tres pasos básicos:

- Contactar al menor de 18 años.
- Proponer encuentro con fines libidinosos.
- Actos materiales encaminados para el acercamiento.

Así, el contacto se configura cuando el acosador remite un mensaje por la red social y el menor responde. Caso contrario, el mero envío de mensajes no significará contactar. Además, la propuesta siempre va encaminada a un encuentro, a fin de cometer probablemente abuso sexual, acoso sexual, pornografía infantil o violación. Finalmente, con los actos materiales cerramos el tipo penal. Deben mediar elementos de convicción, a partir de los cuales se desprendan, una alta probabilidad de que el encuentro sea verosímil.

Sobre la investigación previa, el rol del fiscal y el acto urgente

Según el artículo 580 del Código Orgánico Integral Penal, las finalidades que cumple la etapa pre procesal son:

- Determinar si la conducta investigada es delictuosa.
- Las circunstancias o móviles de la perpetración.
- La identidad del autor o participe y de la víctima.
- La existencia del daño causado.
- Desestimar estos aspectos.

A partir de esta idea, el fiscal en uso de sus

atribuciones constitucionales y legales, de oficio o a petición de parte, debe abrir una fase de indagación previa donde recaba elementos de convicción de cargo y de descargo que estén orientados a dar inicio a un proceso penal o, a su vez, desestimar estos aspectos. En este sentido, es imperiosa la necesidad de cumplir con la objetividad en la investigación previa e instrucción fiscal, excluyendo la *máxima auctoritas, non veritas facit legem*.

La labor de la Fiscalía es intervenir cuando se comenten delitos de ejercicio de acción pública. Como se ha señalado, el *child grooming* es un delito donde la punición se ejecuta sobre el acto preparatorio, dado que estas conductas se consideran el inicio del principio de ejecución así como, lesivos para los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Al receptar denuncias detallando hechos y circunstancias presumiblemente delictivas, en donde niñas, niños y adolescentes, han recibido mensajes de sujetos desconocidos por medio de las redes sociales, solicitando fotos eróticas, encuentros previos, mensajes libidinosos o algún otro indicio, el fiscal debe intervenir de manera rápida y oportuna, a fin de tratar de neutralizar al sospechoso mediante un acto urgente, utilizando para ello, distintos mecanismos, como allanamientos, detenciones con fines investigativos, seguimientos, etc.

En la praxis procesal, el problema de este tipo penal *child groomnig*, no es de tipicidad sino de perseguibilidad. Así, resulta hasta cierto punto complicado, recabar elementos de convicción de tal manera de cumplir con las finalidades de la investigación previa, entre la que destaca, descubrir la identidad de los autores o partícipes. En definitiva, el *modus procedendi* de la perpetración del delito, dificulta su punición.

A manera de conclusión

Las nuevas Tecnologías de la información y comunicación (TIC), han permitido el desarrollo e incremento de los delitos como estafa, extorsión, robo y en específico, el *child grooming*. El acoso cibernético o *child groomnig* es un nuevo tipo penal, basado en la seducción con intención sexual, realizado a través de las herramientas de la información, que afectan a miles de menores en todo el Ecuador. Dado que el delito *child grooming* se comete vía remota, se genera un enorme problema asociado a la captura del acosador cibernético, sobre todo si este se encuentra fuera del país.

El *child grooming* es un delito que se establece cuando el acosador realiza los siguientes actos: busca, selecciona, contacta, sexualiza y ejecuta. Por lo general las víctimas piensan que

²⁹ Michael Pawlik, *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en Estado de libertades* (Barcelona: Atelier, 2016), 21.

³⁰ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 22.

³¹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 66 num. 3 let. A.

³² Jesús Silva Sánchez, *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, (Barcelona: Atelier, 2015), 129.

²³ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 175 num. 5.

²⁴ Ecuador Corte Constitucional, *Sentencia N. 003-18-PJO-CC, en el Caso N. 0775-11-JP*, 27 de junio de 2018.

²⁵ Ecuador Corte Nacional de Justicia Sala de lo Penal, *Resolución No. 1339-2012- SALA PENAL en Juicio Penal No. 84-2011-LB*, 10 de octubre de 2012.

²⁶ Ecuador Corte Nacional de Justicia Sala de lo Penal, *Resolución No. 1339-2012- SALA PENAL en Juicio Penal No. 84-2011-LB*, 10 de octubre de 2012.

²⁷ José Federico Arena, "Notas sobre el testimonio único en casos de violencia de género". *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, n.° 1 (2020).

²⁸ Perú Corte Suprema de Justicia de la República, *Recurso de Nulidad N.° 1789-2017/LIMA PONENTE: CESAR SAN MARTIN CASTRO*, 13 de agosto de 2018.

al no haberse configurado el abuso sexual clásico, o por vergüenza o temor, no denuncian estos hechos.

Se recomienda establecer mecanismos que reduzcan significativamente la probabilidad de cometimiento de estas conductas. Se debe asesorar a los niños y adolescentes, en el uso correcto del internet, así como el no revelar datos personales, fotografías comprometedoras, videos, lugares de ubicación. Finalmente, generar filtros estrictos de comunicación con sus nuevos amigos virtuales, para ello, entre otras cosas, se deben activar los mecanismos de seguridad que las redes ofrecen.

Referencias bibliográficas

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Convención sobre los Derechos del Niño*. 7 de marzo 1990. E/CN.4/RES/1990/74.

Arena, José Federico. "Notas sobre el testimonio único en casos de violencia de género". *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, n.º 1 (2020).

Carnelutti, Francesco. *Como nace el Derecho*. Bogotá: Temis, 2013.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *Pandemia y Derechos Humanos en las Américas. Resolución 1/2020* (2020), 3-4, <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>.

Corte IDH. "Sentencia de 19 de noviembre de 1999 (Fondo)". Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. 19 de noviembre de 1999.

Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014.

Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

Ecuador Corte Constitucional, *Sentencia N.- 034-10-SEP-CC*, 24 de agosto de 2010.

Ecuador Corte Constitucional, *Sentencia N.- 010-12-SEP-CC*, 15 de febrero de 2012.

Ecuador Corte Constitucional, *Sentencia N.- 003-18-PJO-CC, en el Caso N.- 0775-11-JP*, 27 de junio de 2018.

Ecuador. *Decreto Ejecutivo N° 1017*. 16 de marzo de 2020.

Ecuador Corte Nacional de Justicia Sala de lo Penal. *Resolución No. 1339-2012- SALA PENAL en Juicio Penal No. 84-2011-LB*. 10 de octubre de 2012.

Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). *Guía de sensibilización sobre Convivencia Digital*. 2017.

Górriz Royo, Elena. "On-Line Child Grooming" En Derecho Penal Español. El Delito De Preparación On-Line De Menores Con Fines Sexuales, Del Art. 183 Ter. 1º CP (Conforme a la LO 1/2015, 30 De Marzo)". *Indret Revista Para El Análisis Del Derecho*, n.º 3 (2016).

Ibáñez, Perfecto Andrés. "El Estado Constitucional", video de Youtube, a partir de una entrevista realizada por el Consejo de la Judicatura Federal, 2018, https://youtu.be/PN7_aGYPYX4.

²⁹ Elena Górriz Royo, "On-Line Child Grooming" En Derecho Penal Español. El Delito De Preparación On-Line De Menores Con Fines Sexuales, Del Art. 183 Ter. 1º CP (Conforme A La LO 1/2015, 30 De Marzo)", *Indret Revista Para El Análisis Del Derecho*, 3 (2016): 5.

³⁰ Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art.18.

³¹ Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, arts. 212 y 328.

³² Santiago Mir Puig, Derecho penal. Parte General (Santiago: B de f. 2016), 227.

Kant, Emmanuel. *Filosofía de la Historia*. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 2000.

Mir Puig, Santiago. *Derecho penal. Parte General*. Santiago: B de f, 2016.

Organización de Estados Americanos (OEA). *Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José"*. 1969.

Pawlik, Michael. *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en Estado de libertades*. Barcelona: Atelier, 2016.

Perú Corte Suprema de Justicia de la República. *Recurso de Nulidad N.º 1789-2017/LIMA PONENTE: CESAR SAN MARTIN CASTRO*. 13 de agosto de 2018.

Silva Sánchez, Jesús. *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*. Barcelona: Atelier, 2015.

Sánchez Silva, Jesús. "Sobre la construcción del hecho punible en la obra de Santiago Mir Puig", en *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, coordinado por Jesús Silva Sánchez, Joan Queralt, Mirentxu Corcoy y María Castiñeira, 885. Buenos Aires: B de f, 2017.

Senmache Artola, Dimitri. "CHILD GROOMING: La modalidad más extendida de acoso sexual a un menor de edad por internet". *Rayuela*, n.º 5 (2012).

Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*. Madrid: Trotta, 2003.

Child grooming o ciberacoso con finalidad sexual a los niños, niñas y adolescentes. Manifestaciones y razones de su existencia. ¿Un problema de estado o de modelo sociocultural e ideológico?

