



LW
LP

U^QFQ

LAW WORKING PAPERS





LAW WORKING PAPERS

La Oferta y Facilitación en Redes Sociales como Delitos Sexuales Contra Menores de Edad

Cynthia Lizbeth Pineda Naranjo

2022 / 07

USFQ Law Working Papers

Colegio de Jurisprudencia
Universidad San Francisco de Quito USFQ
Quito, Ecuador

En contestación a: n/a

Recibido: 2022 / 04 / 21

Difundido: 2022 / 07 / 26

Materias: derecho penal, derecho de menores

URL: <https://ssrn.com/abstract=4173523>

Citación sugerida: Pineda Naranjo, Cynthia Lizbeth. “La Oferta y Facilitación en Redes Sociales como Delitos Sexuales Contra Menores de Edad”. *USFQ Law Working Papers*, 2022/07, <https://ssrn.com/abstract=4173523>.

© Cynthia Lizbeth Pineda Naranjo

El presente constituye un documento de trabajo (*working paper*). Puede ser descargado bajo acceso abierto en: <http://lwp.usfq.edu.ec>. Sus contenidos son de exclusiva responsabilidad de los autores, quienes conservan la titularidad de todos los derechos sobre su trabajo. USFQ Law Working Papers no ostenta derecho o responsabilidad alguna sobre este documento o sus contenidos.

Acerca de

USFQ Law Working Papers

USFQ Law Working Papers es una serie académico-jurídica de difusión continua, con apertura autoral para profesionales y de acceso abierto. Introduce en Ecuador un novedoso tipo de interacción académica que, por sus características particulares, tiene el potencial de ser pionero en rediseñar el discurso público del Derecho. Su objetivo es difundir documentos de trabajo (*working papers*) con impacto jurídico, que pueden abarcar cualquier asunto de las ramas de esta ciencia y sus relaciones con otras áreas del conocimiento, por lo que está dirigida a la comunidad jurídica y a otras disciplinas afines, con alcance nacional e internacional.

USFQ Law Working Papers difunde artículos académicos y científicos originales, entrevistas, revisiones o traducciones de otras publicaciones, entre otros, en español o inglés. Los contenidos son de exclusiva responsabilidad de sus autores, quienes conservan la titularidad de todos los derechos sobre sus trabajos. La difusión de los documentos es determinada, caso a caso, por el Comité Editorial. Se prescinde de la revisión por pares con el fin de dar a toda la comunidad académica la oportunidad de participar, mediante la presentación de nuevos trabajos, en la discusión de todos los contenidos difundidos.

USFQ Law Working Papers nace, se administra y se difunde como una iniciativa de la profesora Johanna Fröhlich (PhD) y un grupo de *alumni* del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito USFQ (Ecuador). Su difusión se realiza gracias al apoyo del Instituto de Investigaciones Jurídicas USFQ (Ecuador).

Más información: <http://lwp.usfq.edu.ec>

LA OFERTA Y FACILITACIÓN EN REDES SOCIALES COMO DELITOS SEXUALES CONTRA MENORES DE EDAD

THE OFFER AND FACILITATION IN SOCIAL NETWORKS AS SEXUAL CRIMES AGAINST MINORS

CYNTHIA LIZBETH PINEDA NARANJO¹

RESUMEN

El delito de oferta de servicios sexuales que incluye a menores de edad por medios electrónicos es un tipo penal que vulnera el bien jurídico protegido de libertad e indemnidad sexual. Al analizar los verbos rectores se presenta una ambigüedad por la falta de precisión. Dentro del trabajo se desarrolla el análisis de los verbos “ofertar” y “facilitar” del artículo 174 del Código Orgánico Integral Penal para determinar si estos constituyen un delito de resultado o de peligro, en base a un enfoque doctrinal, análisis comparativo de legislaciones, metodología cuantitativa y cualitativa. Asimismo, se aportó un estudio acerca de medios electrónicos, delitos de peligro relacionados a delitos sexuales contra menores de edad, específicamente peligro concreto y abstracto, desde el tipo subjetivo y objetivo, al igual que bien jurídico. Se contempló además una indagación doctrinal y jurisprudencial de delitos de peligro en delitos sexuales contra menores de edad en otras legislaciones. Esto permitió concluir que los verbos “ofertar” y “facilitar” generan un delito de peligro abstracto al existir un peligro hacia el bien jurídico protegido de menores de edad.

PALABRAS CLAVE

Delitos sexuales contra menores de edad, delitos de peligro, peligro abstracto, peligro concreto.

ABSTRACT

The crime of offering sexual services that includes minors by electronic means is a criminal type that violates the protected legal good of freedom and sexual indemnity. When analyzing the guiding verbs, an ambiguity is presented due to the lack of precision. Within the work, the analysis of the verbs "offer" and "facilitate" of article 174 of the Organic Integral Criminal Code is developed to determine if these constitute a crime of result or danger, based on a doctrinal approach, comparative analysis of legislations, quantitative and qualitative methodology. Likewise, a study was provided on electronic means, crimes of danger related to sexual crimes against minors, specifically concrete and abstract danger, from the subjective and objective type, as well as legal good. A doctrinal and jurisprudential investigation of crimes of danger in sexual crimes against minors in other legislations was also contemplated. This allowed us to conclude that the verbs "offer" and "facilitate" generate a crime of abstract danger as there is a danger to the protected legal good of minors.

KEYWORDS

Sexual offences against minors, crimes of danger, abstract danger, concrete danger.

¹ © DERECHOS DE AUTOR
Afilación Institucional: Investigadora Independiente
cynthiapineda1@hotmail.com

SUMARIO

1.INTRODUCCIÓN.- 2. ESTADO DEL ARTE.- 3. MARCO NORMATIVO.- 4. MARCO TEÓRICO.-
5. DELITOS SEXUALES A MENORES DE EDAD.- 6. DELITOS DE RESULTADO Y OTROS.- 7.
TEORÍAS .- 8. CONCLUSIONES

1. Introducción

El derecho penal es una rama que regula el poder punitivo del Estado con el fin de proteger los bienes jurídicos, mismos que son determinados a través de penas en los casos de vulneración. Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual han evolucionado con el pasar de los años y su tratamiento cada vez ha cobrado mayor rigidez con el objetivo de prevenir y reducir las conductas penales. Sobre todo, se ha generado gran desarrollo en el ámbito de menores de edad, debido al uso de tecnologías y redes sociales, que han ocasionado la creación de nuevos tipos penales, vulnerando los bienes jurídicos protegidos ya mencionados.

Dentro de esta problemática, desde años atrás, la doctrina ha dado paso al desarrollo de varios delitos, entre ellos el delito de resultado y el delito de peligro, mismos que cuestionan si se vulnera el bien jurídico con el solo peligro o la existencia de la vulneración al bien jurídico con una probabilidad de peligro. El delito de resultado se genera en base a la producción de un resultado como consecuencia de una acción, mientras que el delito de peligro genera solamente una lesión o probabilidad de peligro hacia el bien jurídico protegido, que puede instalarse desde una perspectiva ex ante o ex post.

El presente trabajo abarca un análisis respecto del artículo 174 del Código Orgánico Integral Penal², específicamente sobre sus verbos rectores los cuales son: ofertar y facilitar, donde nace la interrogante. ¿El solo facilitar u ofertar hacen que ya se configure el tipo penal o es necesario de una acción adicional? ¿Es proporcional que la sola peligrosidad ya constituya una sanción? o ¿para penalizar un delito se debe comprobar el acto y una consecuencia ex posts separado en espacio-tiempo? Aquí es donde surge la disyuntiva y pregunta de investigación: ¿los verbos rectores de la oferta de servicios sexuales que incluyen a menores de dieciocho años por medios electrónicos generan un delito de resultado o un delito de peligro?; problemática que será desarrollada desde una perspectiva de delito de peligro como de delito de resultado.

² Artículo 174, Código Orgánico Integral Penal, R.O Suplemento 180, 10 de febrero de 2014, reformado por última vez R.O Suplemento 526 de 30 de agosto de 2021.

Además, conviene advertir que el delito de oferta de servicios sexuales con menores de edad por medios electrónicos, tiene un vínculo estrecho con los delitos de pornografía infantil, corrupción de menores y prostitución infantil³. Esto debido a que son delitos sexuales en contra de menores de edad, por ejemplo un sujeto activo puede adjuntar pornografía infantil de un menor de edad a un sitio web y muchas veces puede conllevar a prostitución, ya que por medio de los sitios web donde los menores de edad son víctimas, pueden contactar al sujeto activo que realiza el delito y dar paso al delito mencionado.

Para cumplir con la fundamentación del análisis, la metodología utilizada será de tipo deductiva, por existir un análisis general de conceptos referentes a delitos de peligro. De igual manera, se requiere de un enfoque cuantitativo por la aplicación de datos estadísticos con el objeto de fundamentar el presente estudio, al igual que cualitativamente al tratarse de una discusión dogmática. Finalmente, para un mejor entendimiento es necesario utilizar un método comparativo mediante la observación de diferentes legislaciones como Colombia, México y España.

2. Estado del Arte

Los delitos de resultado o de peligro relacionados con los de lesión y mera actividad, han sido objeto de polémica. Sin embargo, gran parte de la doctrina en el Derecho Penal se ha centrado en la discusión sobre la imputación al tipo objetivo, y lesión al bien jurídico.

En primer lugar, se encuentran los delitos de mera actividad, para la cual existen varias posturas. Juan Luis Modolell⁴, establece que en los delitos de mera actividad es necesario solamente la conducta del autor sin que haya un hecho separado, considerando que en los delitos de mera actividad no solo basta la realización externa de la conducta para verificar el tipo objetivo, sino una acción adicional.

En segundo lugar, los delitos de lesión, en donde el objeto de la acción debe generar realmente un daño para que haya un hecho realizado⁵.

³ Norma Bouyssou, “Los delitos de corrupción de menores y pornografía infantil”, (Tesis Doctoral, Universidad de Sevilla, 2015), <http://hdl.handle.net/11441/32955>

⁴ Juan Luis Modolell, “El tipo objetivo en los delitos de mera actividad”, *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, No. 22, (2016), 368-390, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992016000200002>.

