

**PRUEBA TESTIMONIAL - Testimonio de oídas. Testimonio ex auditu / TESTIMONIO DE OIDAS - Valor probatorio. Valor judicial. Evolución jurisprudencial / TESTIMONIO EX AUDITU - Valor probatorio. Valor judicial / TESTIMONIO DE OIDAS O EX AUDITU - Evolución jurisprudencial Consejo de Estado**

Acerca del valor probatorio que ameritan los testigos de oídas dentro de los procesos judiciales, la Jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado no ha mantenido una postura firme y unívoca sino que, por el contrario, en los últimos años ha registrado algunos cambios significativos según lo reflejan los pronunciamientos que pasan a registrarse. En el fallo de febrero 16 de 2003 se admitió de manera restringida el mérito probatorio que corresponde a los testimonios de oídas en cuanto resultare imposible recaudar un medio de acreditación original o directo en relación con el hecho objeto de la prueba, al tiempo que se distinguió con claridad entre el testimonio –tanto el de oídas como el presencial–, de la prueba de la fama y de los simples rumores. En la misma línea anterior, mediante sentencia de septiembre de 2003, al reiterar el pronunciamiento realizado en el fallo de abril 19 de 2001, la Sala reafirmó la admisibilidad de los testimonios de oídas con la prevención de que su valoración conjunta con los demás elementos probatorios acopiados en el proceso puede determinar, perfectamente, la desestimación de tales testimonios en cuanto no encuentren elemento alguno adicional que sirva para corroborar su contenido, al tiempo que se insistió en que a esa clase de testimonios sólo cabe acudir cuando no es posible el acopio de la prueba original. Esa misma postura fue reiterada, una vez más, mediante la sentencia de marzo 11 de 2004. Sin embargo, en relación con la tesis que venía sosteniendo la Sala en el sentido de reconocerle mérito probatorio a los testimonios de oídas, aunque con naturales restricciones en cuanto al especial y riguroso examen que el juez debería realizar respecto de los mismos en cada caso concreto, para derivar elementos de convicción de la declaración correspondiente al valorarla en conjunto con los demás elementos de prueba, se dio un primer giro para efectos de retomar la tesis expuesta en algunos fallos anteriores con el propósito de restarle credibilidad, de manera genérica, a los testimonios de oídas por el sólo hecho de corresponder a versiones que relatan quienes no hubieren tenido una percepción directa o inmediata de los hechos, sino que los hubieren conocido de manera mediata o indirecta y, por lo tanto, no corresponden a la prueba original. Así se consignó en la sentencia de marzo 7 de 2007. Más adelante, en sentencia de septiembre 19 de 2007, la misma Sala radicalizó su posición al restarle total credibilidad a las versiones recaudadas en ese caso específico por el sólo hecho de que correspondan a la categoría de los testimonios de oídas, figura acerca de la cual concluyó que no amerita credibilidad y con apoyo en desarrollos doctrinales asimiló esa clase de testimonios a los rumores.

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre la evolución del tema, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de febrero 16 de 2001, rad. 12703, MP. María Elena Giraldo Gómez; de 19 de abril de 2001, rad. 11989; de septiembre 4 de 2003, rad. 11615, MP. Alier Eduardo Hernández Enríquez; de marzo 11 de 2004, rad. 14135, MP. Alier Eduardo Hernández Enríquez; de marzo 7 de 2007, rad. 16893, MP. Enrique Gil Botero y de septiembre 19 de 2007, rad. 15990, MP. Enrique Gil Botero.

## **TESTIMONIO DE OIDAS - Evolución jurisprudencial Corte Suprema de Justicia / TESTIMONIO DE OIDAS - Testimonio indirecto**

Si bien es cierto que la Sala de Casación Civil se muestra muy prevenida acerca del mérito probatorio que puede derivarse de los testimonios de oídas, razón por la cual aplica o señala serias restricciones para la admisión de ese medio de prueba, no es menos cierto que no descarta de manera categórica la validez y la importancia que esa clase de pruebas puede llegar a tener como elemento que transmita al juez la convicción necesaria para adoptar las decisiones que de él se reclaman dentro de un determinado proceso. Así lo reflejan las sentencias fechadas en febrero 12 de 1980 y junio 23 de 2005. Por su parte, la Sala de Casación Penal, sin perjuicio de advertir en forma clara acerca de la importancia y la necesidad de que en cada caso particular se examinen de manera rigurosa las declaraciones obtenidas a través de los denominados testimonios de oídas, con el propósito de que la valoración de los mismos se realice en conjunto con los demás medios de prueba acopiados en cada proceso, ha asumido una postura más consistente en la línea de considerar que esa clase de testimonios se encuentra admitida dentro del sistema normativo que rige en el país y que, por tanto, no hay lugar a desechar la valoración de tales declaraciones por el solo hecho de provenir de testigos que no hubieren presenciado directamente los hechos sino que hubieren tenido conocimiento de los mismos de manera indirecta. Así, en la sentencia fechada en diciembre 2 de 1993, la mencionada Sala de Casación Penal sostuvo acerca de los que esa Corporación también denomina ‘testimonios indirectos’. Esa línea de pensamiento se encuentra reiterada en las sentencias de octubre 18 de 1995 y de octubre 2 de 2001. En reciente pronunciamiento, esa alta Corporación de Justicia reafirmó la procedencia de valorar los testimonios de oídas en los procesos judiciales.