María Yanina Villagómez Oñate

Abogada de los Juzgados y Tribunales de la República de la Universidad de Guayaquil. Magister en Derecho Penal y Criminología, Especialista en Derecho Penal y Justicia Indígena de la Universidad Regional Autónoma de los Andes. Fiscal Provincial del Guayas.

El *child grooming* o cyber acoso a los niños, niñas y adolescentes es una de las manifestaciones de abuso infantil que se realiza a través de medios virtuales como el internet. Su adecuada comprensión implica una revisión de los procesos culturales, ideológicos, judiciales y penales.

En primer lugar, no se puede iniciar el debate acerca de la problemática en cuestión sin tener claro que toda modalidad de acoso nace a partir de la consideración ideológico-cultural del Estado patriarcal. Esta concepción, propia y a la vez ajena a toda nación, no se inicia con la modernidad, sino que tiene sus orígenes en los procesos civilizatorios antiguos que, de cierta forma, siguen vigentes ideológicamente en la filosofía, la historia, las leyes y la academia.

Así, el acoso es presentado hoy en día de manera sofisticada y postmoderna, desde espacios tecnológicos como el internet. Sin descalificar esta herramienta que actualmente proporciona grandes bondades para asumir procesos sociales, humanos y de todo orden.

Como se explica previamente, no es posible abordar estas formas de abuso y violencia humana sin comprender que sus bases están en los cimientos del Estado patriarcal, como modelo ideológico y cultural expandido por el mundo en distintos períodos históricos. Al entender entonces que toda forma de abuso basado en relaciones de poder y subordinación está asociada al llamado Estado patriarcal, se hace preciso definir lo que este término significa epistemológicamente.

Según Comesaña, este término refiere a las distintas maneras para definir la ideología y estructuras institucionales que mantienen la opresión de las mujeres y la familia. Es un sistema reproducido en todo el orden social, determinado por relaciones de poder, dominio y fuerza de los hombres¹.

Así, lo que inicia como una estructura de subordinación para las mujeres se extiende a la familia y a sus miembros, reproduciendo la pirámide social marcada por imaginarios colectivos y representaciones sociales de violencia. En cada período histórico-sociocultural han existido jerarquizaciones determinadas en las cuales los hijos e hijas pasan a ser parte de la cadena o eslabón de subordinación.

Desde la concepción de la obediencia, por

encima de la razón, en una especie de réplica de los imaginarios del padre como rey se presenta la figura del *"Father Family"* como ente supremo de toda verdad. Junto a este simbolismo semiológico y epistémico-cultural, se edifica un sistema de códigos que configuran la arquitectura de un modelo social que pone en desventaja a los miembros de la familia, entre los cuales aparecen los "menores". Asimismo, ratifica lo que Ríos precisa como las bases de "La arquitectura de la violencia y la seguridad en América Latina", la cual, según el autor adquieren "[...] diferentes matices, profundidades y niveles de análisis"².

En tal sentido, este artículo parte de las distintas formas y manifestaciones de violencia, para comprender el abuso familiar y social hacia los niños, niñas y adolescentes. En este contexto, se encuentra el abuso familiar e inclusive acoso cuando se superpone la figura del padre o la madre. Los gritos, insultos, comparaciones, golpes y, lo más trágico, el abuso sexual, prostitución infantil forzada e inducida, así como las diversas prácticas delictivas, son manifestaciones de violencia que se sostienen en el modelo o ideología del Estado Patriarcal, en el cual, la figura de la mujer, los niños, niñas y adolescentes se convierten en algo imperceptible y domesticado. Así, no se reconoce a los padres como autoridad basada en el amor, respeto y consideración, sino como una reproducción de las relaciones de poder, sometimiento y dominación hacia los hijos e hijas.

Frente a los diferentes escenarios sociales de violencia y acoso hacia niños, niñas y adolescentes, iniciados en la familia, la escuela, la sociedad y ahora en plataformas virtuales, se ha establecido a nivel mundial un marco de leyes que obliga a considerar nuevas conductas y sanciones con el fin de enfrentar tales aberraciones sociales. Si bien es cierto que el marco legal contribuye en gran manera a detener y controlar el abuso social hacia esta población, también es cierto que los procesos tecnológicos han permitido crear condiciones propicias para encubrir delitos de tráfico de niños, niñas y adolescentes, pornografía infantil, promoción de violaciones, acoso, entre otros.

Existen comunidades virtuales que utilizan lenguaje simbólico o palabras clave para codificar todo tipo de contenido relacionado al abuso infantil en las redes de traficantes. Una de estas expresiones es "caldo de pollo", término empleado en foros de pornografía infantil,

con el cual se aluden contenidos al respecto. Con respecto a ello, Anaís Córdova, señala que:

*Pensamos que la virtualidad no nos traspasa el cuerpo. Por eso lo que pasa en internet es muchas veces minimizado, pero eso es un error: la dimensión digital de la vida nos cruza como persona. Un estudio de Common Sense Media, en 2015, estimaba que un adolescente pasa entre 6 y 9 horas al día utilizando internet. El último estudio de Interactive Advertising Bureau Ecuador, en 2017, mostraba que los menores de 18 años son el segundo grupo con mayor penetración en redes sociales —el primero es de jóvenes entre 19 y 23 años.*³

Si se observa entonces, el modelo de sociedad patriarcal basado en las distintas manifestaciones y formas de violencia en diversos sectores poblacionales, y en el caso de estudio que nos ocupa en este artículo, referido al cyber acoso infantil, el mundo virtual presenta un escenario propicio para instalar la modalidad delictiva conocida como *"grooming"*, como una práctica naturalizada que permite el anonimato de agresores.

Ahora bien, ¿qué caracteriza este tipo de delito? Este delito se configura por el manejo del inconsciente y la autoestima del niño, niña y adolescente, a los cuales vulnera en sus derechos, utilizando como estrategias de dominio y control la vergüenza y la culpa que instalan en la conciencia de sus víctimas, como vía para persuadirlos y de esta manera evitar que los denuncien. Otras formas de vulneración son el engaño y la seducción, estrategias muy comunes utilizadas en contra de niños, niñas y adolescentes con edades comprendidas entre los 10 y 17 años.

Todo ello tiene su asidero en el hecho de la manipulación, en los mitos y realidades que se manejan en cuanto a la sexualidad y su iniciación, en los imaginarios distorsionados acerca del cuerpo, en el deseo, en la atracción, en el amor y en las relaciones sexuales que en la adolescencia ocupa un lugar importante en las prácticas diarias.

De este modo, la prostitución forzada y manipulada de niños, niñas y adolescentes, como unidad indisoluble al acoso virtual, se convier-

te hoy en uno de los delitos de mayor inversión a nivel humano y social. Este debería ser atendido y erradicado, dado que esta inescrupulosa actividad engloba a su vez, al menos, seis delitos graves. Según datos de la Unidad de Investigación de Delitos Informáticos de la Policía Nacional, (UIDT): "El *'Grooming'* aglutina delitos como violación, acoso sexual, intimidación, extorsión, *'sexting'* (envío de mensajes eróticos) y pornografía"⁴.

Bajo esta modalidad virtual de acoso infantil y adolescente, se construyen perfiles falsos en redes sociales como Twitter, Instagram, Facebook o Whatsapp. Estas dos últimas plataformas se han convertido en los medios más productivos y eficientes para los agresores. En un contexto social caracterizado por la ausencia del concepto de familia y de acompañamiento presencial de madre y padre, por el excesivo cumplimiento de obligaciones laborales y necesidades de consumo creadas, se genera un escenario favorable para el cometimiento de estos delitos.

Incluso, podría decirse, que constituye un falso imaginario social el creer que los niños, niñas y adolescentes serán más avanzados porque permanezcan mayor tiempo en conexión con las redes digital y no con la familia. Aquí, impera la necesidad impostergable de replantearse también otros modelos sociales de familia y de vínculos interpersonales, a partir de los cuales se inhiba la posibilidad de los acosadores de mostrarse como consejeros sobre los problemas y dudas que, en materia de sexualidad, puedan tener los adolescentes.

El ciberdelincuente inicia el delito entonces, solicitando fotografías y videos con contenido sexual, el cual va configurando como pornografía. Con ese material multimedia en sus manos, el *'groomer'* pone en evidencia su verdadera identidad criminal y agresora con la cual hace más preciso el ciclo delictivo. Así, el criminal instituye el chantaje como política de control sobre las víctimas. Mediante el hostigamiento obliga a los niños, niñas y adolescentes al encuentro en determinados lugares, y si se niegan, comienza su amenaza con difundir las imágenes entre su grupo de amigos o en el entorno familiar. De igual manera, utiliza el concepto de la vergüenza y la represión como medidas de dominio, control, poder y subordinación hacia el más débil.