⁵ Ver Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*, (Madrid: Editorial, Civitas. S.A., 2ª Edición, 2000), 336.

Adicionalmente, la gran mayoría de la doctrina de delitos de peligro se desarrollan en Europa generando polémicas doctrinales en base a dos teorías: la teoría objetiva y la teoría subjetiva. La primera impulsada por V.Rohland⁶, como probabilidad de que se llegase a generar resultado lesivo al bien jurídico y la segunda niega la existencia real al peligro.

Claus Roxin⁷, uno de los grandes expositores de la teoría del tipo, menciona que en los delitos de peligro la acción genera más o menos una amenaza hacia el objeto de los delitos, mientras que en los delitos de peligro concreto existe un requerimiento de producción de un peligro real hacia un bien jurídico.

Así pues, como alega Joaquim Bages⁸, el peligro abstracto contempla dos presupuestos: el primero basa la peligrosidad como mero motivo del legislador, para la determinación de una pena por parte del mismo ; el segundo como una conducta que genera un peligro hacia el bien jurídico.

Respecto a la imputación del tipo objetivo en los delitos de peligro concreto, se desarrollaron teorías en los años noventa. Horn⁹, defensor de la “teoría científico-natural del resultado de peligro”, alega la existencia de un peligro concreto que lesiona al bien jurídico cuando las circunstancias habrían tenido que dar lugar a la lesión del objeto de la acción, pero no se ha producido por una razón inexplicable.

Es preciso señalar que en el peligro abstracto se han generado enfrentamientos junto con el principio de culpabilidad. Bajo la teoría de Binding¹⁰, de la presunción de peligro, considera que el peligro en muchas ocasiones es difícil de probar, por lo que el legislador atribuye la existencia de peligro como acciones generalmente peligrosas y emplearía el *praesumptio juris et jure*. La postura más concluyente según el doctrinario Roxin respecto a los delitos de peligro es la argumentada por Horn y Brehm, en donde la punibilidad depende de una infracción hacia el justo cuidado de delitos imprudentes, de

⁶ Teresa Rodríguez Montanés, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, (Buenos Aires: Editorial, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004), 43 -47.

⁷ Ver Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*, (Madrid: Editorial, Civitas. S.A., 2ª Edición, 2000), 336.

⁸ Joaquim Bages Santacana, “La tentativa en los delitos de peligro abstracto”, (Tesis Doctoral, Universitat de Barcelona, 2017), 217. Citado de fuente primaria Teresa Rodríguez Montanés, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*.

⁹ Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*, 405.

¹⁰ Enrique Bacigalupo, *Derecho Penal, Parte General*, (Buenos Aires: Editorial, Hammurabi SRL, 2ª Edición, 1999), 232.

esta manera los delitos de peligro abstracto generarían tipos de imprudencia, pero sin consecuencia¹¹.

Schroder¹², por su parte, propone una teoría designada “de peligro abstracto - concreto”, atendiendo a una categoría mixta, en donde se combinan elementos tanto del peligro abstracto como concreto, es decir, la probabilidad de un peligro así como un peligro real hacia el bien jurídico.

Desde una perspectiva más actual, Enrique Bacigalupo¹³, establece al peligro abstracto como aquel que no requiere de un riesgo real, y peligro concreto en donde el bien jurídico protegido debe sufrir un riesgo real de peligro. Contrario a estos conceptos, frente a los tipos penales, Zaffaroni¹⁴ considera la existencia de tipos de lesión y tipos de peligro, en este último siempre debe existir una situación de riesgo de lesión, de ahí que el peligro abstracto es el que se juzga “ex ante” y el concreto “ex post”.

3. Marco Normativo

Los delitos sexuales contra menores de edad se determinan bajo un marco normativo. A continuación, se desarrolla el mismo, en base a los instrumentos internacionales de mayor trascendencia, y al marco normativo nacional.

Los esfuerzos hacia el reconocimiento de los derechos de los niños inició con la Declaración de Derecho del Niño de Ginebra en 1924 ¹⁵, en donde se plasmó cinco principios fundamentales tales como la educación, formación, desarrollo, ayuda y atención.

Junto con la declaración, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales Culturales, Civiles y Políticos, aprobado en 1966, haciendo énfasis al artículo 10 ¹⁶, determina su protección especial hacia menores de edad respecto a explotación social y económica. En la misma línea, la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada en 1989 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, propone que el niño puede gozar de una infancia adecuada; reconoce la dignidad humana, su protección, derechos y desarrollo,

¹¹ Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*, 408.

¹² Ver Teresa Rodríguez Montañés, “Capítulo Primero: Consideraciones generales acerca de los delitos de peligro. El concepto de peligro”, en *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, (Buenos Aires: Editorial, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004), 34- 35.

¹³ Enrique Bacigalupo, *Derecho Penal, Parte General*, 312.

¹⁴ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia, y Alejandro Slokar, *Manual De Derecho Penal: Parte General*, (Buenos Aires, Editorial, EDIAR, 2ª Edición, 2006), 492.

¹⁵ Convención sobre los Derecho del Niño en Ginebra, 2 de septiembre de 1990.

¹⁶ Pacto de Derecho Económicos, Sociales, Culturales, Civiles y Políticos, R.O 101 24 de enero de 1969, reformado por última vez R.O 10 de octubre de 1968.

así todos los estados deben asegurar y precautelar estos supuestos por medio de medidas legislativas¹⁷.

A esto se unió el Protocolo Facultativo sobre los Derechos del Niño de 1989¹⁸, aprobado en el año 2000, relativo a la venta de niños, prostitución infantil y utilización de niños en pornografía que tiene como punto central la protección de los niños dentro de estas áreas.

Enfocándose en el marco normativo nacional, la Constitución de la República del Ecuador dentro de su artículo 66 numeral 3¹⁹, tiene como objeto el garantismo del Estado y medidas preventivas contra la violencia y explotación sexual hacia menores de edad.

En la misma línea, el artículo 44 de la Constitución advierte que el Estado tiene la obligación de proteger y garantizar “de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes”²⁰, en concordancia con el principio superior del niño, pues busca que los menores de edad no sean víctimas de delitos sexuales.

Conviene con énfasis estudiar el artículo 174 del Código Orgánico Integral Penal²¹, que tipifica la oferta de servicios sexuales que incluye a menores de 18 años por medios electrónicos, en la sección “Delitos contra la integridad sexual y reproductiva”, inclinando su finalidad a la prevención del cometimiento de otros delitos tales como pornografía infantil, prostitución, violación, etc., que afecten al interés superior del niño.

En el artículo 50 del Código de la Niñez y Adolescencia, se estipula el derecho a la integridad personal de los niños, niñas y adolescentes. Así mismo, dentro del artículo 52 numeral 4, se expresan las prohibiciones acerca de publicaciones o exhibiciones de imágenes y grabaciones hacia menores de edad. Finalmente, en el artículo 69 de la misma norma, se incluye un concepto de explotación sexual, mismo que coadyuva a dar a conocer la existencia del delito.

¹⁷ Convención sobre los Derechos del Niño, R.O Suplemento 153 25 de noviembre de 2005 , última vez reformado R.O 400 21 de marzo de 1990.

¹⁸ Protocolo Facultativo sobre los Derechos del Niño, 30 de enero de 2004.

¹⁹ Artículo 66 numeral 6, Constitución de la República del Ecuador, R.O 449, 20 de octubre 2008, reformado por última vez R.O Suplemento 377 de 25 enero de 2021.

²⁰ Artículo 44, Constitución de la República del Ecuador, R.O 449, 20 de octubre 2008, reformado por última vez R.O Suplemento 377 de 25 enero de 2021.

²¹ Artículo 174, COIP.

4. Marco Teórico

4.1. Teoría del Delito

Antes de desarrollar los delitos de peligro y delitos sexuales contra menores de edad, es preciso realizar una breve introducción acerca del delito y sus elementos.

El catedrático Francisco Muñoz Conde, desde una perspectiva jurídica define: “delito es toda conducta que el legislador sanciona con una pena”²². Entre los elementos del delito que constituye la infracción penal tenemos: conducta típica, antijurídica y culpable²³.

La conducta típica, es “la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal”²⁴. La conducta como menciona Oscar Peña “es toda actuación controlada y dirigida por la voluntad del hombre que causa un resultado en el mundo fenomenológico”²⁵, es así, que la conducta humana es un punto de partida para cualquier fenómeno jurídico penal. Se determina una conducta típica porque existe una manifestación de voluntad o resultado lesivo, por eso se dice que es un hecho, positivo, negativo o exterior producido por el hombre²⁶. El acto antijurídico es reconocido como “un acto contrario al orden jurídico, pues lesiona un bien jurídico”²⁷. Y, por último, la culpabilidad como “reproche que se hace a una persona que podía actuar de modo distinto a como lo hizo”²⁸.

A su vez, el elemento de tipicidad se se dividen en: objetivos y subjetivos. Los elementos objetivos están constituidos por: núcleo, sujeto activo, sujeto pasivo, objeto material, tipo ocasional referido al medio, lugar, y elemento normativo. El núcleo es el que determina la conducta u omisión llevada a cabo por una persona. Y al ser una conducta, es fijado por un verbo rector ²⁹. Por otro lado, el sujeto activo, como lo dice su nombre, “es el autor que realiza la acción, ya sea prohibitiva o imperativa indicada en la

²² Francisco Muñoz Conde, *Teoría general del delito*, (Colombia: Editorial, Temis S.A., 2ª Edición, 1999), 1.

²³ Jorge Arellano Cruz y Carmen Virginia Mendivil Cortez, “Teoría del delito y teoría del caso”, *Revista de Investigación Académica sin Frontera*, No.33, (2020), 1- 43, <https://doi.org/10.46589/rdiasf.vi33.308>.

²⁴ Francisco Muñoz Conde, *Teoría general del delito*, 32.

