

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO:

Pese a que comparto el proveído proferido en sede de 2ª instancia, mediante el cual se decidió revocar la sentencia absolutoria de 1ª instancia expedida por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Dosquebradas, para en su lugar declarar la responsabilidad criminal de los procesados HERIBERTO DE JESÚS GRAJALES OYUELA; HERNANDO DE JESÚS RUEDA ARTEAGA y MIRIAM CORTÉS DE LÓPEZ, por incurrir, los dos primeros, como coautores del delito de actos sexuales con menor de 14 años en concurso con el reato de demanda de explotación sexual comercial con menor de 18 años; y la última, como autora del punible de proxenetismo con menor de edad agravado. De igual manera discrepo en todo aquello que tiene que ver con la declaratoria del compromiso penal de los procesados HERIBERTO DE JESÚS GRAJALES OYUELA y HERNANDO DE JESÚS RUEDA ARTEAGA en lo que atañe con el concurso de delitos de actos sexuales con menor de 14 años en concurso con el reato de demanda de explotación sexual comercial con menor de 18 años agravado, porque en mi humilde opinión entre esos delitos se presenta un concurso aparente de tipos, lo que implicó que al declarar la responsabilidad penal de los procesados por esos dos reatos, se incurrió en una vulneración del principio del *nom bis ibidem*.

Para demostrar la anterior hipótesis, es menester que se tenga en cuenta que uno de los delitos por los cuales fueron declarados penalmente responsables los procesados HERIBERTO DE JESÚS GRAJALES OYUELA y HERNANDO DE JESÚS RUEDA ARTEAGA, fue el reato de demanda de explotación sexual agravado, acorde con la circunstancia específica de agravación punitiva consagrada en el # 4º del inciso 1º del art. 217A C.P. la cual es del siguiente tenor:

“La pena se agravará de una tercera parte a la mitad:

4. Si la conducta se comete sobre persona menor de catorce (14) años de edad..”.

Como se podrá observar, vemos que el delito de marras en su descripción típica consagra una circunstancia específica de agravación punitiva, en virtud de la cual, será mucho mayor el juicio de reproche pregonado en contra del sujeto agente cuando el delito se comete en una persona menor de 14 años.

Si a lo anterior le aunamos que los procesados también fueron declarados penalmente responsables por incurrir en la comisión del delito de actos sexuales con menor de 14 años, tipificado en el artículo 209 C.P., vemos que al cotejar ambas normas, de bulto se puede observar que las circunstancias específicas de agravación punitiva del delito de demanda de explotación sexual se encuentran inmersas entre los elementos descriptivos del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, por cuanto ambos tienen como común denominador un sujeto pasivo calificado, que vendría siendo una persona menor de 14 años sobre la cual ha de recaer la concupiscencia del sujeto agente.

Tal situación nos indicaría que nos encontramos en presencia de un concurso aparente de tipos, el cual, como bien se sabe se presenta cuando *«una misma conducta parece simultáneamente encuadrarse en dos tipos penales diversos y excluyentes, de tal manera que el juez, no pudiendo coetáneamente aplicarlos sin violar el principio non bis in ídem, debe resolver concretamente a cuál de ellos se adecua exclusivamente el caso en estudio...»*¹.

Para resolver el anterior concurso aparente de tipos, consideramos como pertinente acudir al principio de la consunción, *«según el cual, cuando la realización de un*

¹ REYES ECHANDÍA, ALFONSO: La Tipicidad, pagina # 253, 5ª edición. Editorial Temis. 1.989.

supuesto de hecho más grave incluye la de otro de menos entidad, se aplica el primero y no el último, pues se parte del presupuesto de que el legislador considera esos casos al redactar la descripción típica más severa; por ello el tipo consumiente prefiere al consumido...»².

Por lo tanto, acorde con lo anterior, si el delito de demanda de explotación sexual agravada es de mayor entidad punitiva que la del reato de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, sumado a que los elementos descriptivos de la tipicidad de este último se encuentran inmersos en la modalidad agravada consagrada # 4º del inciso 1º del art. 217A C.P. del delito de demanda de explotación sexual agravada, es factible concluir que el reato de actos sexuales abusivos con menor de 14 años debe ser subsumido por el injusto de demanda de explotación sexual agravada.

Por otra parte, es necesario anotar que el suscrito no desconoce que el delito tipificado en el art. 217A C.P. es un reato de mera conducta, pero hay algo que llama poderosamente la atención y es que como consecuencia de la forma como se redactó la circunstancia específica de agravación punitiva consagrada en su # 4º del inciso 1º ibidem, extrañamente se desprende como el tipo básico que es de mera conducta, por obra y gracia de la aludida circunstancia específica de agravación punitiva, se torna en un delito de resultado; lo cual haría viable la tesis propuesta en el presente salvamento parcial de voto de la existencia del concurso aparente de tipos.

Siendo así las cosas, ante la existencia de un concurso aparente de tipos habido entre los delitos por los cuales se declaró la responsabilidad penal de los procesados HERIBERTO DE JESÚS GRAJALES OYUELA y HERNANDO DE JESÚS RUEDA ARTEAGA, y como consecuencia de la

² VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO: Manual de Derecho Penal, Parte General, pagina, pagina # 646. 5ª Edición. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. 2.013.

Procesados: HERIBERTO DE JESÚS GRAJALES y otros
Delitos: Demanda de explotación sexual comercial y otros
Radicación # 660016000036-2012-03399-03
Procede: Juzgado 2º Penal del Circuito de Dosquebradas
Asunto: Salvamento parcial de voto

aplicación del principio de la consunción se tiene que solamente debe primar el reato de demanda de explotación sexual agravado, acorde con la circunstancia específica de agravación punitiva consagrada en el # 4º del inciso 1º del art. 217A C.P. es diamantamente claro que los procesados solamente debieron haber sido declarados penalmente responsables por este último delito, y no por el concurso de reatos.

En suma, todo lo dicho en los párrafos precedentes es suficiente para explicar las razones y motivos por las cuales decidí salvar de manera parcial mi voto frente a la posición asumida por parte de la Sala mayoritaria.

MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Magistrado

Fecha *Et Supra*

Firmado Por:

**MANUEL ANTONIO YARZAGARAY BANDERA
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 1 SALA PENAL TRIBUNAL SUPERIOR PEREIRA**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Procesados: HERIBERTO DE JESÚS GRAJALES y otros
Delitos: Demanda de explotación sexual comercial y otros
Radicación # 660016000036-2012-03399-03
Procede: Juzgado 2º Penal del Circuito de Dosquebradas
Asunto: Salvamento parcial de voto

Código de verificación:

**d8dbcb50b63fde2035b20fc6dc57c94a8108d83c96eef2232d5aa50c7
36cd1fb**

Documento generado en 13/05/2021 03:36:50 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**