Las víctimas, para evitar la vergüenza, el bo-

chorno social y la represión, dan respuestas favorables al agresor, lo cual lo posiciona en el control de la relación. Esto convierte a las víctimas en un instrumento sexual para el agresor y garantiza el negocio rentable de la pornografía infantil y adolescente. A partir de la naturalización de esta práctica, se instala en el inconsciente colectivo de niños, niñas y adolescentes, la utilización de su imagen como prototipo distorsionado de sexualidad y sensualidad, producto del acondicionamiento operante al cual son sometidos y sometidas.

¿Qué hacer y cómo enfrentar a este proceso criminal y agresor desde el ámbito legal?

Aunque no se hace explícito el término 'grooming' como tal, el delito se encuentra tipificado en el artículo 173 del Código Orgánico Integral Penal, bajo la figura de Contacto con la finalidad sexual con menores de 18 años por medios electrónicos:

Artículo 173.- *La persona que a través de un medio electrónico o telemático proponga concertar un encuentro con una persona menor de 18 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.*

La existencia de este artículo en la ley favorece y propicia la oportunidad para enfrentar la criminalidad de esta práctica y forma de acoso infantil y adolescente. Sin embargo, cada vez más urge la necesidad impostergable de erradicar estas formas de violencia y de criminalidad, lo cual invita a repensar permanente la ley.

Según la Unicef:

Más de 175.000 niños se conectan todos los días por primera vez a internet, un nuevo niño cada medio segundo, convirtiéndose en los más vulnerables a una serie de riesgos y daños, entre ellos el acceso a contenido perjudicial, la explotación y el abuso sexual, el ciberacoso y el uso indebido de su información privada⁵.

Las evidencias dadas por un organismo mundial dedicado al estudio de las problemáticas de este sector de la población, deben constituir la mejor y la mayor de las evidencias judiciales y penales para establecer mecanismos legales; no para su control sino para su total erradicación como práctica social, que en algunos escenarios está naturalizada y en otros disfrazada y oculta.

Así, desde el ámbito legal debe estar claro cómo denunciar, sobre todo, frente a ambientes de complicidad con presencia de modelos de familias disfuncionales, donde la figura del niño, niña y adolescente representa el último escalafón de la familia. Antes de denunciar, es prioridad tener claro tanto el rol desempeñado como miembro de la familia, en virtud de evitar que el ciberacoso o delitos similares penetren los espacios familiares, así como, conocer las características del delito y su tipificación en el Código Orgánico Integral Penal. En tal sentido, el artículo 173 establece:

La persona que a través de un medio electrónico o telemático proponga concertar un encuentro con una persona menor de dieciocho años, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento con finalidad sexual o erótica, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. Cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción o intimidación, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años. La persona que suplantando la identidad de un tercero o mediante el uso de una identidad falsa por medios electrónicos o telemáticos, establezca comunicaciones de contenido sexual o erótico con una persona menor de dieciocho años o con discapacidad, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Por tanto, para denunciar estos actos es posible acudir a los Servicios de Atención Ciudadana de la Fiscalía General del Estado. Las mismas están preparadas para brindar una atención integra a las víctimas y sus familiares.

Vale destacar que, de acuerdo a los estudios sobre el tema, para el agresor la manera más común de llegar a los niños, niñas y adolescentes es mediante los juegos en línea, los cuales permiten extorsionar a niños para que envíen fotografías y videos —que pueden ser suyas o

de sus amigas y amigos.

De acuerdo a Córdova el panorama es mucho más complejo para los niños varones, puesto que es más difícil revelar la agresión debido, entre otras cosas, a la equivocada concepción de su bienestar basado exclusivamente en la condición de género masculino. Según la organización Race Against the Abuse of Children Everywhere (RAACE), solo el 10% de las agresiones de este tipo son denunciadas. Así, la invisibilización del agresor complica aún más la situación; despoja de derechos al niño y además, genera un falso imaginario como sujeto vulnerado⁶.

En este punto, es necesario indicar algunos datos relevantes⁷:

- De enero a abril de 2019 la Fiscalía General del Estado recibió 52 denuncias.
- En el 2018 se reportaron 380 denuncias, con un aumento de 168 a 212 respecto al año 2017.
- Las provincias con mayor número de denuncias son Guayas, Pichincha, Manabí, Azuay y Loja.
- Desde enero de 2017 hasta noviembre de 2018 están contabilizados cerca de 13 mil casos de víctima cuya edad oscila entre los 4 y 17 años. 4 mil denuncias son de abuso sexual, 3.600 de violación y más de 500 de acoso sexual.

Reflexiones de cierre

El marco normativo nacional no es suficiente como respuesta a estas conductas. Se necesita, además, el diseño de un tejido social que implique construir nuevos modelos de familia que erradiquen las mismas lógicas del Estado y la institucionalidad patriarcal como modalidades de poder, dominio y opresión. La erradicación de lenguajes discriminadores para referirse al mundo de vida de niños, niñas y adolescentes con expresiones como "menor", lo cual determina psicológica y sociológicamente imaginarios que colocan a este sector social, como el último peldaño de la mal conformada y entendida pirámide familiar.

Se requiere, también, construir otras formas de concienciación para los niños, niñas y adolescentes carentes de alguna de las figuras de autoridad de la familia, para que ello no se convierta en el justificativo y la oportunidad que tiene el agresor para aprovecharse del vacío existente en este sector de la población y vulnerarlo.

Finalmente, es preciso establecer el grooming como tipificación de delito en la legislación penal ecuatoriana y penalizaciones de alta fuerza para el agresor criminal, así como medidas preventivas cada vez más visibles y con carácter colectivo.

¹Gloria Comesaña, "Intento de Aproximación a un Análisis Filosófico de la Violencia Contra las Mujeres. El Estado Patriarcal", en *La Academia en Sintonía de Género una Discusión Impostergable*, (Valencia: Publicación de la Asociación de Profesores de la Universidad de Carabobo, 2010).

²Jerónimo Ríos, "Introducción" En *La arquitectura de la violencia y la seguridad en América Latina*, coordinado por Jerónimo Ríos, Miguel Benito y Alberto Castañeda, (Madrid: Los Libros de la Catarata, 2015), 7-11.

³"El disfraz pederasta", GK City, acceso en abril de 2020. <https://gk.city/2019/07/01/grooming-ecuador-pederastia/>

⁴"Detrás del 'Grooming' se esconden unos seis delitos graves", La Hora, 18 de septiembre de 2018, <https://lahora.com.ec/noticia/1102186774/detras-del-grooming-se-esconden-unos-seis-delitos-graves->.

⁵"Telefónica Movistar: La realidad del ciberacoso en Ecuador y cómo denunciarlo", *Metro Ecuador*, 10 de mayo de 2019, <https://www.metroecuador.com.ec/ec/estilo-vida/2019/05/10/telefonica-movistar-la-realidad-del-ciberacoso-en-ecuador-y-como-denunciarlo.html>.

⁶"El disfraz pederasta", GK City.

⁷*Ibid.*

Referencias bibliográficas

Chávez, W. (2015): *Delito de grooming. ¿Necesidad de tipificación en la legislación penal ecuatoriana?*. Programa de Maestría en Derecho Penal de la Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador.

Loaiza, Y. (2019): *El Disfraz Pederasta*. Ecuador. GK.<https://gk.city/2019/07/01/grooming-ecuador-pederastia/>

Organización Race Against the Abuse of Children Everywhere (RAACE)

Policía de Ecuador: *Delitos informáticos o ciberdelitos Policía Nacional*. Ecuador. Poliecuador. <https://www.policiaecuador.gob.ec/delitos-informaticos-o-ciberdelitos/>

Quimbiulco, J (2018): *Tipificación del ciberacoso como violencia de género en la Legislación Penal Ecuatoriana*. Trabajo de Titulación modalidad Proyecto de Investigación previo a la obtención del Título de abogada de los Tribunales y Juzgados de la República. Universidad del Ecuador. Quito.

Toaquiiza, C (2017): *Moderna figura delictiva sexual-informática "child grooming", tipificada en el Código Orgánico Integral Penal*. Proyecto de Investigación presentado como requisito previo a la obtención del Título de abogado de la Universidad Central del Ecuador. Quito.

Unidad de Investigación de Delitos Tecnológicos: *Detrás del "Grooming" se esconden unos seis delitos graves*. Ecuador. LA HORA. <https://lahora.com.ec/noticia/1102186774/detras-del-grooming-se-esconden-unos-seis-delitos-graves->

El *child grooming* de las tecnologías de la información y comunicación

Alberto L. Santillán Molina

Profesor Titular Principal Derecho Penal y Procesal Penal en pregrado y posgrado de la Universidad Regional Autónoma de los Andes "UNIANDES".
Fiscal Provincial de Pichincha.