²⁵ Oscar Peña González y Frank Almanza Altamirano, *Teoría del delito*, (Perú: Editorial Nomos & Thesis E.I.R.L., 2010), 123.

²⁶ Glenda Granda Torres y Carmen Herrera Abraham, “Análisis de los tipos penales y su importancia para determinar responsabilidad penal”, *Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas*, No.7,(2019), 220-232, <http://dx.doi.org/10.35381/racji.v4i7.443>.

²⁷ Ernesto Albán Gómez, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Tomo I, Parte General*, (Quito: Ediciones Legales EDLE S.A., 2015), 99.

²⁸ *Ibid*.

²⁹ *Ibid*, 138.

ley penal”³⁰, mientras que el sujeto pasivo, por el contrario, “es el titular del bien jurídico, que ha sido afectado por la acción u omisión”³¹.

Así, el objeto material es considerado como aquel en donde recae físicamente la acción y los tipos ocasionales de lugar tiempo y medio como aquellos complementarios dentro de la tipicidad. Finalmente, existen varios elementos normativos que hacen referencia a disposiciones, limitaciones o presupuestos de carácter jurídico que deben tenerse en cuenta para la configuración de la tipicidad³².

Los normativos se refieren a “disposiciones, limitaciones o presupuestos de carácter jurídico que deben cumplirse, e inclusive normas morales y culturales”³³. Los ocasionales relacionados con los medios, entre ellos, la violencia, la amenaza o el engaño y lugares como el domicilio de un individuo³⁴. Mientras que en los elementos subjetivos se pueden identificar el dolo y la culpa.

Siguiendo la línea anterior, cabe establecer que el dolo es aquel conocimiento que tiene el actor respecto a los elementos del tipo objetivo, en otras palabras, son esos elementos que hacen que la acción sea productora de un peligro que afecta a un bien jurídico protegido³⁵. En este sentido, el actor conoce el peligro concreto, obra con dolo porque sabe lo que está haciendo y aún así lo realiza para que se genere su producción. En todo caso, existen tres tipos de dolo: dolo directo, dolo indirecto y dolo eventual³⁶. En cambio, la culpa se define como “la realización del supuesto de hecho en el que el autor realiza el tipo sin quererlo, como consecuencia de su obrar descuidado”³⁷.

4.2. Delitos de Resultado

Los delitos de resultado, en palabras de Claus Roxin, “son aquellos tipos en los que el resultado consiste en una consecuencia de lesión o de la puesta en peligro separada espacial y temporalmente de la acción del autor”³⁸. La realización de estos, “constituye

³⁰ José Gustavo Girón, *Teoría del Delito*, (Editorial, UNIFOCADEP, 2ª Edición, Guatemala, 2013), 31.

³¹ *Ibid.*

³² Ernesto Albán Gómez, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Tomo I, Parte General*, 140.

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Enrique Bacigalupo, *Derecho Penal, Parte General*, 317.

³⁶ Claus Roxin, “Sección 3 - Tipo”, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*, 415.

³⁷ José Gustavo Girón, *Teoría del Delito*, 41.

³⁸ Claus Roxin, “Sección 3 - Tipo”, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*, 328.

la consumación formal del tipo”³⁹. Por lo mismo, los delitos de resultado necesitan para su configuración una vulneración material al bien jurídico⁴⁰.

En los delitos de resultado se incluye la existencia de un evento material dado por la acción, mismo que podría producirse en distintos tiempos y lugar de la ejecución de la acción⁴¹.

4.2.1. Delitos de mera actividad

En el caso de los delitos de mera actividad, la simple realización de la conducta por parte del autor perfecciona el delito⁴². En esta figura la presencia del delito se demarca con la consumación del mismo, en este sentido, el sujeto activo cumple con toda la imposición de la conducta, pero no alcanza su pleno desarrollo. La mayoría de las posturas se basan en el tipo objetivo. Dentro de este es preciso realizar un análisis valorativo-objetivo para determinar si efectivamente la conducta está prohibida⁴³. Así, desde una perspectiva ex-ante se sitúa la posición del autor y se determina si dicha conducta puede afectar valorativamente al bien jurídico protegido⁴⁴.

4.2.2. Delitos de Peligro

La presencia del delito de peligro es importante dentro del Derecho Penal, pues al convertirse en un elemento fundamental dentro del delito, marca un hito en su desarrollo. Dentro del mismo existe la teoría objetiva y subjetiva. La subjetiva considera solo la existencia de la causalidad y la no causalidad de un resultado, ya que estima que el hombre, por su capacidad limitada, no necesariamente percibe todas las leyes causales y relaciones fácticas que en base a una situación pueden dar paso a un acontecimiento⁴⁵. Esta teoría rechaza la existencia de un daño real y profundiza un juicio constitutivo, basándose prácticamente en un tema conceptual para la explicación del mismo⁴⁶.

³⁹ “El sistema español: Los delitos”, Universidad de Navarra. Disponible en: <http://www.unav.es/penal/crimina/topicos/delitosderesultadoydemeraactividad.html>, último acceso 6 de septiembre 2021.

⁴⁰ Ricardo Antonio Cita, *Delitos de peligro abstracto en el derecho penal colombiano*, (Bogotá D.C: Editorial Universidad Católica de Colombia, 2013), 13.

⁴¹ Alejandra Olave Albertini, “El delito de hurto como tipo de delito de resultado”, *Revista Política Criminal*, vol.13 No.25, (2018),175-207, formato pdf.

⁴² Rodrigo Yáñez, “Una revisión crítica de los habituales conceptos sobre el iter criminis en los delitos de robo y hurto”, *Revista política criminal*, Volumen 4, No 7, (2005),87-124, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992009000100003>.

⁴³ Juan Luis Modolell, “El tipo objetivo en los delitos de mera actividad”, 368-390.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Teresa Rodríguez Montañés, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, 39.

⁴⁶ *Ibid.*, 41.

Mientras que la objetiva, como bien alega V. Rohland, está compuesta por dos elementos fundamentales: “la probabilidad de un suceso y el carácter lesivo del mismo”⁴⁷, por lo que se considera como aquella probabilidad de un resultado lesivo. Quiere decir, que resultado lesivo debe generar una lesión y la existencia de una relación entre la acción y resultado⁴⁸.

Como se había mencionado anteriormente, dentro de los delitos de peligro existen dos clasificaciones: el peligro abstracto y el peligro concreto, mismos que han sido analizados desde un enfoque de tipo subjetivo y objetivo. Desde la visión de tipo objetivo, la concepción del peligro concreto adoptada por la mayoría de los doctrinarios es el enfoque que se desarrollará en el presente análisis, pues “el peligro concreto exige ya, desde el propio tipo penal, la creación de una situación de peligro concreto y real hacia un bien jurídico”⁴⁹, es decir, es necesario un juzgamiento ex post analizando todas las circunstancias relacionadas al caso.

Por su parte, al igual que en el peligro concreto, el peligro abstracto se inclinará por las posturas mayoritarias conocidas como una acción peligrosa en abstracto, sin la necesidad de que efectivamente exista un peligro hacia el bien jurídico, por lo que se sanciona una conducta típicamente peligrosa, siendo necesario un juzgamiento ex ante⁵⁰.

5. Delitos Sexuales contra menores de edad

Dentro de la doctrina no existe un concepto unívoco para definir los delitos sexuales contra menores de edad. Sin embargo, los doctrinarios Andrés Díaz Gómez y María José Pardo, han señalado: “Los delitos sexuales sobre menores de edad serán, naturalmente, aquellas conductas sexuales que recaen sobre personas menores de edad y que por imperativo legal se encuentran tipificadas en la norma”⁵¹.

Un elemento esencial dentro de estos tipos de delitos es el bien jurídico protegido que se intenta salvaguardar. En este sentido, hablamos directamente de la libertad e indemnidad sexual, que actúan frente a aquellos individuos carentes de capacidad de

⁴⁷ Teresa Rodríguez Montañés, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, 43- 44.

⁴⁸ Enrique Bacigalupo, *Derecho Penal, Parte General*, 250.

⁴⁹ Miguel Bustos Rubio, “Delitos acumulativos y delitos de peligro abstracto”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 70, (2017), 297, formato pdf.

⁵⁰ Claus Roxin, “Sección 3 - Tipo”, en *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*, 407.

⁵¹ Andrés Díaz y María José Pardo, “Delitos sexuales y menores de edad: Una aproximación basada en las personas privadas de libertad en la isla de Gran Canaria”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, No.19, (2017), 6. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/19/recpc19-11.pdf>.

autodeterminación sexual⁵², es decir, los impúberes que son los menores de catorce años en varones y menores de doce en mujeres, según el artículo 1463 del Código Civil⁵³. Así pues, la tutela de este bien jurídico se asienta en asegurar que el menor no sufra de ninguna interferencia dentro su formación y desarrollo personal.

En relación con los delitos sexuales contra menores, atañe el estudio del artículo 174 del Código Orgánico Integral Penal, que tipifica la oferta de servicios sexuales que incluye a menores de 18 años por medios electrónicos, teniendo como finalidad la protección a la indemnidad sexual y bien jurídico. Incorporando al sujeto activo como cualquier persona, y al sujeto pasivo como los menores de edad, e imponiendo una pena privativa de libertad de 7 a 10 años. Es preciso señalar que, respecto de los verbos rectores “utilizar o facilitar”⁵⁴, se ha generado una disputa en base a la forma en que fue cometida la infracción, misma que será desarrollada pertinentemente.

Hoy en día, los delitos sexuales, sobre todo los delitos hacia menores de edad, tienen una vinculación estrecha con los avances tecnológicos. El internet en los últimos años ha representado un punto central dentro de estos delitos, porque a través de los diferentes tipos de medios electrónicos, cada vez más pedófilos pueden involucrarse con menores de edad a través de distintas redes sociales⁵⁵, por ejemplo pornografía infantil, que en cuestión de minutos se dispersen a nivel mundial, ocasionando más exposición de los niños a los nuevos tipos delincuenciales⁵⁶.

