



Rama Judicial  
Consejo Superior de la Judicatura  
República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE NEIVA  
SECRETARIA SALA PENAL

Neiva, 13 de mayo de 2022  
Oficio N° 2047

**NOTIFICACIÓN**  
**PROVIDENCIA 2ª INSTANCIA**

Señora  
**EUGENIA MENDOZA MARTÍNEZ – VÍCTIMA**  
Calle 81 No. 1 C – 39 Villa Marcela  
Cel. 314 422 7066 – 320 726 6434  
Neiva, Huila

Proceso: **41001 60 01 279 2017 00102 01**  
Delito: actos sexuales con menor de catorce  
años agravado

Procesado: **Samuel Ospina**

**Oso**

Comendidamente me permito notificarle que mediante audiencia virtual de fecha 13 de mayo de 2022, mediante la cual se dio lectura a la decisión proferida por la Sala Tercera de Decisión Penal de esta Corporación, dispuso:

**“PRIMERO. - CONFIRMAR** el auto proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Neiva, Huila, adiado el 1º de marzo del 2022, en lo que fue materia de alzada.

**SEGUNDO. - Esta providencia se notifica en estrados y en forma virtual, sin perjuicio de acudir a la previsión del inciso 3º del artículo 169 del Código de Procedimiento Penal, y contra la misma no procede ningún recurso.**

**TERCERO. - Devolver inmediatamente la actuación al Juzgado de origen para lo de su cargo.”**

“Notifíquese y Cúmplase.

“(fdo) **INGRID KAROLA PALACIOS ORTEGA.**

Magistrada

“(fdo) **HERNANDO QUINTERO DELGADO**

Carrera 4 No. 6 - 99 Oficina 1013

Palacio de Justicia “RODRIGO LARA BONILLA”

Tel - Fax: 098 - 8713536 - 098 - 8711932

Email: [secspnei@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:secspnei@cendoj.ramajudicial.gov.co)



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE NEIVA  
SECRETARIA SALA PENAL

*Magistrado*

*(fdo)* **GERMÁN LEONARDO RUÍZ SÁNCHEZ**

*Magistrado*

*(fdo)* **LUISA FERNANDA TOVAR HERNÁNDEZ**

*Secretaria”*

Lo anterior, para su conocimiento y fines pertinentes.

Atentamente,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Christian Andrés Machado Cabrera'.

**CHRISTIAM ANDRÉS MACHADO CABRERA**  
**Escribiente Secretaria Sala Penal**  
**Tribunal Superior de Neiva**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE NEIVA  
SALA TERCERA DE DECISIÓN PENAL**

**Neiva, seis (6) de mayo de dos mil veintidós (2022)**

Magistrada Ponente

**INGRID KAROLA PALACIOS ORTEGA**

**Radicación: 41001 60 01 279 2017 00102 01**

**Aprobado Acta No. 503**

**OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO.**

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía, contra la decisión adoptada por el Juzgado Primero Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Neiva, Huila, en audiencia de juicio oral celebrada el 1º de marzo de 2022<sup>1</sup>, dentro del proceso adelantado contra **SAMUEL OSPINA OSSO** por el delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado.

**ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES.**

El 26 de marzo de 2019, ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Neiva, fue legalizada la captura (por orden judicial) de **OSPINA OSSO**, se le formuló imputación e impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en centro de reclusión.

---

<sup>1</sup> El asunto fue repartido a esta Sala de Decisión el 8 de abril de 2022.

La actuación correspondió por reparto al Juzgado Quinto Penal del Circuito con Función de Conocimiento de esta ciudad y el 9 de septiembre de 2019, La Fiscalía formuló acusación contra **SAMUEL OSPINA OSSO**, como autor del punible de actos sexuales con menor de catorce años agravado, previsto en los artículos 209 y 211 numeral 5 del Código Penal - C.P. -, en concurso homogéneo sucesivo, por hechos perpetrados contra su hijastra, la menor Y.M.M.

Surtida la formulación de acusación, se dio curso a la audiencia preparatoria el 29 de noviembre de 2019. Como pruebas de la Fiscalía, fueron decretadas, entre otras, los testimonios de Eugenia Mendoza Martínez y Daniela Martínez Mendoza, madre y hermana de la víctima.