La sociedad de la información

La sociedad de la información es un tipo de sociedad que tiene como objetivo la captación, almacenamiento y transmisión de datos informáticos, encaminados a ejecutar acciones socio-económicas importantes, las cuales impulsan cambios profundos, principalmente, para crear y divulgar información mediante tecnologías digitales¹

Este conglomerado humano que tiene como objetivo la "relación intersubjetiva"² entre las personas, a través del uso de las tecnologías de la información y comunicación, redes sociales y sistemas automatizados de información, juega un papel importante en el desarrollo de cada una de las actividades sociales, políticas, culturales, económicas, financieras y comerciales. Estas tecnologías han permitido que la sociedad tenga mucha más celeridad al momento de realizar sus actividades diarias y acceder a los bienes y servicios ofertados por las instituciones y empresas del sector público o privado, mismas que tienen automatizadas sus acciones a través de la red. Al ser el ciberespacio un vector estratégico de comunicación, este puede ser utilizado para influir en la opinión pública y en la forma de pensar de las personas, a través de la manipulación de la información, de campañas de desinformación, y acciones de carácter híbridas.

De esta manera, podemos establecer que al mismo tiempo de ejecutarse la relación intersubjetiva que facilita la vida en sociedad, se abrieron ciertos canales digitales a la vulneración de las seguridades de los sistemas automatizados de información, surgiendo de esta manera un nuevo modelo de criminalidad científica, denominado ciberdelincuencia.

Existen tres pilares fundamentales relacionados a la sociedad de la información que se estudian en la actualidad: ciberespacio, ciberseguridad y ciberdelincuencia. El ciberespacio se entiende como la autopista tecnológica virtual donde viaja toda la información de manera desfragmentada. En cuanto a la ciberseguridad, son aquellas medidas de seguridad tanto física como lógica que protegen los sistemas automatizados de información. Finalmente, la ciberdelincuencia aborda cuestiones sobre aquellas personas con conocimientos tecnológicos profundos y tiene como objetivo primordial romper la seguridad de los sistemas para asirse de datos informáticos y usarlos en su beneficio personal o de una tercera persona. Por esta razón, los países tienen la obligación de garantizar un gobierno electrónico seguro, fuerte e invulnerable que, a pesar de ser una utopía, deben ejecutar técnicas y estrategias que cubran las "infraestructuras críticas" con tipos penales que sancionen la vulneración de las medidas de seguridad informática que, en aplicación de normas procedimentales, aseguren su persecución y sanción.

En definitiva, esta comunicación interactiva denominada sociedad 2.0 "es una comunidad que se construyen, fundamentalmente con la opción de compartir de manera horizontal, y fomentar la colaboración abierta de tareas y ética informática"³ generando de esta manera un conocimiento altamente globalizado y tecnológicamente mercantilizado y dinámico, que existe y funciona gracias al conocimiento objetivado que poseen, en la gran mayoría, los seres actuando en sociedad⁴

Tecnologías de la información y comunicación

La información se define como el "conjunto de datos interrelacionados y ordenados según una estructura específica, [la cual] puede almacenarse, procesarse y transmitirse electrónicamente, además de transformarse su formato para su introducción y comprensión por un ser humano (mediante un teclado de pantalla)"⁵

Con base en este enfoque se definen las tecnologías de la información y comunicación como aquellos dispositivos tecnológicos que permiten editar, producir, almacenar, intercambiar y transmitir datos entre diferentes sistemas de información, que cuenten con protocolos comunes, los cuales posibilitan la comunicación e interacción personal como herramientas de intercambio, difusión, gestión y acceso al conocimiento⁶.

De las definiciones que anteceden podemos establecer que el tratamiento automatizado de la información se ha constituido como uno de los puntos más importantes en esta sociedad del siglo XXI. La facilidad que presta el acceso a los mismos, la versatilidad que permite realizar todas las actividades de una manera rápida, y la funcionalidad que otorga al momento de acceder a cualquier sistema propio o extraño a través de un usuario y contraseña, que permite realizar nuestras actividades de una manera mucho más rápida y cómoda, han generado una dependencia casi visceral por parte del ser humano al uso de los sistemas automatizados de información.

Estas destrezas tecnológicas han abierto nuevas fronteras e intereses de personas o grupos de poder que han observado que el dato informático constituye un activo de considerable importancia, por lo que se ha convertido en blanco de actividades ilícitas que atentan contra la intimidad, la privacidad, la propiedad, la confidencialidad, integridad y disponibilidad de datos informáticos. Especialmente, cuando se vulneran las medidas de seguridad de estos

sistemas de información y se obtiene el dato para beneficio propio o de un tercero.

Las TIC han aliviado las actividades propias para el desarrollo del ser humano, permitiendo un despunte de la inteligencia y desarrollo tecnológico-científico. Sin embargo, al ser la cibercriminalidad una acción de bajo costo y que presenta problemas de fronteras en cuanto a la territorialidad y competencia para el juzgamiento, se ha incentivado a que técnicos-delinquentes vulneren los sistemas automatizados de información, atentando contra todos los derechos de las personas, principalmente los relativos al honor, privacidad e intimidad.

El acoso sexual

El tipo penal de acoso sexual se encuentra descrito en nuestra legislación punitiva, en el artículo 166 del Código Orgánico Integral Penal (COIP), cuyo objeto del delito exige que una persona solicite algún acto de naturaleza sexual para sí o para un tercero, aprovechándose de su situación laboral, docente, religiosa o de cualquier otra naturaleza en la que implique superioridad del agente y subordinación de la víctima hacia este; en la que pueda causar un mal relacionado con las legítimas expectativas del sujeto pasivo y que le sea imposible impedir el acto que se pueda presentar en el ámbito de dicha relación.

La acción dolosa del sujeto activo debe recaer de manera directa sobre las legítimas expectativas de la víctima, de modo tal que el victimario pueda beneficiarse con el cumplimiento de la solicitud del favor sexual que exige y así encuadrarse en la superioridad y subordinación de la que habla la norma.

El bien jurídico protegido en esta clase de delito es la indemnidad sexual, es decir, el derecho que tiene la persona para poder decidir con quién y en qué momento tener una relación íntima de carácter sexual u otra que involucre algún contacto de esta naturaleza. Es por

¹Wilson Peres y Martin Hilbert. *La sociedad de la información en América Latina y el Caribe. Desarrollo de las tecnologías y tecnologías para el desarrollo*. (Santiago: Ediciones CEPAL, 2009) 27.

²Gustavo Aboso. *Derecho Penal Cibernético. La cibercriminalidad y el derecho penal en la moderna sociedad de la información y la tecnología de la comunicación*. (Buenos Aires: Editorial BdeF, 2017) 142.

³C. Calderón, C. (2007), *Ciberactivismo* [E-book] [en línea], disponible en: <http://www.netoraton.es>, recuperado: 28 de agosto de 2008. Tomado de Ciudadanía digital. Signo pensam., Bogotá, v. 28, n. 54, p. 164-173, jun. 2009.

⁴Miguel Ángel Rendón Rojas. "Un análisis del concepto sociedad de la información desde el enfoque histórico". *Información, cultura y sociedad* 4 (2011): 17.

esto que la legislación estableció como objeto de la infracción el hecho de solicitar favores de naturaleza sexual y de aprovecharse de esta situación de superioridad en contra de la víctima que afecte a sus ilusiones, metas y objetivos propuestos.

El acoso sexual es una conducta que se da por mucho tiempo entre víctima y victimario. Por esta razón, en su tipificación se establecieron sanciones que van de 1 a 5 años de pena privativa de libertad, cuya gradación va de acuerdo con las circunstancias de la infracción; por ejemplo, el grado de afectación a la víctima, así como la incapacidad de decidir por discapacidad o minoría de edad.

Al momento de analizar los elementos descriptivos del tipo objetivo de acoso sexual, en cuanto a las herramientas que se puedan utilizar para ejecutar el acto lesivo, no denota con especificidad cual sea la forma por la que se solicite el favor sexual. Lo que exige es que el agente tenga una categoría especial de superioridad y la víctima de subordinación lo que permita la "relación intersubjetiva"⁷ entre los sujetos. De tal modo que pueda justificarse la solicitud, a través de cualquier medio válido que pruebe que el agente solicitó el favor íntimo, sea personalmente o por medio de una misiva, mensaje escrito, o mediante las redes sociales que se ejecutan a través de los sistemas automatizados de información.

Por lo expuesto, se puede alegar que existe acoso sexual cuando se utilizan las TIC como medio directo y efectivo para alcanzar la consumación de la infracción resultante, que no tiene que ver con la relación íntima, sino con la exigencia del favor de naturaleza sexual que exige la norma.

El *child grooming* o acoso sexual a menores por la red

El *child grooming* es una terminología que proviene de la lengua inglesa, la cual se entiende como el hecho de realizar una persecución a través de medios informáticos, con la finalidad de ganarse la amistad de un menor de edad y poder acceder a este sexual o eróticamente.

Aunque no tiene los mismos elementos normativos o descriptivos del tipo objetivo del acoso sexual, no es menos cierto que al mo-

mento de realizar una conexión directa con la víctima –en este caso un menor de edad– existe la intencionalidad del agente de tener acceso sexual o erótico a la misma víctima. Se diferencia así del acoso en su objeto ilícito, pero se relaciona con este último por el bien jurídico que protegen, es decir, la indemnidad sexual.