En Ecuador, dentro del año 2017 a 2018, las provincias con mayor número de denuncias relacionadas a delitos sexuales contra menores por medios electrónicos fueron en Pichincha, Guayas, Manabí y Loja. En este aspecto la Fiscalía General del Estado pudo constatar al menos 13 mil casos de víctimas, 4 mil denuncias acerca de abuso sexual, 3.600 de violación y 500 casos de acosos sexual⁵⁷.

⁵² Lara Vargas Peñarubia, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual individual. Consideraciones doctrinales y jurisprudenciales*, (España: Editorial, Universidad de Alcalá, 2019), 15.

⁵³ Artículo 1463, Código Civil, R.O Suplemento 46, 24 de junio de 2005, última vez reformado 14 de marzo de 2022.

⁵⁴ Artículo 174, COIP.

⁵⁵ Ana Victoria Parra, “Pornografía Infantil. Contexto Socio/Criminológico y Jurídico”, Volumen 6, No.1, Interacción y perspectiva: Revista de Trabajo Social, (2016), 23-4. Disponible en: <https://produccioncientificaluz.org/index.php/interaccion/article/view/21043>.

⁵⁶ Norma Bouyssou, “Los delitos de corrupción de menores y pornografía infantil”, (Tesis Doctoral, Universidad de Sevilla, 2015), 14-16, <http://hdl.handle.net/11441/32955>.

⁵⁷ Fiscalía General del Estado, “Child Grooming”, Revista Perfil Criminológico, (2020). Disponible en: <https://www.fiscalia.gob.ec/pdf/politica-criminal/revista-Perfil-Criminologico-julio-2020.pdf>, último acceso 8 de septiembre de 2021.

Gráfico No. 1. Delitos sexuales contra menores de edad en Ecuador



Fuente: Elaboración propia basada en los datos arrojados por La Fiscalía General del Estado Revista Perfil Criminológico en mayo 2020⁵⁸.

5.1. Menores de edad

Con el propósito de dar mejor perspectiva al análisis, es necesario identificar qué se entiende por menores de edad, dando un concepto del mismo. De acuerdo a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, misma que ha sido ratificada por Ecuador, determina que “se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad”⁵⁹. Sin embargo, se puede determinar que la Convención no realiza una distinción respecto de niños y adolescentes, simplemente alega que son niños aquellos individuos que aún no han cumplido la mayoría de edad.

Desde un panorama legislativo, en el Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador, en su artículo 4 da una definición de menores de edad, en donde se menciona “niño o niña es la persona que no ha cumplido doce años de edad. Adolescente es la persona de ambos sexos entre doce y dieciocho años de edad”⁶⁰. Frente a este artículo se puede observar que el presente Código sí realiza una distinción entre los niños y adolescentes, respecto de sus edades.

⁵⁸ Fiscalía General del Estado, “Child Grooming”, Revista Perfil Criminológico, (2020). Disponible en: <https://www.fiscalia.gob.ec/pdf/politica-criminal/revista-Perfil-Criminologico-julio-2020.pdf>, último acceso 8 de septiembre de 2021.

⁵⁹ Convención sobre los Derechos del Niño, R.O Suplemento 153 25 de noviembre de 2005 , última vez reformado R.O 400 21 de marzo de 1990.

⁶⁰ Artículo 4 del Código de la Niñez y Adolescencia, R.O 737 3 de enero de 2003, última vez reformado R.O 14 de mayo de 2021.

En este caso, se sostiene que los adolescentes son los que poseen la capacidad y madurez en cuanto a la comprensión y aptitud para tomar decisiones, mientras que frente a los menores de doce años y catorce años existe una presunción de incapacidad por no tener un desarrollo completo de su psiquis⁶¹.

5.1.2. Verbos rectores del artículo 174 del Código Orgánico Integral Penal

Por un lado, la Real Academia Española de la Lengua define a la oferta como la “actividad de promoción de la venta de un producto o servicio mediante su ofrecimiento en condiciones ventajosas”⁶². Por otro lado, facilitar se define como “hacer fácil o posible la ejecución de algo o la consecuencia de un fin”⁶³. Por lo que por facilitador se entiende como aquel que proporciona o entrega medios para suministrar la conducta⁶⁴.

De manera análoga, es preciso concentrarse en la vinculación que existe entre los verbos rectores y medios para que se lleve a cabo la conducta. En este sentido, los verbos “facilitar” y “ofertar” están relacionados con los medios electrónicos de cualquier tipo, como se establece dentro del artículo 174 del Código Orgánico Integral Penal: “La persona, que utilice o facilite el correo electrónico, chat, mensajería instantánea, redes sociales, [...] cualquier otro medio electrónico”⁶⁵.

Respecto a las redes sociales o los medios electrónicos, es preciso mencionar que un elemento fundamental dentro del artículo en análisis son las redes sociales. Las redes sociales constituyen una representación de las relaciones entre personas u organizaciones, mismas que pueden generar vínculos fuertes como la intimidad, el contacto y provisión de servicios⁶⁶. De esta manera, se puede constatar la existencia de varios tipos de redes sociales como: profesionales, generalistas, verticales y especialistas.

Para efectos del presente trabajo, es necesario hacer alusión a dos tipos de redes sociales: generalistas y verticales. Las redes sociales generalistas u horizontales son aquellas que están marcadas por una amplitud de contactos, los mismos que ingresan con el fin de ponerse en contacto con personas cercanas o desconocidas, objeto de adquirir una comunicación o compartir distintos tipos de información como: música, videos,

⁶¹ Pablo Casanova Torrado, “El consentimiento informado en los menores de edad”, *Revista de derecho*, No.26, (2014), 239-247, formato pdf.

⁶² RAE, Diccionario de la lengua española, Oferta, (2021). Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/oferta>, último acceso 8 de septiembre de 2021.

⁶³ RAE, Diccionario de la lengua española, Facilitar, (2021). Disponible en: <https://dle.rae.es/facilitar>, último acceso 8 de septiembre de 2021.

⁶⁴ Adrián Marcelo Tenca, *Delitos Sexuales*, (Buenos Aires: Editorial Astrea, 2ª Edición, 2013), 238.

⁶⁵ Artículo 174, COIP.

⁶⁶ Iliá López Jiménez, “Enredando y conectando: Comunicación y redes sociales”, *Anagramas - Universidad de Medellín*, Vol.8, No.15, (2009), 117- 125, <https://doi.org/10.22395/angr.v8n15a8>.

fotografías etc.⁶⁷ Así, se consideran redes sociales horizontales porque engloban una generalidad sin un fin determinado como son Facebook, Twitter, Instagram etc.

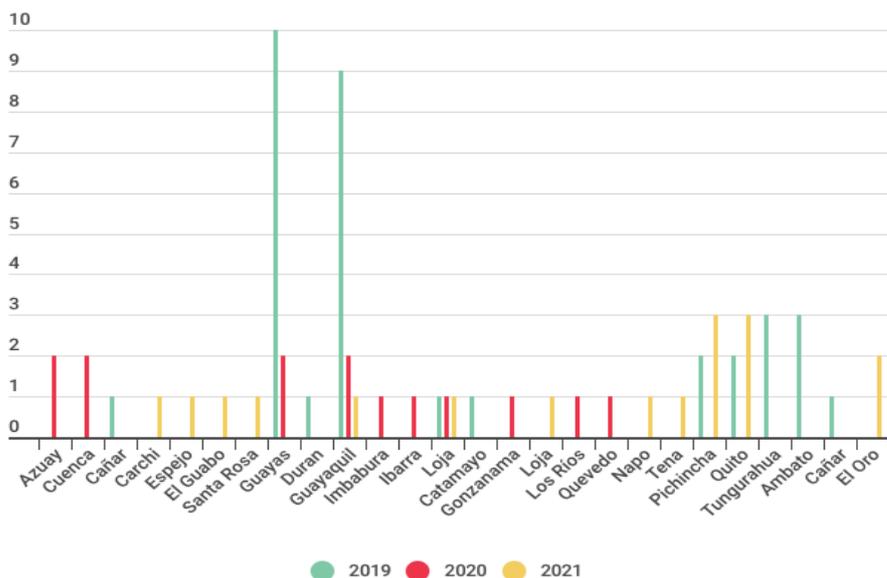
Mientras que las redes sociales verticales son conocidas como redes privadas, mismas que no adquieren la misma función de comunicación que en las redes horizontales⁶⁸, pues tienen un fin determinado en donde ingresan individuos bajo intereses similares como en grupos personales privados de Whatsapp. Bajo estos parámetros, ofertar servicios sexuales con menores por medios electrónicos se podría dar en ambos tipos de redes tanto en la privada como horizontal, a pesar de ello, la mayor parte de casos de ofensa se presenta en el ámbito horizontal, específicamente en espacio público.

Desde enero del año 2019 hasta octubre del año 2021, la Fiscalía General del Estado junto con el Sistema Integrado de Actuaciones Fiscales llevó a cabo un análisis de estadísticas sobre el tipo penal de oferta de servicios sexuales que incluye a menores edad por medios electrónicos respecto a denuncias presentadas a nivel nacional y provincial. En este sentido, las provincias con más denuncias son: el Guayas, Pichincha y Tungurahua.

⁶⁷ Harold Hütt Herrera, “Las redes sociales: una nueva herramienta de difusión”, Revista Reflexiones, No.2, (2012), 121-128. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/729/72923962008.pdf> .

⁶⁸ Melchor Gómez García, Julio Ruiz Palmero y José Sánchez Rodríguez, “Aprendizaje social en red. Las redes digitales en la formación universitaria”, Revista de Educación Mediática y TIC, Vol.4, No.2, (2015), 71-87, <https://doi.org/10.21071/edmetic.v4i2.3963>.