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre la evolución del tema en la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias de febrero 12 de 1980, MP. José María Esguerra Samper y de junio 23 de 2005, rad. 0143, MP. Edgardo Villamil Portilla. Sala de Casación Penal, sentencias de diciembre 2 de 1993, rad. 8166, MP. Jorge Carreño Luengas; de 29 de julio de 1999, rad. 10615, MP. Jorge Aníbal Gómez Gallego; de octubre 2 de 2001, rad. 15286, MP. Alvaro Orlando Pérez Pinzón y Fernando E. Arboleda Ripio; de octubre 18 de 1995, rad. 9226. MP. Nilson Pinilla Pinilla; de marzo 30 de 2006, rad. 24468, MP. Édgar Lombana Trujillo; de febrero 21 de 2007, rad. 25920, MP. Javier Zapata Ortiz y de noviembre 8 de 2007, rad. 26411, MP. Alfredo Gómez Quintero.

## **PRUEBA TESTIMONIAL - Testimonio de oídas. Testimonio ex auditur / TESTIMONIO DE OIDAS - Valor probatorio. Valor judicial / TESTIMONIO EX AUDITU - Valor probatorio. Valor judicial / TESTIMONIO DE OIDAS O EX AUDITU - Precisión jurisprudencial. Admisibilidad**

La Sala estima propicia la ocasión para precisar –en línea con la postura jurisprudencial que se mantuvo en los ya referidos fallos que expidió en los años de 2001 (12703), 2003 (11615) y 2004 (14135), así como en la dirección que refleja la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia–, que el testimonio de oídas constituye un medio de prueba cuya valoración no puede desecharse o desestimarse, sin más, por el sólo hecho de que la versión que rinda el declarante haya llegado a su conocimiento por la transmisión que de la misma le hubiere realizado otra persona y no por la percepción directa de los hechos respectivos. Ahora bien, como ocurre con cualquier otro medio de prueba admitido por la ley, la valoración del testimonio de oídas deberá realizarla el juez de manera conjunta con los demás elementos probatorios que hubieren sido oportuna y regularmente

acopiados en el proceso, con el agregado de que en estos casos debe tenerse especial cuidado para efectos de someter la versión del declarante a un tamiz particularmente riguroso con el fin de evitar que los hechos a los cuales se les otorgue credibilidad resulten finalmente distorsionados por el proceso de comunicación a que se encuentra sometida una declaración de tal naturaleza, puesto que es evidente que el relato de los hechos que realizará el testigo de oídas no dirá relación con aquellos que él hubiere percibido de manera directa sino que se referirá a hechos respecto de los cuales tuvo conocimiento de manera indirecta, por la referencia o transmisión que sobre los mismos le hubiere efectuado otra persona. Precisamente para evitar que los hechos lleguen alterados al conocimiento del juez, como resultado de la transmisión que ha de ocurrir acerca de la versión de su acaecimiento cuando el conocimiento sobre los mismos se obtiene a través de testimonios indirectos o de referencia, el juzgador ha de ser particularmente cuidadoso en verificar, entre otros aspectos de importancia, i).- las calidades y condiciones del testigo de oídas; ii).- las circunstancias en las cuales el propio testigo de oídas hubiere tenido conocimiento, indirecto o por referencia, de los hechos a los cuales se refiere su versión; iii).- la identificación plena y precisa de la(s) persona(s) que, en calidad de fuente, hubiere(n) transmitido al testigo de oídas la ocurrencia de los hechos sobre los cuales versa su declaración, para evitar así que un verdadero testimonio pueda confundirse con un rumor, en cuanto proviniera de fuentes anónimas o indeterminadas; iv).- la determinación acerca de la clase de testimonio de oídas de que se trata, puesto que estará llamado a brindar mayor confiabilidad el testimonio de oídas de primer grado que aquel que corresponda al grado sucesivo por ser el resultado de haber escuchado a otro relatar unos hechos de los cuales dicho tercero tuvo conocimiento por el relato que, a su turno, recibió de otra persona y así sucesivamente. El numeral 3 del artículo 228 del Código de Procedimiento Civil, le ordena al juez que le solicite al declarante “que explique las circunstancias que permitan apreciar su verdadero sentido y alcance”, cuando “la declaración versa sobre expresiones que el testigo hubiere oído”. De esa manera, pues, queda claro, de una parte, que la recepción de los testimonios de oídas se encuentra contemplada explícitamente en el régimen legal colombiano y, de otra parte, que la valoración o apreciación de tales versiones exige, por mandato de la propia ley, mayor rigor de parte del juez en cuanto se requiere una información más detallada acerca de las circunstancias en que el propio testigo hubiere tenido acceso a los relatos correspondientes, cuestión que se revela obvia y explicable dado que –como ya se ha puesto de presente–, en esta modalidad existen mayores riesgos o peligros de que los hechos respectivos puedan llegar distorsionados al conocimiento del juez.