Iniciado el juicio oral el 16 de julio de 2020, en sesión del 8 de septiembre de 2021, la señora Eugenia Mendoza Martínez indicó que estaba legalmente casada con el procesado, pero que hacía 3 años se habían separado de hecho; además, refirió que estaba siendo procesada por el mismo suceso en otra causa – situación ratificada por la Fiscalía - por lo que, haciendo uso del derecho previsto en el artículo 33 de la Constitución Nacional - C.N. -, expresó que no era su deseo declarar.

En igual sentido se pronunció Daniela Martínez Mendoza, en su calidad de hijastra del enjuiciado, en diligencia del 29 de enero de 2021.

Continuando con el juicio, en audiencia del 1 de marzo hogaño, el Fiscal solicitó incorporar, por intermedio del patrullero Fabio Alexander Torres Cruz, las entrevistas de las citadas testigos, petición despachada desfavorablemente por el Juzgado, decisión contra la cual el ente persecutor interpuso el recurso de reposición y en subsidio el

de apelación, último que ocupa la atención de la Sala, tras no haber repuesto su decisión la primera instancia.

### **PROVIDENCIA OBJETO DEL RECURSO.**

Inició por recordar el contenido del artículo 33 de la Carta Política y jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia relacionada con la garantía allí prevista.

Acotó que Eugenia Mendoza Martínez y Daniela Martínez Mendoza señalaron que no deseaban hacer su declaración en este proceso porque como esposa e hijastra del procesado, se ampararon en la previsión del referido canon y por tanto, esa circunstancia no puede tenerse como una extensión del literal b) del artículo 438 del Código de Procedimiento Penal; por ello, dijo, mal podría el Estado, a través de otras figuras, pretender incorporar sus manifestaciones, lo cual violaría su derecho a la no autoincriminación.

En consecuencia, negó la petición de incorporar las entrevistas por medio del testigo de referencia Fabio Alexander Torres Cruz, advirtiendo que su decreto permanece incólume para los demás fines que fue admitido en la audiencia preparatoria.

### **TRÁMITE DEL RECURSO DE APELACIÓN.**

#### **a. La Fiscalía.**

Pidió revocar la decisión adoptada atendiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema Justicia.

Argumentó que en este caso, las testigos no están disponibles, por lo que puede darse aplicación al contenido del literal b) del artículo 438 del C.P.P., encuadrándose lo ocurrido en el "evento similar" de que trata la aludida norma, dado que se cumplen los requisitos previstos para el efecto, ya que las testigos no podrán ser interrogadas en juicio, existe una declaración anterior que quedará sometida a las reglas de la prueba de referencia, misma que se incorporará mediante su lectura y con ocasión a su solicitud de parte.

Alegó que la indisponibilidad del testigo no puede asociarse únicamente a su presencia física en el juicio oral, "*como por ejemplo, no puede hablarse de un testigo disponible para el conainterrogatorio cuando a pesar de estar presente en el juicio oral se niega a contestar las preguntas, incluso frente a las amonestaciones que pues haga el juez en su momento; por ello su Señoría y así lo advirtió desde la audiencia preparatoria, pues que era importante además como prueba de corroboración y periférica su Señoría pues el investigador precisamente dentro de sus labores investigativas recaudó unas entrevistas, las cuales precisamente, fueron publicitadas*"<sup>2</sup>, de allí que, impetró como prueba de referencia el testimonio del señor Torres Cruz para que se pudieran incorporar esas declaraciones rendidas antes del juicio oral, ya que es usual que en esta clase de delitos los testigos tiendan "*a retratarse o bien a no colaborar con la administración de Justicia, no obstante pues estar precisamente amparadas por la ley en este caso para no declarar, por ello es importante para la Fiscalía delegada su Señoría y fundamentar la teoría del caso en este caso como prueba de referencia*"<sup>3</sup>.

#### **b. No recurrentes.**

---

<sup>2</sup> Récord 16:56...

<sup>3</sup> Récord 18:28...

El apoderado de la víctima replicó que acceder a lo pedido por la Fiscalía es violatorio de la Constitución Nacional y, por ende, sería un acto totalmente ilegal, por lo que debe respetarse el derecho a guardar silencio de Eugenia Mendoza Martínez y de Daniela Martínez Mendoza, deprecando mantener lo resuelto por el *A Quo*.