Gráfico No. 2. Denuncias a nivel provincial del delito tipificado en el artículo 174 de COIP

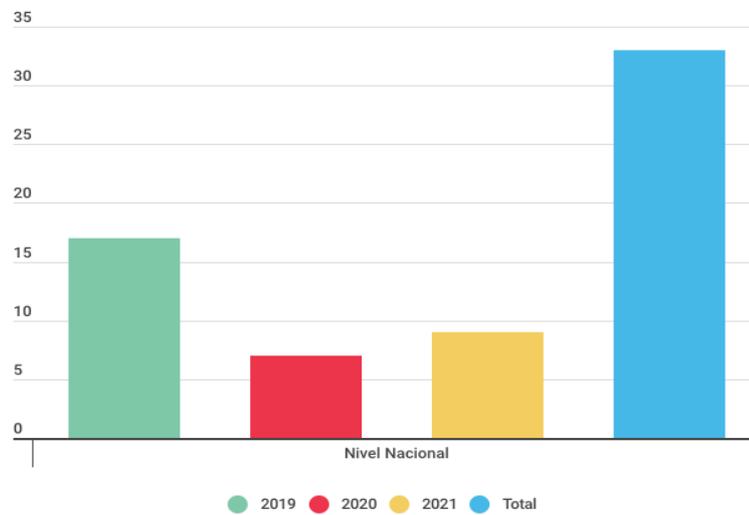


Fuente: Elaboración propia a partir de datos arrojados por parte de la Fiscalía General del Estado⁶⁹.

Por su parte, la Fiscalía General del Estado junto con el Sistema Integrado de Actuaciones Fiscales realizó un análisis estadístico entre enero del 2019 a octubre del 2021 acerca de denuncias presentadas por parte del tipo penal prescrito en el artículo 174 del COIP, evidenciando un total de 17 denuncias en 2019, 7 en 2020 y 9 en 2021. Así, los datos arrojados demuestran un mayor activismo de denuncias en el año 2019.

⁶⁹ Fiscalía General del Estado, Sistema Integrado de Actuaciones Fiscales (SIAF), por medio de correo electrónico de datos arrojados en el año 2019-2021, (2021).

Gráfico No. 3. Denuncias presentadas del tipo penal prescrito en el artículo 174 del COIP entre el año 2019-2021



Fuente: Elaboración propia de datos arrojados por la Fiscalía General del Estado⁷⁰.

Finalmente, haciendo alusión a los verbos rectores, como se mencionó previamente, se genera una discusión en base a si ofertar o facilitar deberían ser sancionados o no, en este sentido se hace mención a si ¿basta con la simple consumación de los verbos rectores? o ¿es necesario algo más? La primera teoría relacionada al delito de resultado donde existe una lesión separada en cuanto a tiempo-espacio⁷¹ y la segunda teoría sobre el delito de peligro, mismo que pone en peligro al bien jurídico protegido.

5.1.3. Delitos ordinarios a través del uso de redes sociales y delitos informáticos

Los delitos ordinarios o tradicionales son los que se realizan de manera física, por lo que la relación entre los sujetos y delito está dada por su naturaleza, al igual que la forma en la que se ejecuta la acción u omisión⁷².

En este sentido, los delitos ordinarios a través de redes sociales, presentan una particularidad ya que pueden efectuarse por medio de un contacto físico, en el sentido en que se pueden ofertar verbalmente o al contrario no requieren de una relación física directa porque su realización se la puede llevar a cabo por medio del ciberespacio, pues

⁷⁰ Fiscalía General del Estado, Sistema Integrado de Actuaciones Fiscales (SIAF), por medio de correo electrónico de datos arrojados del año 2019- 2021, (2021).

⁷¹ Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*, 328.

⁷² Álvaro E. Márquez Cárdenas y Orlando González Payares, “La coautoría: delitos comunes y especiales”, *Revista Diálogos de Saberes*, No.28, (2008), 29-50. Disponible en: <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/dialogos/article/view/1954/1468>.

se trata de una difusión de contenidos y su viralización se produce en el momento en que estos llegan a internet para después de forma masiva pasar a varios dispositivos o redes⁷³.

Esto, por el uso de medios tecnológicos o redes sociales sin la necesidad de transgredir los sistemas informáticos, incluso pueden desembocar en otros delitos como extorsión u hostigamiento sexual, ya que no solamente se centra en ofertar por medios electrónicos, sino mediante estos se daña el honor e imagen personal. De esta manera, al estar vinculados al internet, protegen bienes jurídicos como la intimidad, honor o datos personales⁷⁴.

Así, el hecho u acción realizada son las conductas deslocalizadas o desubicadas físicamente ya que no se encuentra precisamente en un lugar determinado, supone que el origen del delito es imputable por la actuación de un sujeto físico que maneja una actividad de inteligencia artificial o redes sociales⁷⁵, similar a lo que sucede en delitos informáticos.

Referente a los delitos ordinarios con el uso de redes sociales, en agosto del 2021 se emitió una reforma del Código Orgánico Integral Penal para prevenir y combatir la violencia sexual digital y fortalecer la lucha contra delitos informáticos⁷⁶. Entre los artículos reformados y vinculados con los delitos mencionados está el artículo 154.2 referente a hostigamiento, y el artículo 172.1 acerca de extorsión sexual.

Dichos delitos tienen una estrecha viculación con la oferta de servicios sexuales que incluye a menores de edad por medios electrónicos, ya que al igual que este, existe el uso de plataformas digitales y violencia sexual. En este sentido, se asocian a un delito ordinario a través del uso de redes sociales porque constituye una violencia sexual digital, pues se divulgan u ofertan datos personales, fotografías o videos por medios electrónicos y redes, no se altera un sistema informático solo basta con la realización de la acción.

Los delitos informáticos son aquellos que se caracterizan por ser automáticos, masivos y técnicos, pues vulneran la seguridad de la información informatizada y los sistemas informáticos patrimoniales, específicamente atentan contra las funciones

⁷³ Luis Jara, Enrique Ferruzola y Guillermo Rodríguez, “Delitos a través redes sociales en el Ecuador: una aproximación a su estudio”, RIDTEC, Vol.13, No.2, (2017), 112-123, formato pdf.

⁷⁴ Ricardo Posada Maya, “El ciberdelito y sus efectos en la teoría de la tipicidad: de una realidad física a una realidad virtual”, Nuevo Foro Penal, No.88, (2017), 72-112, <https://doi.org/10.17230/nfp.13.88.3>.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal para prevenir y combatir la violencia sexual digital y fortalecer la lucha contra los delitos informáticos, R.O. Cuarto Suplemento No.526 30 de agosto de 2021.

informáticas⁷⁷. Es decir, dentro de los delitos informáticos se vulnera o alteran los sistemas informáticos con el fin de cometer el delito, por ejemplo, en el caso de un delito de transferencia electrónica de patrimonio, se puede hacer uso de un sistema informático alterándolo con la intención de recibir ilegítimamente patrimonio.

Como contrapartida, ofertar o facilitar integran un delito ordinario a través del uso de redes sociales, una computadora o cualquier medio electrónico, distinto al delito informático. El desvalor de la conducta es ofertar a través de medios electrónicos sin la necesidad de hackear un sistema informático, solo se hace uso de la red social como medio para efectuar el delito. La oferta constituye una vulneración a la imagen personal o intimidad de las víctimas, mas no una vulneración del sistema informático; incluso la acción puede ser realizada verbalmente, pues basta que se haya ofertado no es necesario que la persona a la que se ofertó acepte o contacte.

5.1. Derecho Comparado de Tipo Penal

No se puede adquirir una visión respecto de la problemática sin antes tener presente los delitos contra la libertad sexual e indemnidad sexual, específicamente aquellos que van en contra de menores de edad por medios electrónicos. La finalidad de este apartado es la realización de criterios de derecho comparado acerca de los delitos ya mencionados, tipificados en distintos países.

5.2.1. España: Delitos contra la libertad e indemnidad sexual

En el Código Penal Español, específicamente en el Libro II: Delitos y sus penas, Título VIII, están tipificadas todas las conductas relacionadas con delitos contra la libertad e indemnidad sexual, que tienen como fin proteger el bien jurídico de libertad de autodeterminación sexual, incluso la dignidad humana tanto de personas adultas como menores de edad. Algunos de los delitos que incluyen son: abusos sexuales, agresiones sexuales, abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años, exhibicionismos y provocación sexual, prostitución, grooming etc. Cabe destacar que algunos de ellos son delitos donde existe la utilización de medios electrónicos, entre los mencionados el artículo 186, 189 y 189 bis.

El artículo 186 aduce los delitos de exhibicionismo y provocación sexual, donde se sanciona a cualquier persona que venda o difunda material pornográfico, con pena de seis

⁷⁷ Ricardo Posada Maya, "El crimen y sus efectos en la teoría de la tipicidad: de una realidad física a una realidad virtual", 72-112.

meses a un año⁷⁸. Mientras que el artículo 189 tipifica e impone una pena de uno a cinco años a aquellos que utilicen a menores de edad o personas discapacitadas para pornografía o elaboración de la misma, con los que puedan obtener lucro⁷⁹. Dentro de este artículo se evidencia que el sujeto pasivo es el menor de edad o persona con discapacidad, sujeto activo cualquier persona y bien jurídico protegido la indemnidad sexual.

En su artículo 189 bis tipifica y sanciona “La distribución o difusión pública a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología [...] destinados a promover, fomentar o incitar a la comisión de los delitos previstos en este capítulo”⁸⁰, mismo que tendrá una pena de seis meses o pena de uno a tres años. Este artículo es uno de los que más se asemeja al artículo tipificado dentro de la legislación ecuatoriana acerca de la oferta de servicios sexuales que incluye a menores de edad por medios electrónicos.

5.2.2. México: Delitos contra el libre desarrollo de la personalidad

Dentro del Código Penal Federal de México, en el Título Octavo que incluye el Capítulo I al Capítulo VIII, se encuentran los delitos contra el libre desarrollo de la personalidad. Delitos como: la corrupción de menores o personas que no tengan capacidad para comprender el significado del hecho o capacidad de resistir, pornografía, trata de personas, explotación laboral de menores o personas con discapacidad física o mental, etc.

Entre los delitos mencionados, cabe destacar varias complejidades, respecto a la congruencia normativa, tipos penales asimilables y vaguedad⁸¹. Ahora bien, en la legislación mexicana no existe un tipo penal similar al artículo analizado, sin embargo, existen otros tipos penales que se relacionan ya que el tipo penal de oferta de servicios sexuales con a menores de dieciocho años por medios electrónicos da paso a estos, como ejemplo pornografía infantil o corrupción de menores.