**CARGA DE LA PRUEBA - Oportunidad / CAUSA PETENDI - Variación. Oportunidad / RECURSO DE APELACION - Modificación de la causa petendi. Improcedencia / CAUSA PETENDI - Modificación. Improcedencia / PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA - Alcances**

No es ésta la oportunidad procesal pertinente para alegar, como excusa al incumplimiento del deber de probar los fundamentos de hecho de la demanda, que habría sido la conducta de su contraparte la que habría determinado la escasez probatoria en el litigio, toda vez que si existió una conducta dilatoria y negligente de las entidades o personas requeridas para allegar determinada información al proceso debió la parte interesada advertirlo en las oportunidades procesales respectivas ante el juez de primera instancia y no tratar ahora, por vía del recurso de apelación y ante la negativa de sus pretensiones, de corregir una falencia que le es atribuible, pues según lo normado en el artículo 177 del C. de P. C., al cual acude la Sala por disposición expresa del artículo 168 del C.C.A., a

través de la carga de la prueba le corresponde a la parte interesada probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que aquellas persiguen. Finalmente, la Sala no puede pasar por inadvertida la modificación palmaria que pretende hacer la parte impugnante a la causa petendi de la demanda por medio de su recurso de apelación, mediante una imputación muy distinta a aquella por la cual demandó al Estado desde un principio. Para la Sala resulta claro que la causa petendi de la demanda, esto es los hechos que sirven de fundamento a la pretensión, consiste en relacionar que la muerte del señor Zediel León Páez habría sido causada por unos agentes del Estado a través de sus armas de dotación oficial mientras se enfrentaban a un grupo guerrillero; no obstante la parte actora pretende ahora, por vía del recurso de apelación y al aceptar el vacío probatorio del juicio, introducir modificaciones a esa causa petendi, puesto que trata de endilgarle responsabilidad al ente demandado por el hecho de que la víctima habría sido retenida por la Fuerza Pública antes del momento de su muerte y, por esta vía, busca estructurar la alegada responsabilidad ya no en razón de actuaciones positivas, tal como se formuló en la demanda, sino como consecuencia de una omisión en cuanto al deber de protección. Así pues, resulta improcedente el análisis de la segunda imputación que ahora se plantea como fundamento de las pretensiones, toda vez que si bien en aplicación del principio iura novit curia corresponde al juez, frente a los hechos alegados y probados por la parte demandante, definir la norma o el régimen jurídico aplicable al caso, ello no puede ni debe confundirse con la modificación de la causa petendi, es decir variar los hechos que se enuncian en la demanda como fundamento de la pretensión, tal como lo persigue la parte demandante en su recurso de alzada, habida consideración del escaso acervo probatorio que le acarreó la negativas a sus pretensiones.

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre el tema, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 20 de febrero 1989, rad. 4655; de 14 de febrero de 1995, rad. S-123; de agosto 29 de 2007, rad. 15494. MP. Ruth Stella Correa Palacio y de diciembre 4 de 2006, rad. 16062.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION TERCERA**

**Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ**

Bogotá, D.C., octubre siete (07) de dos mil nueve (2009).

**Radicación número: 20001-23-31-000-1998-04127-01(17629)**

**Actor: EUDORO LEON RENOGA Y OTROS**

**Demandado: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL**

**Referencia: APELACION SENTENCIA DE REPARACION DIRECTA**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo del Cesar, el día 19 de octubre de 1999, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

## **I. ANTECEDENTES :**

### **1.- La demanda.**

En escrito presentado el día 3 de agosto de 1998 (fls. 13 a 24 c ppal), los ciudadanos Eudoro León Renoga, Sofía Páez de León, quienes actúan en nombre propio y en representación de su hijo Eudoro León Pérez; Carmen Cecilia, Zoraida y Daniel León Páez, a través de apoderado judicial, formularon acción de reparación directa contra la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, con el fin de que se le declare administrativamente responsable por los perjuicios materiales e inmateriales a ellos ocasionados, como consecuencia de la muerte del señor Zediel León Páez, en hechos ocurridos el día 25 de septiembre de 1996 a causa de heridas propinadas por integrantes de la institución demandada mediante sus armas de dotación oficial, cuando se enfrentaron con un grupo guerrillero.

### **2.- Los hechos.**

La parte actora narró, en síntesis, lo siguiente:

El día 25 de septiembre de 1996, el señor Zediel León Páez salió de su vivienda hacia su trabajo a las 5:30 A.M.; aproximadamente a las 6:00 A.M., se inició en la vereda Los Cedros de Cimitarra un operativo militar en contra de un grupo guerrillero y al percatarse de la presencia del señor León Páez, los miembros de la Fuerza Pública accionaron sus armas en su contra, pues lo confundieron con un guerrillero y, por tanto, le causaron la muerte.