El Ministerio público aseveró que son dos situaciones diferentes las que plantea la Fiscalía, *"hay una confusión entre el testigo de referencia para introducir un testimonio de aquella persona que no se presenta o una persona que ha muerto o se ha ausentado y es imposible traerlo a declarar al juicio y otra muy diferente... la persona que haciendo uso del derecho constitucional que le permite no declarar en contra de sus parientes, en este caso de su compañero, no lo hace"*<sup>4</sup>; por tanto, lo que debe analizarse es si la entrevista tiene algún valor probatorio frente a los derechos constitucionales que amparan a esa persona a no declarar, lo cual, de admitirse, supondría que a través de otra persona se incorpore el testimonio de quien ha decidido no declarar en uso de su derecho, lo que es inadmisibles, motivo por el que demandó se confirme lo resuelto.

El Defensor finalmente, formuló idéntica pretensión al deducir que los argumentos del recurrente en torno a la prueba de referencia no corresponden a la situación fáctica aquí acontecida, en la medida que en este asunto no ha existido retractación, ni el testigo ha dejado de comparecer, ni ha cambiado su versión y no puede aducirse que no está disponible; todo lo contrario, refutó, las dos testigos hicieron manifestación expresa de hacer uso de su derecho constitucional que les otorga el artículo 33 de la Carta Magna.

---

<sup>4</sup> Récord 21:47...

## **CONSIDERACIONES.**

La Sala es competente para conocer de la apelación conforme lo dispone el ordinal 1º del artículo 34 del C.P.P., habida cuenta que la primera instancia fue agotada por el Juzgado Primero Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Neiva. Competencia que, de acuerdo con el principio de limitación, se encuentra restringida al escrutinio de las inconformidades del recurrente y a aquellos aspectos que le estén vinculados inescindiblemente.

Bajo tal restricción, encuentra la Colegiatura que el debate se centra en establecer si es viable incorporar como prueba de referencia y sobreviniente las entrevistas rendidas por Eugenia Mendoza Martínez y Daniela Martínez Mendoza, cónyuge e hijastra del procesado, quienes amparadas en el artículo 33 de la Carta Política, decidieron no rendir su testimonio en juicio.

Conforme lo anotado, sea lo primero señalar que ninguna observación ni reparo, durante el trámite o en el recurso, expresaron las partes e intervinientes frente al citado privilegio que les reconoció la Juez a las mentadas testigos, por manera que entrará este Cuerpo Colegiado a dilucidar a partir de allí, el problema jurídico propuesto en la alzada.

Destáquese que la prerrogativa de la "*inmunidad penal*" desarrollada en el artículo 33 de nuestra Constitución Política, implica que quien se encuentre en las situaciones enlistadas en esa norma, no pueda ser obligado a declarar. Ello significa que lo pretendido por la Constitución con tal derecho fundamental, es que se garantice que las manifestaciones de dichos ciudadanos no sean incorporadas forzosamente – en este caso – al juicio.

Siendo que en el proceso penal acusatorio solo es prueba la que se introduce en el juicio, acceder a que las entrevistas de Eugenia

Mendoza Martínez y Daniela Martínez Mendoza ingresen como prueba de referencia, equivale - simple y llanamente - a permitir que sus afirmaciones arriben al debate probatorio en contra de su voluntad y del derecho que les asiste a no ser forzadas a declarar, del que, por demás, han hecho uso de forma explícita.

Ahora, no niega la Judicatura que la negativa de Eugenia Mendoza Martínez y de Daniela Martínez Mendoza lleva implícita la imposibilidad de que la fiscalía las interrogue y que, siendo sus entrevistas declaraciones vertidas por fuera del juicio oral, de permitirse su entrada por la configuración de alguna de las causales del artículo 438 del estatuto adjetivo penal, serían valoradas como pruebas de referencia; sin embargo, aún ante la hipotética presencia de esas circunstancias no es en lo absoluto procedente su decreto, por la potísima razón que sus derechos fundamentales a no autoincriminarse, para el caso de la señora Eugenia Mendoza Martínez, y a no declarar contra el enjuiciado, deben permanecer incólumes y ello no ocurriría si paradójicamente, sus declaraciones a través de un tercero - el patrullero Fabio Alexander Torres cruz - fueran adosadas al juicio.