En el artículo 200 que se encuentra dentro del Capítulo I se sanciona “al que comercie, distribuya, exponga, haga circular u oferte, a menores de dieciocho años de edad [...] a través de cualquier medio”⁸², que tiene por sujeto activo cualquier persona y

⁷⁸ Artículo 186, Código Penal España, Ley Orgánica 10/1995 de 23 de Nov, BOE 281, 24 de mayo de 1996, Reformado por última vez R.O. (N/D) 3 de septiembre del 2021.

⁷⁹ Artículo 189, Código Penal España, Ley Orgánica 10/1995 de 23 de Nov, BOE 281, 24 de mayo de 1996, Reformado por última vez R.O. (N/D) 3 de septiembre del 2021.

⁸⁰ Artículo 189 bis, Código Penal España, Ley Orgánica 10/1995 de 23 de Nov, BOE 281, 24 de mayo de 1996, Reformado por última vez R.O. (N/D) 3 de septiembre del 2021.

⁸¹ Julieta Morales, *Delitos contra el libre desarrollo de la personalidad y privación de la libertad: Análisis desde la perspectiva de género*, (México: Editorial, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2013),169.

⁸² Artículo 200, Código Penal de México, Gaceta Oficial, 16 de julio de 2002, última vez reformado por la Gaceta Oficial 1 de junio de 2021.

sujeto pasivo menores de edad, mismo que tendrá una pena de seis meses a cinco años de prisión. En cuanto a pornografía infantil, se encuentra tipificada la conducta en el artículo 202 y 202 bis del Capítulo II, misma que tiene una pena mucho más alta por el grado de afectación que va de siete a doce años de prisión.

5.2.3. Colombia: Delitos contra la libertad, integridad y formación sexual

Colombia, en su Código Penal, dentro del Libro II, Título IV, Capítulo I, II, III y IV, tipifica los tipos penales referentes a los delitos contra la libertad, integridad y desarrollo sexuales, como violación, acoso sexual, actos sexuales y, específicamente en el Capítulo IV referente a explotación sexual, se encuentran tipos penales tales como la prostitución, la pornografía infantil y la utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con menores de edad, concernientes al presente análisis.

En la legislación colombiana se puede evidenciar que existe un tipo penal muy similar al de la legislación ecuatoriana respecto de la oferta de servicios sexuales que incluye a menores de edad. Este tipo penal se encuentra tipificado en el artículo 219-A, que sanciona con pena privativa de libertad de diez a catorce años y respectivamente se aumentará la hasta la mitad de la pena cuando las conductas se realicen a menores de catorce años, “El que utilice o facilite el correo tradicional, las redes globales de información, telefonía [...] ofrecer o facilitar contacto o actividad con fines sexuales con personas menores de 18 años de edad”⁸³. Respecto al artículo, existe una vinculación con el uso de medios tecnológicos al igual que otros delitos como pornografía infantil y prostitución, que tanto la legislación colombiana y ecuatoriana hacen referencia.

El análisis anterior permite evidenciar los diferentes tipos penales que existen dentro de las distintas legislaciones en cuanto a los delitos en contra de la libertad e indemnidad sexual. Respecto de las legislaciones se puede determinar que existen tipos penales contra la indemnidad sexual similares a los que abarca Ecuador. Sin embargo, con respecto al artículo que es objeto de análisis, se pudo demostrar que no existe en México un tipo penal similar, mientras que en la legislación española el artículo 189 no hace alusión a un tipo penal en específico, sino que se remite y relaciona a los delitos de abusos, agresiones sexuales a menores, exhibicionismo y provocación sexual.

⁸³ Artículo 219-A, Código Penal Colombiano, Ley 599 de 2000, R.O. (N/D) 24 de julio de 2000, Reformado por última vez R.O. (N/D) 12 de octubre de 2021.

6. Delitos de Resultado y otros

El delito de resultado es aquel que genera una lesión hacia un objeto⁸⁴ pues esta separada de la acción, por ejemplo un homicidio. En todo caso, se define el resultado como toda conducta voluntaria (consiste en hacer o no hacer algo) que puede ser prohibida por el supuesto de hecho típico, produciendo una modificación del mundo exterior⁸⁵. En estos delitos es necesario que dentro de la acción exista una voluntad por parte del sujeto activo, pues la realización de la acción generaría el resultado.

Se alega así que la sola exteriorización de la voluntad implica una modificación en el mundo exterior, acudiendo a una confusión entre la acción y el resultado, pues básicamente el efecto del resultado no es una acción realizada por el ser humano, sino que el resultado es consecuencia de esta⁸⁶.

El resultado como afectación hacia un bien jurídico protegido, que se relaciona con la causalidad y afectación al bien jurídico, se lo reconce como resultado separado a la acción. En este sentido, existen contraposiciones ya que al tratarse de un resultado como algo común para todos los tipos, esto borraría la distinción de acción-causalidad, imponiendo una importancia adicional entre los delitos de resultado y de mera actividad⁸⁷. Es así que, el resultado como efecto separado de la acción es la más acogida a nivel doctrinal, pues el resultado no es tomado como cualquier modificación del mundo exterior, sino como aquella modificación exigida por el tipo penal, de ahí el nombre como resultado típico⁸⁸.

6.1. Peligro concreto y Peligro abstracto

Ante la presente disyuntiva, dentro del delito de peligro surgen dos situaciones relevantes, la primera sobre peligro concreto y la segunda relacionada con el peligro abstracto, cada una con un enfoque distinto a la problemática, en base al tipo objetivo y subjetivo. Sin embargo, para conocer el trasfondo del delito de peligro, es necesario hacer alusión al tipo subjetivo y sus teorías tanto de peligro concreto y abstracto que ampararán la posición del trabajo.

6.1.2. Tipo objetivo

⁸⁴ Enrique Bacigalupo, *Derecho Penal, Parte General*, 231.

⁸⁵ Alberto Alpízar, “Concepto de resultado”, *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*, No.9, (2017),1-21. Disponible en: <https://www.revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/29694/29717>.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ Alberto Alpízar, “Concepto de resultado”,1-21.

⁸⁸ *Ibid.*

En el tipo objetivo de los delitos concretos, la mayoría de posturas doctrinarias concuerdan en que es necesario que exista una perturbación hacia el bien jurídico protegido, por haber tenido una relación de espacio-tiempo entre la fuente de peligro, es decir, necesita de un riesgo real hacia el bien jurídico⁸⁹. Este peligro debe comprobarse mediante un conocimiento anticipado de objeto-posterior. Por lo tanto, si falta un peligro de resultado no se genera una imputación al hecho, aunque se produzca una real puesta en peligro⁹⁰.

Cómo está configurado y cómo debe comprobarse el resultado, hasta el día de hoy no ha sido claro. En cambio, se pueden evidenciar dos supuestos reconocidos acerca del peligro concreto. El primero consiste en la existencia de un objeto de la acción, el cual a su vez debe estar dentro del acto de quien lo pone en peligro, y el segundo hace referencia a que el acto de imputación debe causar un peligro próximo de lesión respecto al objeto de acción⁹¹. Empero, existen ciertos autores que afirman la existencia de un peligro como resultado que será respectivamente analizado dentro del tipo subjetivo.

En el tipo objetivo de los delitos abstractos, las posturas doctrinarias se inclinan por determinar que el delito en sí será el peligro abstracto. Esto no implica que adolezca de lesividad, en pocas palabras hace referencia a que el peligro eventualmente sea real y tenga una conducta peligrosa, aunque no se necesite de la corroboración de un objeto individualizado⁹². Solo se genera una conducta peligrosa ante el bien jurídico protegido, y por la misma razón, no se exige una real puesta en peligro, ante dicha afirmación el legislador aplica una presunción de peligrosidad conocida como *iuris et de iure*⁹³. Por lo mismo, se realiza una conducta “ex ante para lesionar un bien jurídico”⁹⁴.

Cabe destacar que dentro del tipo objetivo tanto de delito de peligro concreto como del delito de peligro abstracto, existe la contraposición de la doctrina que respalda la teoría de peligro abstracto-concreto, la cual no exige la puesta en peligro de un bien

⁸⁹ Juan Terradillos Basoco, “Peligro abstracto y garantías penales”, Nuevo Foro Penal, No.62,(1999), 66-95. Disponible en: <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/3933>.

⁹⁰ Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*, 404.

⁹¹ Ver Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*, 404.

⁹² Juan Terradillos Basoco, “Peligro abstracto y garantías penales”, 66-95.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ Joaquim Bages Santacana, “La tentativa en los delitos de peligro abstracto”, (Tesis doctoral, Universitat de Barcelona, 2017), 220, https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/663023/JBS_TESIS.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

jurídico sino más bien por la implicación, en este sentido se requiere la verificación de la peligrosidad dentro de la acción⁹⁵.

6.1.3. Tipo subjetivo

En términos simples, el tipo subjetivo en el peligro concreto tiene relación con el dolo de peligro, dolo eventual e imprudencia. El dolo de peligro se refiere a una clase de peligro en base al conocimiento y voluntad de llevar a cabo los elementos del tipo objetivo, que en este caso sería la acción típica con aspecto peligroso y el resultado⁹⁶. El señalamiento hacia el resultado supone en ambos casos un trato diferenciado, ya que en el delito concreto la producción del peligro es un elemento del tipo, abarcando ya el dolo y por su parte en el delito abstracto el peligro no se refiere a la puesta en peligro⁹⁷.

El tipo subjetivo en los delitos de peligro abstracto ha sido un tema inconcluso frente al peligro concreto, ya que la mayoría de la doctrina tradicional los caracteriza como aquellos que no prohíben la lesión y puesta en peligro al bien jurídico, porque el peligro no es un elemento típico como lo que sucede frente al peligro concreto⁹⁸. Es decir, solo es un motivo para que el legislador pueda tipificar la acción en base a una peligrosidad general, y consecuentemente omitiendo la existencia de peligro, imprudencia y dolo. Pero ante la exclusión de peligro se crean problemas de legitimación, causando que este tipo de delitos atenten contra el principio de culpabilidad, provocando un rechazo doctrinal⁹⁹.