### **3.- Contestación de la demanda.**

Notificada del auto admisorio, la Nación (Ministerio de Defensa - Ejército Nacional), actuando a través de apoderado judicial, contestó la demanda para oponerse a la totalidad de sus pretensiones, pues sostuvo que no existió falla alguna en el servicio comoquiera que, fue la propia víctima quien causó el daño, al enfrentarse al Ejército Nacional (fls. 30 y 31 c 1).

#### **4.- Alegatos de conclusión en primera instancia.**

**4.1.** La parte actora y el Ministerio Público se abstuvieron de intervenir en esta oportunidad procesal.

**4.2.** Por su parte, el ente demandado reiteró lo dicho en la contestación de la demanda, esto es que dentro del *sub lite* se configuró una causa extraña como eximente de responsabilidad, dado que la víctima se enfrentó al Ejército Nacional (fls. 103 a 103 c 1).

#### **5.- La sentencia apelada.**

El Tribunal Administrativo del Cesar, mediante sentencia proferida el 19 de octubre de 1999, denegó las pretensiones de la demanda, básicamente, porque el acervo probatorio recaudado era *“de extrema pobreza”*. (fls. 136 a 143 c ppal).

A juicio del *a quo*, ninguno de los testimonios rendidos en el proceso arrojan una información precisa acerca de la manera en la cual ocurrieron los hechos, pues los consideró contradictorios e incoherentes y, además, sostuvo que algunas de las versiones fueron emitidas por testigos de oídas, de modo que les denegó eficacia probatoria.

Luego concluyó que *“...no existe en el informativo una sola prueba que demuestre la falla en el servicio en que incurrió la entidad demandada y mucho menos que pueda estructurarse en este caso la presunción de falla en el servicio, pues, para que esta se configure se requiere que los hechos en que se funde deben estar debidamente probados, situación que no se dio en el caso de autos”*.

Otro aspecto que llevó al Tribunal de primera instancia a denegar las súplicas de la demanda, consistió en la falta de prueba de la muerte del señor Zediel León Páez, porque no se allegó al proceso el respectivo certificado de defunción de dicha persona.

#### **6.- La apelación.**

Inconforme con la anterior sentencia, la parte demandante interpuso recurso de apelación (fls. 154 a 159 c ppal), para sostener que aunque el proceso es “huérfano” de pruebas, ello no obedece a su negligencia sino al desinterés de la parte demandada en allegar al encuadernamiento las pruebas que le habían sido requeridas.

Agregó que en el expediente obran varias pruebas testimoniales, las cuales permiten determinar la responsabilidad del ente demandado por el hecho que se le imputó en la demanda, dado que si bien ninguno de los testigos presenció el hecho, lo cierto es que las últimas personas que vieron con vida a la víctima manifestaron que fue interceptada por integrantes del Ejército Nacional, quienes no cumplieron con la obligación de proteger su integridad al omitir dejarlo a disposición de las autoridades competentes.

## **7.- Alegatos de conclusión en segunda instancia.**

**7.1.-** Tanto la parte demandada como el Ministerio Público guardaron silencio en esta oportunidad procesal.

**7.2.-** La parte demandante intervino y, en oposición a lo dicho en el recurso de apelación, sostuvo que el presente proceso no está “huérfano” de pruebas, por cuanto el juez de la causa no puede exigirle a la parte demandante “que traiga un haz probatorio perfecto y total”, puesto que la gran mayoría de las fallas en el servicio ocurren en sitios apartados, en horas de la noche y, por lo mismo, no son fáciles de recaudar, por lo cual debe acudir a la prueba indiciaria.

## **II. CONSIDERACIONES :**

La Sala confirmará la sentencia dictada en primera instancia, toda vez que no está acreditado que la muerte del señor Zediel León Páez le fuese imputable al ente demandado, determinación a la cual se arriba en virtud de la incertidumbre y la falta de solidez probatoria que refleja el acervo probatorio que a continuación se relaciona:

- Licencia de inhumación de la víctima a favor de la señora Sofía Páez de fecha 21 de julio de 1998 (fl. 9 c ppal).

- Declaración del señor Guillermo Ariza Cubides (fls. 89 a 90 c ppal), quien sostuvo:

*“Bueno el señor ZEDIEL tenía una finca aparte de los papás, la finca se llamaba el Ascensor, eso era una parte alta, de allá mismo de San Alberto de esa vereda en donde vivían los papás más arriba, ese día que ocurrieron los hechos, él ZEDIEL se vino de la finca **dizque** a las cinco de la mañana, él tuvo una charla con mi hermano y antes de entrar a la finca en donde ocurrió la vaina le comentó a mi hermano MIGUEL ARCANGEL ARIZA, le comentó que se había venido a esa hora de la finca, él entró a la casa ese día y mi hermano **dizque** le dijo a él entre Zediel y toma tinto, entonces él le dijo que no que se le hacía tarde que iba a hacer un mercadito porque tenía trabajo, y se vino de la casa de donde mi hermano y como hay dos caminos al llegar a la finca de los papás, entonces el uno entra a la casa de los papás el otro no, entonces Zediel venía junto con un señor que se llamaba Abraham Contreras, el señor este no entró a la casa se fue por el desecho (sic) y él Zediel sí entró a la casa de los papás, ahí ya se le llegaron las seis de la mañana, en ese momento **dizque** llegó el Ejército y rodeó la casa, en donde mi hermano también rodearon la casa más arriba, cuando dispararon al lado de arriba, al instante también dispararon al lado de abajo, y ahí se formó un combate **dizque** con la guerrilla, y ahí fue en donde lo mataron al finado Zediel, y a mi hermano también lo sacaron de adentro de la casa, y lo hicieron tender ahí en el patio y le preguntaron que si él era el propietario de la finca esa en donde vivía y él dijo que si, y de ahí de esa casa de donde mi hermano se llevaron otro muchacho, a ese si no le supe el nombre como se llamaría y se estuvieron el Ejército como hasta la una de la tarde, buscaron bestias y montaron a los muertos y se los llevaron cuando se iban a ir le dijeron a mi hermano que ellos eran del Batallón 27 y se fueron; **yo me enteré de esto, porque yo vivo cerquita de donde mi hermano Miguel Arcángel, entonces él a lo que ya se fueron, entonces él se fue para allá para donde mi persona y me contó todo lo que había pasado, hasta él me dijo yo también me vi de que me hubieran matado pero por obra de Dios no me pasó nada**”. (Se destaca).*

Al preguntársele al testigo acerca de las personas que le ocasionaron la muerte al señor Zediel León Páez, manifestó:

*“El Ejército porque no había más gente armada ahí en ese momento, sólo ellos digo esto porque ellos, el Ejército allanaron la casa de mi hermano ellos también allanaron la otra, el Ejército mismo contó que era del Batallón 27, ellos certificaron”.*

- Testimonio del señor Joel Ramírez Palma (fl. 91 c ppal), quien señaló:

*“Bueno pues el día que le ocurrió ese caso, el Zediel pasó por mi casa, él llegó como a las cuatro de la mañana por la finca, por donde yo vivía, él me dijo que se iba a encargar el mercado, él salió a eso él pasó por ahí y se vino para la Y, eso se llama así, a donde él iba a hacer el mercado se*



llama la Y, y de ahí se fue, entonces por ahí abajo se formó una balacera con la guerrilla y el Ejército, y entonces a él lo agarraron ahí y perdió la vida, **a él como que lo agarraron como guerrillero sería porque lo mataron, según los comentarios de la gente como que el Ejército lo capturó**, un señor lo miró que lo habían agarrado a él detenido Arcángel, vio cuando lo cogieron a él el Ejército, él mismo me contó lo que yo estoy diciendo ... **yo digo esto porque me lo contó don Arcángel**". (Negrillas adicionales).

- Declaración del señor Miguel Arcángel Ariza (fls. 95 y 96 c ppal), quien, en relación con la forma en la cual ocurrió el hecho materia de la prueba testimonial, manifestó:

"(...) vea ... yo pasaba por donde mi hermano y los distinguía a él pequeño, volantoso (sic), más después me compré una finquita a otro señor allá, o sea en la misma vereda, y ese día que ocurrieron esos hechos, por ejemplo ellos o sea donde vivía el papá el muchacho al cual distinguí desde pequeño, y cuando ya se creció Zediel que se hizo hombre se buscó una mujer y entonces a los poquitos días compró una finquita y se fue a vivir allá con la mujer, estaba viviendo allá y en ese año que ocurrió el año (sic) que lo mataron a él, él estaba viviendo arriba en la finca de él, es que por ejemplo los papás como decir aquí, y de ahí pa' arriba es lejísimos, él estaba en la finca que había comprado, ese día que ocurrieron los hechos él pasó por la finca mía, ahí por el camino, porque por ahí es camino rial, él pasó en la pura mañanítica, yo ya me había levantado y ahí nos hablamos y en la charla que tuvimos ahí, él dijo que iba a traer un mercadito y a mirar los animales que dizque tenía abajo en la finca del papá, y al llegar a la finca **esa tuvo que ser**, ahí se identificaron que eran del batallón veintisiete de San Alberto **y yo no vi eso**, pero se escuchó el plomeo, hubo bastantísimos disparos, en ese trayecto de la finca mía a la de ellos, fue cuando se formó el enfrentamiento y fue cuando lo mataron a él, él se despidió y al ratico que se fue se formó la plomasea (sic), como eso queda al frente, quedará a unos mil metros de lejos, **yo no vi los hechos**, pero oí los disparos y al rato se corrió la bola que lo habían matado a él (...)". (Negrillas y subrayas adicionales).

- Testimonio de la señora Sara González (fls. 91 a 93 c ppal), quien expresó:

"Pues yo de eso sí se de cierto que como yo vivo en la vereda Los Cedros, y eso sucedió en la Vereda la Isla, yo vivo detrás de un filo grande, y en la mañana yo bajé por ahí a la tienda algo que necesita (sic) **y escuché unos tiros y por allá disparaban y dijeron que era el Ejército y yo me fui para la casa** entonces cuando supe que tenían un poco de detenidos a Abraham y a Toño Duarte y a la señora y al muchacho Zediel y cuando yo miré fue que los otros bajaban en el bus, en la buseta que sale de allá de los Cedros, **tal vez** el Ejército salía, y ellos bajaban y como por ahí está la guerrilla el Ejército **tal vez** los detuvo a ellos, y yo a Zediel no lo vi bajar yo lo vi a él luego de muerto, cuando yo supe fue que a Zediel lo habían matado, yo vi al Ejército que venía con las bestias sobre las bestias (sic), traían a los muertos, y entre

ellos **la gente comentaba que entre esos estaba Zediel (...)**”(Negrillas y subrayas de la Sala).