El *child grooming* se encuentra tipificado en nuestra legislación en el artículo 173 del COIP, bajo el título de "Contacto con finalidad sexual con menores de 18 años por medios electrónicos". Se establece como objeto de la infracción la sanción a una persona que, a través de cualquier sistema automatizado de información –medios informáticos, telemáticos o de telecomunicaciones y mediante el uso de aparatos electrónicos tales como, teléfonos celulares, tabletas u ordenadores– proponga a un menor de edad un acercamiento de carácter sexual o erótico, mediante la concertación de un encuentro material para dicho fin.

En esta conducta se encuentra plenamente establecida que la víctima tiene que ser una persona menor de dieciocho años y que el contacto debe realizarse mediante las TIC; esto es redes sociales, correos electrónicos, comunicación a través de dispositivos digitales o cualquier otro medio en el cual se encuentre inmersa la informática.

Ahora bien, la finalidad sexual puede ser cualquier movimiento que se encuentre encaminado a tener una relación íntima haya o no penetración. Sin embargo, la finalidad erótica 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 implique 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 u erótico, sin que el agente acceda carnalmente, ni la ataque, ni la manosee furtivamente.

Elementos estructurales del tipo penal del Art. 173

El verbo núcleo del tipo es concertar. El objeto de la infracción es el encuentro con un menor de dieciocho años a través de los sistemas automatizados de información con fines

sexuales o eróticos.

Los elementos descriptivos del tipo objetivo en el delito de *child grooming* son:

- Comunicación a través de medios electrónicos o telemáticos –uso de las TIC–.
- Concertar una cita.
- Víctima menor de 18 años.
- Propuesta encaminada a actos de carácter sexual o erótico.
- Coacción o intimidación para dicho acercamiento.
- Suplantación de identidad.

El elemento normativo del tipo objetivo recae sobre la indemnidad sexual y la vulnerabilidad de la persona menor de dieciocho años ante la seducción o engaño, así como la coacción física, moral, espiritual o de cualquier otra índole, que se presente al momento de la concertación de la cita. De igual manera, la intimidación que afecta a la imposibilidad de defenderse ante la dolosa expectativa del agente.

Elementos probatorios en el *child grooming*

En esta infracción se deben probar los siguientes elementos estructurales de la teoría del delito, en lo que respecta a la tipología establecida en el artículo 173:

- La concepción de una cita a través de un medio electrónico o telemático.
- El uso de las TIC como canal de transmisión del mensaje con la determinación del usuario usado para enviarlo, así como la precisión del receptor del mismo, para ubicar las direcciones IP y la conexión de datos informáticos que permitan identificar al agente y su nexa causal.
- La edad de la víctima, esto es, que sea menor de dieciocho años o tenga alguna discapacidad.
- Los actos anunciados en la cita deben tener una finalidad sexual o erótica. No obstante, puede presentarse la seducción o engaño para alcanzar el consentimiento de la víctima y, una vez en dominio de ella, obligarla mediante la coacción o intimidación a realizar los actos sexuales o eróticos.
- Qué haya existido coacción física, moral o en su defecto haberla intimidado para alcanzar el fin propuesto.

f) Suplantación de identidad mediante medios electrónicos o telemáticos.

La evidencia digital

La investigación tecnológica en esta clase de delito requiere de la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas que permitan llegar a reunir elementos de convicción que, de manera fehaciente, inculpen al sujeto activo de la infracción en su concreción sobre la reunión realizada con fines sexuales. Así también se deberá ejecutar un registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información que, una vez obtenida la autorización judicial, habilite realizar allanamientos a domicilios y obtener todo dispositivo electrónico e informático, como por ejemplo teléfonos celulares, tabletas y computadores o cualquier otro artefacto electrónico de almacenamiento masivo, cómo puede ser una tarjeta USB, un pen Drive, memorias externas o Hard Drive, soportes físicos digitales como los CD; además de la información almacenada en nubes de computación o cloud computing donde se guardan datos en servidores tales como Google Drive, One Drive, iCloud, Dropbox, etc.

Luego de obtener la autorización judicial se debe realizar la preservación, apertura, examen, extracción, análisis y materialización de la información constante en estos soportes tecnológicos. De forma adicional, se debe solicitar la captación y grabación de comunicaciones orales y en video, mediante la utilización de dispositivos electrónicos y cualquier otro medio técnico que se utiliza para la recolección de la imagen, seguimiento y localización, así como la interceptación de dispositivos electrónicos que permitan registros remotos sobre equipos informáticos.

Es necesario aclarar que en los elementos descriptivos del tipo objetivo detallado en el art. 173, se exige como medio para la comisión de la infracción la informática y electrónica. Sin embargo, esto se considera exiguo y en su lugar debería incluirse el concepto TIC, el cual sí abarca todos los sistemas automatizados de información, ya que la evidencia digital es el punto preponderante en la tipicidad como el elemento a ser probado en juicio.

Referencias bibliográficas

Aboso, Gustavo. *Derecho Penal Cibernético. La cibercriminalidad y el derecho penal en la moderna sociedad de la información y la tecnología de la comunicación*. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2017.

Cobo, Juan. "El concepto de tecnologías de la información. Benchmarking sobre las definiciones de las TIC en la sociedad del conocimiento", *Zer* 14, nº 27 (2009): 295-318.

Desongles, Juan, y Marcial Moya. *Conocimientos Básicos de la Informática*. S.L.: Editorial MAD, 2006.

Peres, Wilson y Martin Hilbert. *La sociedad de la información en América Latina y el Caribe: Desarrollo de las tecnologías y tecnologías para el desarrollo*. Santiago de Chile: Naciones Unidas, 2009.

Rendón Rojas, Miguel Ángel. "Un análisis del concepto sociedad de la información desde el enfoque histórico", *Inf. cult. soc.* 4 (2001): 9-22.

⁵ Juan Desongles y Marcial Moya. *Conocimientos Básicos de la Informática*. (Sevilla, Editorial MAD, 2006), 14.

⁶ Juan Cobo. "El concepto de tecnologías de la información. Benchmarking sobre las definiciones de las TIC en la sociedad del conocimiento" *Zer* 14, nº 27 (2009): 312.

⁷ Gustavo Aboso. *Derecho Penal Cibernético. La cibercriminalidad y el derecho penal en la moderna sociedad de la información y la tecnología de la comunicación*. (Buenos Aires, Editorial BdeF, 2017), 142. La moderna sociedad está caracterizada entre otras cosas, por la expansión de nuevos medios de comunicación telemáticos, que hacen realidad la posibilidad de las relaciones intersubjetivas a nivel mundial, esto que la comunicación directa a través de la redes sociales u otros medios de comunicación informática, telemática o de telecomunicaciones



Internet child grooming o preparación de ilícitos sexuales sobre menores a través de la red en el modelo penal español

Javier Fernández Teruelo

Decano de la Facultad de Derecho y Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Oviedo-España

El *child grooming*, *on-line child grooming* o *Internet child grooming* puede definirse como el conjunto de estrategias que una persona adulta desarrolla para ganarse la confianza de un menor (el modelo español, menor de 16 años) a través de Internet, con el fin último de obtener concesiones de índole sexual voluntarias o forzadas, alguno de los delitos de agresiones o abusos sexuales, corrupción o pornografía infantil. Se designa como acoso o aproximación sexual a menores en la red y el término completo en el ámbito que nos ocupa sería entonces *child grooming* o *internet grooming*. La confianza (acercamiento) del menor, en la práctica, se obtiene generalmente a través de formas de empatía y/o engaño y, en menor medida, coacción o amenaza; tras esta fase amable se pasa a pretender un encuentro en persona con los fines descritos¹.

Instrumento motivador de la previsión de esta tipología delictiva en la legislación penal española es la Propuesta de Decisión marco del Consejo de Europa relativa a la lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, por la que se deroga la Decisión marco 2004/68/JAI y, a la vez, su incorporación al contenido de la nueva Decisión Marco [SEC (2009) 355] [SEC (2009) 356]. Tiene por objeto la inclusión de los elementos siguientes: en materia de Derecho penal positivo, en general (...) en el contexto de las TIC (...) se incorpora el nuevo delito de seducción de niños con fines sexuales (*grooming*), que sigue fielmente la formulación acordada en el Convenio del Consejo de Europa (art. 6):

Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para que los niños reciban, durante su educación primaria y secundaria, información sobre los riesgos de explotación y abuso sexual, así como sobre los medios para protegerse, adaptada a su etapa evolutiva. Esta información, proporcionada, en su caso, en colaboración con los padres, se inscribirá en el contexto de una información de carácter más general sobre la sexualidad y prestará especial atención a las situaciones de riesgo, especialmente las derivadas de la utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación.