7. Teorías

7.1. Peligro como resultado típico

La doctrina considera el peligro como un resultado típico equiparándolo al resultado lesivo, es decir, junto con el dolo. Por lo tanto, el peligro concreto es el resultado de este delito y por la misma razón, se debe hacer alusión al dolo dentro de la peligrosidad¹⁰⁰. Varios autores no se refieren al dolo respecto del peligro concreto, pues se limita solamente a confirmar que la conducta del autor fue realizada por su propia voluntad y siendo propia del tipo. De ahí que su sanción se la constituye como un

⁹⁵ Mata y Martín, Ricardo M, “ Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro”, Revista de ciencias penales: Revista de la Asociación Española de Ciencias Penales, Vol.1, No.2, 2do semestre, (1998), 565-568, formato pdf.

⁹⁶ Teresa Rodríguez Montañés, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, 173-174.

⁹⁷ *Ibid*, 174.

⁹⁸ *Ibid*, 281.

⁹⁹ Teresa Rodríguez Montañés, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, 281.

¹⁰⁰ *Ibid*, 175- 178.

incumplimiento del deber del cuidado en relación del peligro, por tal motivo, se transforma el delito de peligro concreto en una combinación entre el dolo e imprudencia, dando paso al peligro concreto como delitos cualificados por el resultado¹⁰¹.

Los defensores de la teoría de delitos cualificados por el resultado aducen que son delitos de peligro concreto, ya que para su consumación, es necesario que el autor conociera y quisiera que la acción típica peligrosa se realice, es decir, que son delitos cualificados por el resultado en donde la perpetración dolosa requiere de un dolo frente a la acción típica¹⁰². Con todo, se exige que haya un doble dolo; el primero sobre dolo de lesión refiriéndose al primer resultado y dolo de peligro en base al segundo, que básicamente se refiere a un dolo para el delito base y respectivamente una culpa consciente hacia el resultado grave¹⁰³.

Así, el dolo de peligro y dolo de lesión son momentos subjetivos que caracterizan a los delitos cualificados por el resultado¹⁰⁴. En este ámbito, los delitos de peligro concreto cobran sentido desde lo político-criminal al igual que dogmático, al expresarlos como delitos en combinación con el dolo e imprudencia respecto a la vida o salud, haciendo alusión tácitamente a delitos cualificados por el resultado¹⁰⁵.

Según la doctrina y jurisprudencia europea, el peligro no puede entenderse específicamente como una modificación del mundo exterior comprendido por los sentidos, descartando la idea de ser una particular consecuencia de un acto, por tal razón, resultaría un concepto equivocado¹⁰⁶. En este punto, los delitos cualificados por el resultado tienden a que la pena constituya una depreciación del valor de la acción y resultado.

7.2. Peligro y Peligrosidad

Dentro del delito de peligro abstracto, el objetivo del legislador es prohibir conductas típicamente peligrosas, en este sentido, la conducta típica se prohíbe porque es parte de varias acciones, las cuales producen lesiones a bienes jurídicos. Así pues, la peligrosidad no es un atributo de la acción individual, sino una razón que tiene el

¹⁰¹ *Ibid*, 180-181.

¹⁰² *Ibid*, 183.

¹⁰³ José Luis Díez, “Los delitos calificados por un resultado más grave culposo y el principio de culpabilidad”, *Nuevo Foro Penal*, No.29, (1985), 324-348. Disponible en: <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/4326>.

¹⁰⁴ María Luisa Maqueda, “La relación «Dolo de peligro» - «Dolo (eventual) de lesión»”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 48, Fasc/Mes 2, (1995), 419-440, formato pdf.

¹⁰⁵ Teresa Rodríguez Montañés, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, 184.

¹⁰⁶ Teresa Rodríguez Montañés, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, 185.

legislador para tipificarlo¹⁰⁷; teoría que siguen autores como Stratenwerth, Welzel, Otto etc. Existe una relación con la teoría de peligrosidad abstracta, donde el legislador es el que define dentro del tipo ciertas conductas que se pueden considerar como peligrosas, estableciendo así una presunción de que todo comportamiento típico tiene una relevancia lesiva típica aunque no exista una peligrosidad en concreto, refiriéndose a una presunción de peligro-peligrosidad¹⁰⁸.

Como contrapartida se alega que la peligrosidad dentro del delito de peligro abstracto no es un elemento del tipo, por lo que la peligrosidad de acción solo es un mero motivo para la amenaza penal, que básicamente atiende a esa razón del legislador como es el de la *iuris et de iure*¹⁰⁹.

Mientras que Finger, en su tesis, alega que es necesario que el autor sepa de la acción antijurídica pero además que con ella provoque una acción peligrosa o peligro¹¹⁰, es decir, el autor debe realizar la acción con conocimiento de las situaciones estipuladas en la ley, y en base a la apreciación legislativa se establece el peligro. Estas situaciones o circunstancias pueden ser de tal tipo que en la mayoría de los casos cualquier realización de la acción se tomaría como peligrosa, cuando no sucede esto se estará ante un caso donde haya falta de conciencia de la antijuridicidad, generando la impunidad e inculpabilidad del individuo¹¹¹.

Los delitos de peligro abstracto se los considera próximos a las prohibiciones de mera actividad, teniendo por diferencia que en la mayor parte de casos se da por sentado el conocimiento del efecto prohibido¹¹². Porque el dolo sólo exige el conocimiento de la acción estipulada en la ley, y puesto que la producción del peligro no es un elemento del tipo, ni del dolo o imprudencia es necesaria su referencia¹¹³.

Sin embargo, existe la contraposición de la doctrina mayoritariamente italiana, por la falta de referencia al peligro en base al principio de culpabilidad, ya que se sanciona una conducta abstracta de la ley penal incluso así no haya sido peligrosa en concreto, generando una incompatibilidad y vulnerando en este sentido la actividad lesiva¹¹⁴. Que

¹⁰⁷Teresa Rodríguez Montañés, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, 283.

¹⁰⁸ *Ibid*, 286.

¹⁰⁹ *Ibid*, 289.

¹¹⁰ *Ibid*, 290.

¹¹¹ *Ibid*, 290.

¹¹² *Ibid*.

¹¹³ *Ibid*, 292.

¹¹⁴ Enrique Bacigalupo, *Derecho Penal, Parte General*, 234.

no sea cubierta la peligrosidad por el dolo e imprudencia genera una irrelevancia frente al error del autor que supone una violación al principio de responsabilidad subjetiva¹¹⁵.

7.3. Tesis de lesión de la seguridad o peligro con lesión *sui generis*

Dentro de esta teoría, Binding realiza una crítica a las teorías de peligro general y abstracto por la falta de peligro concreto, alegando que en los delitos de peligro la producción es un elemento del tipo, distinguiendo dos clases de delitos abstractos; los primeros como los que conducen nuevamente al peligro concreto y los segundos, al contrario, estos últimos son conocidos como delitos de mera desobediencia o injustos formales por infringir mandatos legales¹¹⁶.

Conforman un daño *sui generis* distinto de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico y no una condición previa a la lesión, por tal razón se puede disponer de forma segura. En pocas palabras, el peligro es una perturbación de la existencia segura, que se da desde el mismo momento en el que se aplica un medio para poner en peligro al bien jurídico¹¹⁷. Frente a esto los delitos de peligro abstracto crearían un desvalor de resultado fuerte en la lesión, siendo no adecuado para el injusto del peligro abstracto¹¹⁸.

Así, el nivel de seguridad que puede ser lesionado por una conducta impide ser analizado objetivamente, por lo que su juzgamiento será *ex post* en base a la comprobación del efecto que ha tenido la víctima¹¹⁹. A la luz de lo anterior, se puede constatar que los delitos de peligro abstracto menoscaban la seguridad del bien jurídico, especialmente afectan al estado jurídicamente garantizado sobre los bienes jurídicos.

La contraposición por parte del autor Joaquim Bages alega que la disertación acerca de la posibilidad de tentativa en los delitos de peligro abstracto, desde el ámbito de la seguridad de bienes es distinta a la peligrosidad o lesividad misma que es acogida por Teresa Montañés. El objetivo de los delitos de peligro abstracto no es la lesividad de la conducta, sino que el autor realice esa conducta en donde los efectos lesivos no controlen a la víctima ni a él, no basta con imponer una seguridad a la integridad por parte del peligro abstracto, es necesario justificar y establecer normativamente¹²⁰.

¹¹⁵ Teresa Rodríguez Montañés, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, 294.

¹¹⁶ *Ibid*, 297-298 .

¹¹⁷ *Ibid*, 298.

¹¹⁸ Joaquim Bages Santacana, “La tentativa en los delitos de peligro abstracto”, 353.

¹¹⁹ *Ibid*, 353.

¹²⁰ *Ibid*, 355.

7.4. Teoría de la presunción refutable

Rabl considera dentro de esta teoría que en todos los delitos de peligro debe verificarse la peligrosidad de la acción realizada por el autor para establecer una pena, de ahí que en el peligro abstracto se presume que el delito se ha realizado, pero no significa que lo haya sido, por lo tanto, es necesaria su constatación en el proceso porque el peligro concreto dentro del delito de peligro abstracto es un elemento del tipo que no está escrito, y es presumible por el legislador¹²¹. Dentro de esta, basta que el autor conozca que actúa de forma peligrosa ante bienes jurídicos ajenos.

Mediante una presunción general impuesta por el legislador, se puede afirmar que un comportamiento típico implica ya un peligro, dentro de esta teoría no se acepta que un caso pueda no tener un peligro o peligrosidad ante el bien jurídico, pues la ley parte de que siempre se produce un peligro, sin siquiera tomar en cuenta el caso individual¹²².