- Testimonio del señor Ceferino Gélvez (fls. 93 y 94 c ppal), quien respondió:

*“Bueno yo se que el Ejército a la vereda los Cedros subió de noche y entonces por ahí como a las seis de la mañana tuvieron un encuentro con la guerrilla, entonces el señor Zediel venía bajando de una finca que tenía en la parte alta iba bajando para otra finca que tenía en la parte baja y entonces lo agarró el Ejército allá y se lo llevaron y entonces se encontraron con la guerrilla y se encendieron a plomo con el Ejército, de esa balacera resultó muerto el señor Zediel aunque hubo también otros dos muertos, yo sabía de él que era un buen hombre un hombre trabajador que sólo vivía trabajando”.*

Al preguntársele al testigo acerca de si tuvo conocimiento, o no, de las personas que realizaron los disparos que dieron por muerte al señor Zediel León Páez, indicó: **“No. no tengo conocimiento porque no supe que sería la balacera”.**

Dado que en el presente caso, tal como lo reflejan las declaraciones antes mencionadas, los testigos no presenciaron realmente el hecho, pues sus declaraciones se basan en versiones de terceras personas o en simples especulaciones o conjeturas a las cuales arribaron porque momentos antes a la muerte del señor Zediel León Páez lo habrían visto por el lugar de los hechos y porque posteriormente se habría producido un enfrentamiento armado entre el Ejército y un grupo guerrillero, la Sala estima necesario efectuar un análisis acerca del valor judicial que puede serle reconocido al testimonio que corresponde a la primera clase de declaraciones, conocidas comúnmente como *‘testimonio de oídas’* o *ex auditu*.

Acerca del valor probatorio que ameritan los testigos de oídas dentro de los procesos judiciales, la Jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado no ha mantenido una postura firme y unívoca sino que, por el contrario, en los últimos años ha registrado algunos cambios significativos según lo reflejan los pronunciamientos que pasan a registrarse.

En el fallo de febrero 16 de 2003 se admitió de manera restringida el mérito probatorio que corresponde a los testimonios de oídas en cuanto resultare imposible recaudar un medio de acreditación original o directo en relación con el hecho objeto de la prueba, al tiempo que se distinguió con claridad entre el

testimonio –tanto el de oídas como el presencial–, de la prueba de la fama y de los simples rumores, así:

*“El Código de Procedimiento Civil, contenido en los decretos leyes 1400 y 2.019 de 1970 y algunas reformas, no define el testimonio pero de los elementos que vincula a este medio de pruebas se puede concluir que es la declaración o relato que hace un tercero, previo juramento de no faltar a la verdad, ante un juez por el llamado de éste o a solicitud de las partes de un juicio, para responder las preguntas que se le hagan sobre hechos pertinentes por ser de interés para el proceso y respecto de los cuales no se exige un modo especial de prueba - conducencia - (arts. 213, 226 a 228 y 232 C.P.C).*

*Los testimonios según el conocimiento del testigo pueden ser de oídas o “directo o presencial”. El primero de estos, oídas o ex auditu, puede definirse como el relato que tercero hace ante el juez en el proceso con respecto a lo que le escuchó relatar a otra; el declarante como se observa carece de percepción directa sobre el hecho que se le pregunta; narra en sus propios términos el dicho de otra persona o lo que oyó sobre lo que otros dijeron. Al respecto el numeral 3 del artículo 228 del C.P.C enseña:*

*‘... si la declaración versa sobre expresiones que el testigo hubiere oído, ... el juez ordenará que explique las circunstancias que permitan apreciar su verdadero sentido y alcance’.*

*La valoración del testimonio de oídas dependerá de la imposibilidad de recaudar una prueba original fehaciente sobre el hecho a probar<sup>(1)</sup> y el juez, de acuerdo con el numeral 3 del artículo 228 pretranscrito, es quien deberá escudriñar el contenido para apreciar y valorar su alcance de acuerdo con los demás medios probatorios.*

*“.....”*

*Es claro para la Sala que las afirmaciones de los declarantes de oídas se desplazan en cuanto a la imputación del hecho al terreno del **rumor** y en cuanto a la calidad de embriaguez en que habitualmente se encontraban los agentes al terreno de la **fama**. Sobre el rumor y la fama la doctrina hace el siguiente discurso:*