La decisión legislativa aparece, también, ampliamente vinculada a la Decisión núm. 854/2005/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005 por la que se crea un programa comunitario plurianual para el fomento de un uso más seguro de Internet y las nuevas tecnologías en línea (DOUE L 149 de 11-6-2005); Decisión núm. 1151/2003/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de junio de 2003 por la que se modifica la decisión núm. 276/1999/CE, aprobándose un plan plurianual de acción comunitaria para propiciar una mayor seguridad en la utilización de Internet mediante la lucha contra los contenidos ilícitos y nocivos en las redes mundiales (DOUE L 162 de 1-7-2003); Decisión núm. 276/1999/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de enero de 1999 por la que se aprueba un plan plurianual de acción comunitaria para propiciar una mayor seguridad en la utilización de Internet mediante la lucha contra los contenidos ilícitos y nocivos en las redes mundiales (DOUE L 33 de 6-2-1999).

Posteriormente, la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo estableció que debe ser penalmente castigado cualquier caso en que un adulto solicite sexualmente a un menor que no ha llegado a la edad de consentimiento sexual será castigable. La Directiva indica que la pena deberá ser de al menos un año de prisión cuando se hayan realizado efectivamente actos encaminados a mantener dicho encuentro sexual. La solicitud de material pornográfico de un(a) adulto/a hacia un(a) menor por debajo de dicha edad también es considerada delito por dicha normativa. Si se realiza entre menores que hayan superado dicha edad y es sólo para uso privado, la Directiva lo deja a la decisión de cada Estado.

La reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal, publicada en el Boletín Oficial del Estado, núm. 152 de 23 de junio de 2010, justifica, a través de su Preámbulo la intervención legislativa aludiendo a la normativa comunitaria y añadiendo que:

Resulta indudable que en los casos de delitos sexuales cometidos sobre menores el bien jurídico a proteger adquiere una dimensión especial por el mayor contenido de injusto que presentan estas conductas. Mediante las mismas se lesiona no sólo la indemnidad sexual, entendida como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado, sino también la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor. (...) la extensión de la utilización de Internet y de las tecnologías de la información y la comunicación con fines sexuales contra menores ha evidenciado la necesidad de castigar penalmente las conductas que una persona adulta desarrolla a través de tales medios para ganarse la confianza de menores con el fin de concertar encuentros para obtener concesiones de índole sexual. Por ello, se introduce un nuevo artículo 183 bis mediante el que se regula el internacionalmente denominado «child grooming», previéndose, además, penas agravadas cuando el acercamiento al menor se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.

Tras la reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo³ el delito de *child grooming* en el modelo español se regula en el primer apartado del artículo 183 ter del Código penal. El concreto contenido del artículo es el siguiente:

El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.

Los cambios operados por la reforma de 2015, el precepto, no fueron sustanciales. Se mantuvo la exigencia de contacto con un menor por medio del uso de las TIC y la presencia de un fin sexual. Los dos puntos alterados fueron el incremento de la edad del sujeto pasivo, de trece a dieciséis años (como en el resto de la regulación penal sexual), y una restricción de la remisión a los delitos sexuales, cuya comisión es la finalidad última del autor, quedando limitada a los delitos contenidos en los artículos 183 y 189 CP, decisión que ha sido valorada positivamente por la doctrina que entendía de modo mayoritario que la referencia a los delitos comprendidos entre los artículos 178 y 182 era incongruente con el comportamiento descrito en el vigente artículo 183 ter⁴. La reforma de 2015 también introdujo un segundo apartado en el art. 183 ter dirigido a posibilitar el castigo de la llamada sextorsión (sextortion), de la que no podemos ocuparnos en este trabajo y que se caracteriza por la coacción a una persona por medio de imágenes o videos de sí misma desnuda que ha compartido a través de Internet mediante sexting (envío a través del móvil o Internet de imágenes de contenido sexual). La víctima es posteriormente coaccionada para tener relaciones sexuales con el chantajista, para producir pornografía u otras acciones. Para su tipicidad serían necesarios los actos de acercamiento (por ejemplo, concertar una cita y acudir a ella). En concreto, el art. 183 ter 2. dispone lo siguiente:

El que, a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años. El contenido del art. 183 ter, primer apartado, supone un significativo y, como tal, discutible adelantamiento de la protección a actos de preparación de los delitos sexuales citados por él; viene referido a la infancia en general (usuaria de las TIC) en vez de a un menor determinado, siendo por ello un tipo de mera actividad y consumación anticipada.

La primera cuestión que suscita diferentes puntos de vista es la relativa al bien jurídico que es objeto de protección por la nueva modalidad. El legislador parece encontrar un nuevo bien jurídico protegido más allá de la clásica indemnidad sexual (se recuerda cómo afirma:

"mediante las mismas se lesiona no sólo la indemnidad sexual, entendida como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado, sino también la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor"). Resulta, sin embargo, que la descripción citada referida a la formación y desarrollo del menor puede ser incardinada perfectamente en el concepto indemnidad sexual que viene siendo manejado doctrinalmente desde hace años. Personalmente, estimo que el precepto únicamente tutela la indemnidad o intangibilidad sexual, del mismo modo que hacen los otros tipos contenidos en el capítulo II bis; la propuesta vinculada a la denominada seguridad de la infancia en el uso de las TIC que a veces se identifica como uno de los objetos de protección⁵ no parece reunir las condiciones mínimas aceptables para ser configurada como un nuevo bien jurídico de protección en el contexto de un Derecho penal que (aún) pretenda un mínimo garantismo y el respeto de unos límites de intervención que ya se han flexibilizado más de lo deseable. Considero que, con base en esas premisas, la conformación de la seguridad como bien jurídico autónomo debe someterse a unos límites estrictos, quedando vinculada, únicamente, a comportamientos potencialmente mortales. Así ocurre con la "seguridad vial", tras la cual emerge un potencial daño contra la vida de los conductores o peatones o la "seguridad de los trabajadores"; ambas categorías se encuentran testadas por la pérdida de un número de vidas considerables como fenómeno real constatado año tras año. Más allá de supuestos como los citados no parece que deba abrirse un abanico de bienes de segundo orden sustentados de forma sistemática en el concepto "seguridad".

Cierto es que cabría preguntarse entonces cómo se explica la cláusula concursal contenida en el precepto ("sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos") y que, teóricamente, avalaría la aparición de un nuevo bien jurídico (seguridad informática en el uso de las TIC); a mi juicio, debe considerarse que la referida cláusula es completamente inadecuada y errónea⁶, sin que ello justifique replicar el error mediante la identificación de un nuevo bien jurídico basado en el concepto de "seguridad" (en el uso de las TIC) de carácter autónomo y desconectado de cualquier otro; estimo que podría ser asumible, únicamente, como seguridad vinculada a la indemnidad sexual y, por lo tanto, sin configurar un nuevo bien plenamente autónomo (como

ocurre con la seguridad vinculada al secreto como objeto de protección en el nuevo delito de acceso no consentido a sistemas informáticos ajenos). En el plano interpretativo también debe tenerse en cuenta la ubicación sistemática del precepto entre los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (Título VIII).

Más allá de esta opinión personal existe escaso acuerdo en la doctrina española respecto a cuál es el interés jurídico protegido. Un primer grupo de autores estiman que se trata de un delito pluriofensivo, afectando tanto a la indemnidad sexual del menor como a la seguridad de la infancia en la utilización de las TIC⁷. Otros entienden que el delito lesiona un único bien jurídico, si bien no vinculado al ámbito de la sexualidad, siendo el interés afectado el derecho a la integridad moral del menor y al proceso de formación de éste en materia sexual dentro del libre desarrollo de su personalidad⁸. Este criterio también ha sido defendido por el Tribunal Supremo español en STS 97/2015, de 24 de febrero, en la que se afirma que "el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual de los menores de 13 años [referencia anterior a la reforma] más allá de la libertad sexual que no puede predicarse en ese límite de edad". Finalmente, un tercer grupo de autores entienden que el tipo penal protege únicamente la indemnidad sexual de los menores⁹.

En cuanto a los sujetos, el delito examinado es un delito común; no se establece a tal efecto ningún tipo de restricción, pudiendo también, por lo tanto, ser autores del mismo, otros jóvenes menores de edad (por ejemplo, Sentencia del Juzgado de Menores de Orense de 13 de mayo de 2013, confirmada en apelación por la Audiencia Provincial en su sentencia núm. 373/2013, de 4 de octubre). Ello implica un alejamiento del modelo dispuesto en la normativa europea que le sirve de referente; de ese modo, teóricamente, podría pensarse que posibilita el castigo de determinadas formas de relacionarse que tienen algunos jóvenes a través de la Red¹⁰, si bien en la mayoría de tales supuestos difícilmente podrá afirmarse que se estaba preparando un delito de los enunciados en el propio precepto. En todo caso, tras la reforma de 2015, en algunos supuestos podría excluirse la responsabilidad penal, a través de lo dispuesto en el artículo 183 quater, según el cual el consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al

menor por edad y grado de desarrollo o madurez. En concreto, en relación con el delito del art. 183 ter CP apartado primero (el doctrinalmente denominado *grooming*) podrá teóricamente apreciarse esta cláusula en relación con el tipo básico, pero no respecto del agravado, que requiere la concurrencia de violencia, intimidación o engaño¹¹.