Por el contrario, la contraposición por parte de varios doctrinarios como Roxin y Teresa Montañés establece que, al imponerse la carga de la prueba de la no peligrosidad al reo, se estaría eventualmente ante una presunción *contra reo* que básicamente contravendría el principio de *indubio pro reo*.

7.4.1. Bienes jurídicos en el peligro abstracto

Dentro de los delitos de peligro abstracto se encuentra una variedad de clasificaciones, y dentro de estos es preciso tomar en cuenta los bienes jurídicos que protege. Los primeros son aquellos que imputan conductas potencialmente lesivas de la vida o la salud de las personas, conocidos como bienes jurídicos individuales, generando una estructura paralela en cuanto a los delitos de peligro concreto, porque crean un adelantamiento a la barrera de protección¹²³.

Los bienes jurídicos individuales se los conoce como propios del peligro abstracto, siendo necesaria la comprobación de peligrosidad de la acción. Sin embargo, existen dos grupos adicionales dentro de estos: el primero son supuestos de menoscabos *sui generis*, en relación a la tutela de bienes individuales y el segundo son varios tipos de peligro común o generales que se caracterizan por generar un riesgo *ex ante*¹²⁴.

¹²¹ Teresa Rodríguez Montañés, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, 316.

¹²² Miguel Bustos Rubio, "Delitos acumulativos y delitos de peligro abstracto", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 70, (2017), 294- 327, formato pdf.

¹²³ Ver Teresa Rodríguez Montañés, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, 353-354.

¹²⁴ Gonzalo Bascur Retamal, "Consideraciones conceptuales para el tratamiento del peligro abstracto en supuestos de concurso de delitos", *Revista Política criminal*, Vol.14, No.28, (2019), 562-594, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992019000200562>.

Los segundos correspondientes a bienes jurídicos supraindividuales, colectivos o también bienes intermedios, que no desembocan en bienes individuales, más bien hacen referencia a aquellas estructuras e instituciones básicas para el funcionamiento del Estado o sistema¹²⁵. En este sentido, se dice que los bienes jurídicos supraindividuales solo pueden ser tutelados por los delitos de peligro abstracto ya que por su carácter extenso sería imposible la puesta concreta de peligro y lesión¹²⁶. Aquí basta con la lesión del objeto y que tanto el dolo e imprudencia se refieran a la misma, por lo que es legítima la punición de cualquier conducta típica sin que se compruebe su peligrosidad del bien que se trata de proteger¹²⁷.

En contraposición, Corcoy Bidasolo establece que es útil realizar una distinción entre delitos de lesión y delitos de peligro en relación al bien jurídico, ya que la única clasificación de protección es de bienes jurídicos individuales y supraindividuales¹²⁸. Así, los delitos de lesión se entiende que van relacionados con la lesión de un bien jurídico individual, en cuanto a delitos de peligro habría una lesión hacia un bien jurídico supraindividual¹²⁹.

7.5. Delitos de peligro en delitos sexuales contra menores

La doctrina junto con la jurisprudencia española han analizado los delitos de peligro en relación a los delitos sexuales contra menores, específicamente los tipos penales de corrupción de menores, pornografía infantil y prostitución, mismos que tienen relación con la oferta de servicios sexuales que incluye a menores de edad por medios electrónicos. Así, gran parte de la doctrina alega que la acción de corromper constituye un peligro abstracto y no de resultado, en el sentido el que corromper ya constituye una conducta peligrosa para el bien jurídico protegido, pues no exige la realización del resultado para la tipicidad¹³⁰.

Como bien menciona Adrián Tenca, el delito de corrupción “es un delito formal de peligro abstracto, porque no es necesario que las acciones del delincuente que obran

¹²⁵ Teresa Rodríguez Montañés, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, 354.

¹²⁶ Carmen Pérez-Sauquillo, “Delitos de peligro abstracto y bienes jurídicos colectivos”, *Revista Foro FICP*, No.3, (2015), 115-14. Disponible en: <https://www.ficp.es/wp-content/uploads/2015/11/Pérez-Sauquillo-Muñoz.-Ponencia.pdf>.

¹²⁷ Teresa Rodríguez Montañés, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, 398.

¹²⁸ Mirentxu Corcoy Bidasolo, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, (España, Editores, Tirant lo Blanch: Universidad Pública de Navarra, 1999), 143-144.

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ Mary Beloff, Santiago Bertinot Gonnet y Diego Freedman, “Corrupción de Menores”, *Asociación pensamiento penal*, (2013), 1- 41. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpcomentado/cpc37679.pdf>.

exitosamente en el ámbito de la víctima hayan puesto a ésta en efectivo peligro”¹³¹. De igual manera, constituye un delito formal de peligro concreto la corrupción de menores, ya que el hecho ilícito se consume con la sola realización de los actos para poder depravar, es decir, no se necesita comprobar una efectiva corrupción de la víctima, sino que la conducta del autor sea peligrosa¹³².

En la misma línea, el delito de pornografía infantil, esta compuesto por verbos rectores como facilitar u ofertar, mismos que son análogos dentro del delito de corrupción a menores y oferta de servicios sexuales que incluye a menores de edad.

En este sentido, la doctrina hace un análisis, donde se determina que el verbo rector ofertar, es una conducta previa ex ante utilizada para llegar a los fines pertinentes, constituyendo así un peligro abstracto¹³³, llevándose a cabo una acción peligrosa sin la necesidad de producir un peligro.

8. Conclusiones

En conclusión, se ha comprobado que los verbos rectores del artículo 174 del Código Orgánico Integral Penal que tipifica la oferta o facilitación de servicios sexuales que incluye a menores de dieciocho años por medios electrónicos constituyen un delito de peligro, particularmente peligro abstracto. Esto, en base a que ofertar o facilitar efectivamente ponen en peligro al bien jurídico de los menores de edad. Por ejemplo, si se oferta fotoblogs de menores por redes sociales, hay un peligro abstracto porque la acción ya constituye peligrosidad hacia el bien jurídico y menores de edad.

Existe peligro abstracto porque se genera una acción peligrosa donde el individuo actúa con conocimiento, esto en base de un análisis ex ante, sin que se llegue a producir un peligro concreto de vida. Es decir, cualquier individuo podría ofertar, y la simple acción genera directamente la vulneración al bien jurídico, sin la necesidad de un contacto hacia la persona que ofertó.

A la vez, se comprobó la teoría, ya que los delitos de peligro indican que hay una lesión hacia el bien jurídico, es decir, una acción típicamente peligrosa o conductas peligrosas sin la necesidad de que se llegue a realizar un peligro concreto o resultado típico. Sin embargo, dentro de los delitos de peligro abstracto se pudo encontrar que existe un vacío en relación con el castigo, ya que no queda claro si se castiga una acción

¹³¹ Ver Adrián Marcelo Tenca, *Delitos sexuales*, 249.

¹³² Adrián Marcelo Tenca, *Delitos sexuales*, 249.

¹³³ Norma Bouyssou, “Los delitos de corrupción de menores y pornografía infantil”, 1 - 557.

peligrosa o se castiga la probabilidad de que alguien pueda causar un daño real hacia un bien jurídico.

Es así que su comprobación se la realiza en un ámbito ex ante, mediante un análisis anterior dentro de una situación de posible probabilidad de un peligro, antes de que realmente se pueda concretar o llegar a producir un daño. Esto ha generado muchas controversias e inseguridad ya que al igual que en la teoría de presunción refutable el legislador puede considerar una conducta peligrosa a pesar de que no la sea, misma que influye dentro del tipo penal estudiado.

Respecto a los delitos sexuales contra menores, que incluyen tipos penales como corrupción de menores o pornografía infantil, relacionados con el artículo analizado en este trabajo, se concluyó que a nivel doctrinal y jurisprudencial son considerados como delitos de peligro abstracto, aduciendo que la acción confiere una probabilidad de peligro hacia el bien jurídico. En este sentido, el bien jurídico protegido de delitos sexuales contra menores de edad, constituye bienes jurídicos individuales porque se esta protegiendo un bien individual que atenta contra la integridad o vida como es la indemnidad sexual de menores.

De igual forma, se pudo constatar que los medios electrónicos o redes sociales que son un elemento básico dentro del artículo estudiado, específicamente se inclinan a una red social generalista, ya que el ofertar o facilitar lo puede realizar cualquier persona de manera general, mediante redes como Facebook o Instagram. Es decir, se podría facilitar servicios sexuales con menores de edad por cualquiera de estos medios a todo el mundo, siendo así parte de la esfera pública, y pudiendo ofertar sin la necesidad de obtener un fin lucrativo. Por lo tanto, ofertar o facilitar es un delito ordinario mediante el uso de medios electrónicos.

Del análisis de legislación comparada, como la Mexicana y la Española, se puedo evidenciar que existen tipos penales contra la indemnidad sexual similares a los que abarca Ecuador. Sin embargo, en Colombia se constató una cuestión relevante, ya que existe un tipo penal similar al artículo 174 sobre oferta de servicios sexuales que incluye a menores de edad por medio electrónicos prescrito en Ecuador, inclusive la redacción del tipo es análogo salvo ciertas palabras y pena.

La situación de los delitos sexuales específicamente la oferta de servicios sexuales que incluye a menores de edad por medios electrónicos han sido objeto de varias limitaciones para llegar a la respuesta del problema planteado; primeramente, por la escasa información doctrinal que ha tenido el tema de los delitos de peligro en relación a

delitos sexuales contra menores, dentro de la legislación ecuatoriana no se ha generado un análisis específico del tema, siendo así la información doctrinal mayor discutida en países de Europa.

Como sugerencias, es necesario que la doctrina se ajuste y debata respecto de los nuevos tipos penales sobre delitos sexuales contra menores por medios electrónicos. También se sugiere que el legislador prescriba de manera aclaratoria el artículo 174 del COIP, con el fin de evitar cuestionamientos de desproporción frente a la sanción; junto con lo expuesto dentro de la jurisprudencia ecuatoriana donde se discuten delitos de peligro, se realice un análisis en conjunto desde la perspectiva de delitos que atenten contra la libertad e indemnidad sexual, como lo realizan otros países.