---

<sup>1</sup> Cita original del fallo transcrito: “Uno de los principios del Derecho Probatorio es el de la originalidad, de manera que el testigo de oídas contradice este principio, pues el juez no va a lograr la representación de los hechos valiéndose directamente del testigo que los presencié, sino, de otro que oyó a éste referirlos. Si nos valiéramos de un ejemplo para significar la representación que se logra de los hechos, a través del testimonio, podríamos decir que el juez conoce los hechos mirándose en una especie de espejo (testimonio), pero si no se trata del testigo presencial, el juez va a mirar los hechos a través de un espejo, que refleja otro espejo que sí contiene representados los hechos. De manera que esta modalidad de testimonio, por ser una prueba de otra, aparecerá reflejada en dos posibilidades de error: el error (posible) de la primera percepción, y el error (posible) de quien está oyendo lo que otro percibió, haciéndose patente, el principio aquél de que la prueba, en cuanto más se aleja de la fuente original, más disminuye su fuerza y su eficacia”. PARRA Quijano, Jairo. Tratado de la Prueba Judicial El Testimonio. Tomo I. Tercera edición. Ediciones Librería del Profesional. 1988. Págs. 154 y 155”.

*‘El rumor público, es otro hecho social más vago e independiente que la fama. Esta puede tener un origen conocido, como la publicación de un periódico o lo dicho por cierta persona, al paso que el primero es siempre de origen desconocido, la fama se refiere a sucesos o actos que se afirman han sucedido, mientras que el rumor tiene cierto carácter de improbabilidad, porque quienes lo esparcen no aseguran sino que manifiestan que puede haber ocurrido o parece que sea cierto ... el rumor no es objeto de prueba, no puede eximir de prueba al hecho ni sirve para orientar el criterio del juez; es sospechoso y debe ser descartado radicalmente’ (2)<sup>3</sup>.*

En la misma línea anterior, mediante sentencia de septiembre de 2003, al reiterar el pronunciamiento realizado en el fallo de abril 19 de 2001, la Sala reafirmó la admisibilidad de los testimonios de oídas con la prevención de que su valoración conjunta con los demás elementos probatorios acopiados en el proceso puede determinar, perfectamente, la desestimación de tales testimonios en cuanto no encuentren elemento alguno adicional que sirva para corroborar su contenido, al tiempo que se insistió en que a esa clase de testimonios sólo cabe acudir cuando no es posible el acopio de la prueba original:

*“Resulta evidente que se trata testigos de oídas, sin que se haya presentado en el proceso un testigo presencial de los hechos que respalde su dicho. La poca credibilidad que merecen se ve agravada cuando advierten de posibles testigos presenciales y no aportan los datos necesarios para su identificación. En el mismo sentido, los demás medios de prueba que obran en el expediente no brindan indicio que pueda corroborar el dicho de los declarantes, sobre los testigos de oídas, ha manifestado la Sala:*

*‘Como lo explica el profesor Jairo Parra Quijano, los testigos de oídas son aquéllos que no perciben de manera directa e inmediata los hechos investigados, sino que narran lo que oyeron decir a otra persona. Aunque no está prohibido en muchos ordenamientos, por ser un testimonio ‘de segunda mano’, no es admitido en varias codificaciones extranjeras, y en otras, se acepta con limitaciones.<sup>4</sup> Y si bien la legislación colombiana admite la posibilidad de su práctica en el artículo 228, numeral 3º -cuando prevé que ‘Si la declaración versa sobre expresiones que el testigo hubiere oído..., el juez*

---

<sup>2</sup> Cita original del fallo parcialmente transcrito: “DEVIS Echandía, Hernando. Compendio de derecho procesal - Pruebas Judiciales. Tomo II. Editorial ABC. Bogotá. Novena Edición. 1988. Pág.75”.

<sup>3</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de febrero 16 de 2001. Expediente No. 12.703. M. Ponente. Dra. María Elena Giraldo Gómez.

<sup>4</sup> Cita original del fallo parcialmente transcrito: “PARRA QUIJANO, Jairo. Tratado de la Prueba Judicial. El Testimonio, Ediciones Librería del Profesional, 4ª edición, Bogotá, 1994, p. 259, 260”.

*ordenará que explique las circunstancias que permitan apreciar su verdadero sentido y alcance’-, su valoración debe hacerse muy cuidadosamente, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto. Es testimonio de oídas está dirigido a probar, en realidad, que existió otro testimonio, de manera que en ella se aumenta el riesgo de error de percepción; en efecto, hay un error posible en la primera percepción (del testigo presencial) y otro error posible de quien oye lo que el otro percibió. Así, resulta evidente que ‘en cuanto más se aleja de la fuente original, más disminuye su fuerza y su eficacia’.<sup>5</sup>*

*‘De otra parte, como lo advierte el autor citado, en desarrollo del principio de originalidad de la prueba, la valoración del testimonio de oídas sólo resulta procedente cuando no es posible recaudar la prueba original, esto es, la declaración del testigo presencial.<sup>6</sup> Y si, como ocurre en este caso, se reciben ambos testimonios, no puede, en principio, ponerse en duda la credibilidad de éste último, por no ser coincidente con el del primero, cuya percepción es directa, salvo que, por alguna razón, resulte claro para el juez que el testigo presencial falta a la verdad, situación que no se presenta en este caso. Las observaciones hechas, al respecto, por el apoderado de los demandantes son simples lucubraciones, que carecen de respaldo probatorio en el proceso’.<sup>7, 8</sup>*

Esa misma postura fue reiterada, una vez más, mediante la sentencia de marzo 11 de 2004<sup>9</sup>.