El sujeto pasivo se concreta en el menor de 16 años. La reforma del Código Penal 1/2015 elevó la edad de la víctima de este delito desde los 13 a los 16 años, en coherencia con el mismo incremento de la edad de consentimiento sexual, anteriormente contemplada. Tal y como explica el pre-legislador en el Preámbulo norma, se pretendía equiparar la edad de consentimiento sexual con el resto de países europeos y adecuarse a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de la Infancia¹². En segundo lugar, se ha tratado de dar respuesta a la demanda social al respecto¹³, con base en la falta de protección de los menores entre 13 y 15 años, rango de edad en la que se encuentran más expuestos por el intenso uso que realizan de TIC y especialmente de las Redes sociales.

El precepto, desde el punto de vista de la acción, se configura como un tipo mixto acumulativo y mutilado en dos actos (se contacta con el objeto de establecer un encuentro). En concreto los elementos son tres: a) Contactar con un menor de 16 años. b) Proponer concertar un encuentro, sin que sea necesario que éste acepte¹⁴, lo que impide la apreciación de la tentativa. c) Realización de actos materiales encaminados al acercamiento con una finalidad ulterior (cometer un delito de los arts. 183 y 189). La remisión a los delitos de los artículos 178 a 182 (adultos, con la excepción del 182) tenía un limitado sentido (por la posibilidad de que el que inicialmente es menor de 16 años supere esa edad durante el procedimiento de *child grooming* o acercamiento) y fue por ello suprimida en la reforma penal de 2015.

El contacto puede desarrollarse por cualquiera de los múltiples medios existentes (mail, chat, programas de mensajería, redes sociales, etc.). Se ha limitado por tanto la relevancia del *grooming* únicamente al que se produce empleando medios tecnológicos y descarta el contacto directo personal. Algunos autores consideran que puede darse un primer contacto directo corporal siempre que después tenga continuidad a través de medios tecnológicos,

pues el tipo no especifica si este contacto es el inicial o derivado. Es por otra parte preciso que dicho contacto obtenga respuesta por parte del menor, no existiendo el delito, si los mensajes, correos electrónicos, *WhatsApp* o similares no han generado una conversación digital¹⁵. Es preciso en definitiva un intercambio de mensajes determinantes de una comunicación, como tal, recíproca.

En cuanto a quién debe tomar la iniciativa, si bien lo más frecuente es que sea el sujeto activo el que inicie este contacto con la víctima no es indispensable; la STS de 27 de marzo 1071/2017 (FJ 1):

El tipo no exige que el autor sea quien inicia el contacto, sino que basta que contacte y proponga concertar un encuentro con la finalidad sexual concretada en la ejecución de hechos que sean constitutivos de alguno de los delitos a los que se refiere el precepto, siempre que se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento.

Por lo que respecta a la proposición de acercamiento, como segunda acción configuradora del tipo penal, consiste en proponer concertar un encuentro con el fin de cometer cualquiera de los delitos de los artículos 183 y 189 del Código Penal. Se trata de una propuesta, que se debe de producir en el transcurso del *grooming*, y se puede realizar después o a la vez que se realiza el contacto¹⁶. Esta propuesta debe ser concreta y además debe de existir una voluntad acreditada por parte del sujeto activo de llevarla a cabo¹⁷.

La cuestión que en este contexto más discusiones plantea es la relativa a si los actos de acercamiento tienen que ser necesariamente físicos o pueden ser también virtuales. Estimo que la primera es la solución correcta; primero, por el significado del propio concepto "materiales" que acompaña al término «actos» (actos materiales encaminados...); el adjetivo material relacionado con la realidad física en oposición a la realidad espiritual (en nuestro caso virtual). A ello debe añadirse, en segundo lugar, el hecho de que en la Red no tiene sentido hablar de "acercamiento", precisamente porque en ella no hay distancias. Los encuentros en Inter-

net no serían actos de acercamiento, sino de segundos o ulteriores "contactos". La limitación a los actos de acercamiento físicos encuentra, además, pleno sentido en las agresiones y abusos sexuales (art. 183), cuya ejecución requiere necesaria y finalmente un contacto físico (con un consiguiente previo acto de acercamiento también físico). No ocurre lo mismo con alguna de las conductas del artículo 189, cuya ejecución podría no requerir actos de aproximación física previos a la tentativa (por ejemplo, concertar una cita con un menor de trece años con el objeto de grabarle a través de la web-cam mientras se masturba). Sin embargo, estos supuestos serán subsumibles a través del propio artículo 189 CP, bien sea consumado o en grado de tentativa.

El criterio anterior también es asumido por la jurisprudencia en la STS 97/2015, de 15 de febrero:

El contacto tiene que ser por medio tecnológico. La ley se refiere a Internet, teléfono o cualquier otra tecnología de la información y la comunicación, se trata por tanto, de un listado abierto que da cabida a cualquiera otros mecanismos o sistema de transmisión de datos que no precisen conexión a internet o a una línea telefónica, como por ejemplo, conexión en red mediante Wi-Fi o Internet, aplicaciones basadas en bluetooth u otros sistemas que puedan desarrollarse. (...) la exigencia de que la relación se desarrolle por medios tecnológicos parece descartar la aplicación de supuestos en los que la relación se desarrolle en el sentido real, es decir, mediante el contacto físico entre el delincuente y la víctima.

La misma STS 97/2015, trata de determinar a qué se refiere el legislador al preguntarse

Si la exigencia de que los actos sean "materiales" implica que los mismos deban necesariamente repercutir y reflejar más allá del mundo digital... si el legislador ha tomado el término material, como opuesto al espiritual conforme a la acepción de la Real Academia Española, tendrían cabida en este concepto actos digitales que no tengan repercusión física. Así considerados los actos digitales exigidos por el tipo como "encaminados al acercamiento", no se

distinguirían de los actos digitales a través de los que se ha desarrollado la relación o los que se hayan realizado para formular la propuesta de encuentro, si se entiende que los actos deben ser ejecutados para que tal encuentro tenga lugar.

No debe confundirse entre estos actos materiales encaminados al acercamiento, y los actos ejecutivos de los delitos de los arts. 183 y 189, puesto que se trata de cuestiones diferentes. El tipo se conforma únicamente con un acercamiento al menor, no de la comisión de uno de estos delitos sexuales, aunque finalmente se lleguen a consumir.

Desde un punto de vista subjetivo pudiera pensarse que el precepto requiere dolo directo, al exigirse una finalidad ulterior (preparación para la comisión de determinados delitos sexuales), constitutiva de un elemento subjetivo del injusto). La jurisprudencia, sin embargo, considera que el dolo puede ser directo, pero también puede ser eventual, entendiéndose por este último.

Supuestos en los que el autor necesariamente conoce el peligro concreto, no permitido, que crea con su acción para el bien jurídico protegido y a pesar de ello ejecuta su conducta, bien porque acepte implícitamente el resultado no directamente querido en función de la satisfacción de la auténtica finalidad de su acción o bien porque el daño, como concreción del riesgo concreto creado, le resulte indiferente de manera que conociendo la alta probabilidad de su causación, le resulte preferible continuar con la ejecución de su conducta (STS 3038/2018 de 26 de junio).

El dolo debe de abarcar en todo caso la edad del sujeto pasivo, de tal manera que no existan dudas acerca de que el sujeto activo sabía que estaba realizando actos de preparación frente a un menor de 16 años, cuestión que –en ocasiones– será difícil acreditar. Por ello, en materia de error, la creencia errónea de que los sujetos con los que se ha contactado son mayores de edad constituye un error de tipo que impide el castigo penal, tanto si es invencible (excluye la responsabilidad criminal) como vencible (al no estar castigadas las formas imprudentes).

Se prevé, también, un tipo agravado según el cual las penas se impondrán en su mitad

superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño. El legislador agrava la pena por el uso de medios específicos en la ejecución que aumentan el desvalor de la conducta; sin embargo, al igual que ocurre en otros lugares del Código, se ha construido un tipo agravado (pretendidamente excepcional) con lo que, en la práctica, será la dinámica habitual de estos comportamientos,

especialmente por lo que se refiere al engaño, pues es frecuente que la propuesta vaya acompañada de algún ardid capaz de conseguir que el menor acceda a lo solicitado. También en lo que respecta al engaño puede apreciarse una falta de equivalencia respecto al tratamiento previsto en el tipo de abusos sexuales mediante engaño, cuya protección se eleva al límite de edad de los 16 años .