Si lo que pretende el artículo 33 Constitucional es en últimas, una salvaguardia especial, no puede forzarse, de ninguna manera y bajo ninguna figura jurídica, la revelación de sus versiones con las consecuencias probatorias pretendidas por el apelante, tal como lo acotara la *A Quo*.

En los siguientes términos se pronunció sobre el tópico la honorable Corte Constitucional en la Sentencia C-848 de 2014:

*“...En segundo lugar, como el efecto jurídico específico de la garantía constitucional de no incriminación de los parientes próximos es la de impedir que las personas sean obligadas a declarar en contra de ellos por las autoridades, pero no liberar a*

*los individuos de la obligación de declarar, las excepciones al deber de denuncia no podrían ampararse en una garantía que propiamente hablando, no contempla una salvedad o una excepción al deber de declarar, sino una protección de naturaleza, contenido y efectos distintos.*

*En efecto, en virtud de la referida garantía, las personas tienen el derecho a no ser forzadas a dar declaraciones inculpativas, ni por medios coercitivos directos, ni por medios indirectos que formalmente confieran la posibilidad de abstención, pero atribuyan consecuencias adversas para quien no lo hace. Es decir, la consecuencia jurídica de la garantía no consiste en liberar a las personas de la obligación de declarar contra sus familiares, sino en otorgarles una salvaguardia especial, para que no puedan ser forzadas, ni por vías directas ni por vías indirectas, a dar estas manifestaciones.*

*(...)*

*Así, el Artículo 33 del texto superior establece que "nadie podrá ser obligado a declarar (...) contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil" (subrayado por fuera de texto). Tal entendimiento de la garantía coincide con el alcance que se la ha dado en los instrumentos internacionales de derechos humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece como componente fundamental del derecho al debido proceso el derecho de la persona "a no ser obligada a declarar". En el marco del sistema interamericano, la CADH establece en el Artículo 8.2.g. que los individuos tienen el "derecho a no ser obligado a declarar".*

*Los intérpretes autorizados de estos instrumentos han coincidido en que la consecuencia jurídica de la garantía es que las personas no pueden ser compelidas de ningún modo a declarar, ni siquiera bajo la modalidad indirecta, en la que formalmente se admite la no inculpativa, pero se atribuyen consecuencias adversas a quien se abstiene de ejecutar tales declaraciones inculpativas".*

Resta precisar que las entrevistas en cuestión no fueron decretadas en la audiencia preparatoria como pruebas de referencia del modo que ahora impetra la Fiscalía, pese a ello, tampoco existió sustentación formal en torno a su carácter sobreviniente (artículo 344 del C.P.P.); con todo, lo cierto es que esa prerrogativa de la que hicieron uso Eugenia Mendoza Martínez y Daniela Martínez Mendoza, avalada por la Juez, las partes y todos los intervinientes sin discusión, no puede

darse al traste de modo forzoso ni artificioso a través de la introducción de sus entrevistas, por lo que la decisión de la primera instancia encuentra respaldo Constitucional y corolario, será confirmada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Neiva, en uso de sus facultades legales,

**RESUELVE:**

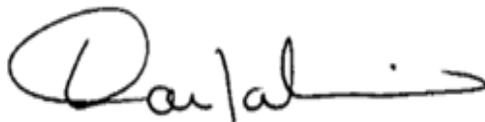
**PRIMERO. - CONFIRMAR** el auto proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Neiva, Huila, adiado el 1º de marzo del 2022, en lo que fue materia de alzada.

**SEGUNDO.** - Esta providencia se notifica en estrados y en forma virtual, sin perjuicio de acudir a la previsión del inciso 3º del artículo 169 del Código de Procedimiento Penal, y contra la misma no procede ningún recurso<sup>5</sup>.

**TERCERO.** - Devolver inmediatamente la actuación al Juzgado de origen para lo de su cargo.

**COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

(Decisión adoptada de forma virtual)



**INGRID KAROLA PALACIOS ORTEGA**

Magistrada

---

<sup>5</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP050-2019, Radicación N° 54133 del 16 de enero de 2019. M.P. José Francisco Acuña Vizcaya.



**HERNANDO QUINTERO DELGADO**  
Magistrado



**GERMÁN LEONARDO RUÍZ SÁNCHEZ**  
Magistrado



**LUISA FERNANDA TOVAR HERNÁNDEZ**  
Secretaria