¹Vid. sobre el concepto, Vicente, MAGRO SERVER, «El grooming o ciberacoso infantil, el nuevo artículo 183 bis del Código penal», en *Revista Jurídica La Ley*, 2010, núm. 7492, pp. 10 y ss. MANUEL Jesús, DOLZ LAGO, «Un acercamiento al nuevo delito *child grooming*. Entre los delitos de pederastia», en *Revista Jurídica La Ley*, 2010, núm. 7575, pág. 1 y ss.

²A su vez, el origen parlamentario de la previsión del precepto se encuentra en la enmienda núm. 351 del Grupo Parlamentario popular en el senado, por la que se instaba al gobierno a adoptar las medidas necesarias para combatir el denominado «ciberacoso» a menores o «child grooming» (s. 662/000005).

³Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. Publicada en el Boletín Oficial del Estado, núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

⁴Javier, BOIX REIG, *Derecho Penal. Parte especial*, (Madrid: lustel, 2015), pág. 401. David, MORILLAS FERNÁNDEZ, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, en CUEVA MORILLAS, Lorenzo (Dir.), *Estudios sobre el código penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015, pág. 455. José Antonio, RAMOS VÁZQUEZ., "Grooming y sexting" en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, (Dir.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), pág. 622.

⁵María, GONZÁLEZ TASCÓN, "El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC" *Estudios penales y criminológicos*, N.º 31(2011): 207 y ss.

⁶En un sentido similar, Manuel, GÓMEZ TOMILLO, «Capítulo II bis. De los abusos sexuales a menores de 13 años», en GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.), *Comentarios al Código penal* (Valladolid: Lex Nova, 2010), 731.

⁷María, GONZÁLEZ TASCÓN, *El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC*, 241-. Manuel Jesús, DOLZ LAGO, *Un acercamiento al nuevo delito de child grooming*, op. cit., pág. 1740.

⁸José Antonio, RAMOS VÁZQUEZ, "El llamado delito de *child grooming*: consideraciones acerca del nuevo artículo 183 bis del Código Penal", *La Ley*, núm. 7746, 2011, pág.12. Daniel, FERRANDIS CIPRIÁN, "El delito de online *child grooming*, art. 183 bis CP", en ORTS BERENGUER Enrique y LAMEIRAS FERNÁNDEZ, María (Coordinador), *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2014), 193; Enrique, ORTS BERENGUER, "Ciber acoso", *Derecho penal. Parte especial*, en AAVV (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), 271.

⁹Virgilio, RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, "El embaucamiento de menores con fines sexuales por medio de las tecnologías de la información y la comunicación: Estudio del actual art. 183 bis y del art. 183 ter del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal", *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º. 16 (2014). Javier Gustavo, FERNÁNDEZ TERUELO, "Derecho Penal e Internet: especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes", (Lex Nova: 2011), 155. Carolina, VILLACAMPA ESTIARTE, "Propuesta sexual y telemática a menores u online *child grooming*: configuración presente del delito y perspectivas de modificación", *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXIV, (2014), 677.

¹⁰María, GONZÁLEZ TASCÓN, "El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC", 207.

¹¹No podrá apreciarse la exención respecto del delito del apartado segundo del art. 183 ter, por ser incompatible el "consentimiento libre" que se exige en el 183 quater con el "embaucamiento" propio del doctrinalmente denominado *sexting* (Circular 1/2017 de la Fiscalía General del Estado, *sobre la interpretación del art. 183 quater del Código Penal*).

¹²Apartado XII del Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 23 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Publicado en el Boletín Oficial del Estado, núm. 77, de 31 de marzo de 2015: "Como novedad más importante, se eleva la edad del consentimiento sexual a los dieciséis años. La Directiva define la «edad de consentimiento sexual» como la «edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho Nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor.» En la actualidad, la edad prevista en el Código Penal era de trece años, y resultaba muy inferior a la de los restantes países europeos –donde la edad mínima se sitúa en torno a los quince o dieciséis años– y una de las más bajas del mundo. Por ello, el Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño sugirió una reforma del Código penal español para elevar la edad del consentimiento sexual, adecuándose a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de la Infancia, y así mejorar la protección que España ofrece a los menores, sobre todo en la lucha contra la prostitución infantil".

¹³Juan Carlos, HORTAL IBARRA, *El nuevo delito de online *child grooming* (art. 183 bis CP): ¿Otro ejemplo de cirugía preventiva aplicable a la legislación penal?*, en MIR PUIG, Santiago y CORCOY BIDASOLO, María Luisa, (Ed.) *Garantías constitucionales de Derecho penal europeo* (Marcial Pons, 2012), 440.

¹⁴Manuel, GÓMEZ TOMILLO, M., «Capítulo II bis. De los abusos sexuales a menores de 13 años», op. cit., pág. 731.

¹⁵Manuel Jesús, DOLZ LAGO, "Un acercamiento al nuevo delito *child grooming*", 1. Carolina, VILLACAMPA ESTIARTE, "El Delito de *Online Child Grooming*", (2015), 174.

¹⁶Elena, GÓRRIZ ROYO, "On-line *child grooming* en Derecho Penal Español", *InDret*, n.º3, (2016): 1.

¹⁷María Inmaculada, SANUDO UGARTE, tesis doctoral: el grooming (art.183 ter 1 y ter 2 CP): análisis típico y propuesta interpretativa, 2016, pág. 220.

Referencias bibliográficas

Boix Reig , Francisco Javier . *Derecho penal. Parte especial*. Madrid: lustel, 2010.

Dolz Lago, Manuel Jesús . «Un acercamiento al nuevo delito *child grooming*. Entre los delitos de pederastia.» *Revista Jurídica La Ley*, n.º 7575 (2010).

Fernández Teruelo, Javier Gustavo . *Derecho penal e internet: Especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes*. Valladolid: Lex Nova, 2011.

Ferrandis Ciprián, Daniel . «El delito de online *child grooming* (art. 183 bis CP).» En *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial*, de María Lameiras Fernández y Enrique Orts Berenguer, 185-202. Valencia : Tirant lo Blanch, 2014.

Gómez Tomillo, Manuel . «Capítulo II bis. De los abusos sexuales a menores de 13 años.» En *Comentarios al Código Penal*, editado por Manuel Gómez Tomillo, 727-731. Valladolid: Lex Nova, 2010.

González Tascón, María Marta . «El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC.» *Estudios penales y criminológicos*, n.º 31 (2011).

Górriz Royo, Elena. «"On-line *child grooming*" en Derecho penal español.» *InDret*, n.º 3 (2016).

Hortal Ibarra, Juan Carlos . «El nuevo delito de "online *child grooming*" (Art. 183 bis cp) ¿otro ejemplo de cirugía preventiva aplicable a la legislación penal?» En *Garantías Constitucionales y Derecho Penal Europeo*, editado por Santiago Mir Puig y María Luisa Corcoy Bidasolo, 425-448. Madrid: Marcial Pons, 2012.

Magro Servet , Vicente . «Servet, V. M. (2010). El «grooming» o ciberacoso infantil, el nuevo artículo 183 bis del Código Penal.» *Revista Jurídica La Ley*, n.º 7492 (2010).

Morillas Fernández, David. «Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual.» En *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, editado por Lorenzo Cueva Morillas, 433-485. Madrid: Dykinson, 2015.

Orts Berenguer, Enrique. «"Ciber acoso".» En *Derecho penal. Parte especial*, A.A.V.V, de Enrique Orts Berenguer. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

Ramos Vázquez , José Antonio. «Grooming y sexting.» En *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, editado por José Luis González Cussac, 621-628. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

Ramos Vazquez, José Antonio. «El llamado delito de *child grooming*: consideraciones acerca del nuevo artículo 183 bis del Código Penal.» *Revista Jurídica La Ley*, n.º 7746 (2011).

Rodríguez Vázquez, Virxilio . «El embaucamiento de menores con fines sexuales por medio de las tecnología de la información y la comunicación: Estudio del actual art. 183 bis y del art. 183 ter del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal.» *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 16 (2014).

Sañudo Ugarte, María Inmaculada. *Tesis doctoral: El grooming (art. 183 ter 1y ter 2 P): análisis típico y propuesta interpretativa*. España: Universidad del País Vasco - Euskal Herriko Unibertsitatea, 2016.

Villacampa Estiarte, Carolina . *El Delito de Online Child Grooming o Propuesta Sexual Telemática a Menores*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

Villacampa Estiarte, Carolina. «Propuesta sexual y telemática a menores u online child grooming: configuración presente del delito y perspectivas de modificación.» *Estudios penales y criminológicos* XXXIV (2014): 639-712.



FGE

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

ECUADOR

Número de edición 027

ISSN: 2661-6920

Dirección: Juan León Mera N19-36 y Av. Patria
Edificio Fiscalía General del Estado. Piso 6

Teléfono: (02) 3985 800 Ext. 173037

Mail: estudiospenales@fiscalia.gob.ec

Fiscalía General del Estado

Dirección de Gestión de Estudios Penales

Quito - Ecuador