Sin embargo, en relación con la tesis que venía sosteniendo la Sala en el sentido de reconocerle mérito probatorio a los testimonios de oídas, aunque con naturales restricciones en cuanto al especial y riguroso examen que el juez debería realizar respecto de los mismos en cada caso concreto, para derivar elementos de convicción de la declaración correspondiente al valorarla en conjunto con los demás elementos de prueba, se dio un primer giro para efectos de retomar la tesis expuesta en algunos fallos anteriores con el propósito de restarle credibilidad, de manera genérica, a los testimonios de oídas por el sólo hecho de corresponder a

---

<sup>5</sup> Cita original de la transcripción: “Ibidem, p. 261, 262”.

<sup>6</sup> Cita original de la transcripción: “Ibidem, p. 260, 265”.

<sup>7</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 19 de abril de 2001, expediente: 11.989, actores: Pedro Octavio Usuga Higueta y otros.

<sup>8</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de septiembre 4 de 2003. Expediente No. 11.615 (R- 5880). Consejero Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

<sup>9</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de marzo 11 de 2004. Expediente No. 14.135 (R-9259). Consejero Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

versiones que relatan quienes no hubieren tenido una percepción directa o inmediata de los hechos, sino que los hubieren conocido de manera mediata o indirecta y, por lo tanto, no corresponden a la prueba original.

Así se consignó en la sentencia de marzo 7 de 2007, en la cual se sostuvo:

*“Resulta evidente que los anteriores declarantes no presenciaron de manera directa la comisión de los hechos, son testigos de oídas que probatoriamente merecen un ponderado análisis y una valoración crítica testimonial rigurosa, y por lo tanto, no se les puede considerar significativos o determinantes en el sub lite dada su naturaleza difusa, para de allí deducir algún tipo de responsabilidad a la entidad demandada. Valga enfatizarlo, al menos no es posible, sólo bajo esa perspectiva probatoria.*

*Respecto del valor de los testimonios de oídas, el Consejo de Estado tiene por establecido:*

*‘... no es dable a la Sala otorgar a tales testimonios pleno valor probatorio, toda vez que su contundencia demostrativa, de conformidad con los sistemas fundamentales de regulación de la prueba judicial, es mínima ...<sup>10,11</sup>.*

Más adelante, en sentencia de septiembre 19 de 2007, la misma Sala radicalizó su posición al restarle total credibilidad a las versiones recaudadas en ese caso específico por el sólo hecho de que correspondan a la categoría de los testimonios de oídas, figura acerca de la cual concluyó que no amerita credibilidad y con apoyo en desarrollos doctrinales asimiló esa clase de testimonios a los rumores, según el siguiente contexto:

*“Si bien, dentro del proceso obran declaraciones que afirman que a través de terceras personas se dio aviso a la entidad, sobre la existencia del daño en la red eléctrica, por parte de los señores Orlando de Jesús Hernández y Luis Javier Chiquito, considera la Sala que las mismas no ameritan credibilidad, como quiera que se trata testimonios de oídas, situación que le resta fuerza probatoria al hecho que ellos afirman haber escuchado y que se pretende probar. La doctrina, sobre el escaso mérito o valor que comporta el testimonio de oídas, ha señalado lo siguiente:*

*‘... Otro tipo de condiciones intermedias se refiere a las relaciones del testimonio con el hecho a establecer, ya sea que el testigo relate lo que percibió personalmente (testimonio directo, ex propriis sensibus) o relate, por lo contrario, lo que le fue a su vez relatado*

---

<sup>10</sup> Cita original del fallo parcialmente transcrito: “Sentencia del 9 de marzo de 2000 proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, expediente 16019”.

<sup>11</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de marzo 7 de 2007. Expediente No. 16.893. Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero.

*por otro (testimonio indirecto o mediato, ex audito alieno) o, simplemente, que relate lo que oyó decir por el rumor público, sin indicación precisa de su origen (de público conocimiento). Únicamente la primera de esta serie de testimonios suministra una verdadera prueba; las otras sólo ofrecen diminutivos más o menos controlables. La frase de LOYSEL sigue siendo verdadera: “Oui dire va par ville, et en un mui de cuider, n’y a point plein poing de savoir” –un tonel de rumores nunca está lleno-. Lo que es de público conocimiento, sólo puede aportar un dato; es así como sólo se lo admite, a falta de otra prueba, en casos excepcionales o para simple informes de moralidad. Se ha desconfiado siempre, con razón, del testimonio indirecto: los antiguos legistas y canonistas lo llamaban testimonio ex credulitate y no lo consideraban probatorio por sí mismo, por oposición al verdadero testimonio llamado ex scientia*  
...<sup>12</sup><sup>13</sup>.

Con el propósito de revisar de manera más amplia el mérito que a los testimonios de oídas atribuye el ordenamiento jurídico colombiano, importa repasar algunos de los pronunciamientos jurisprudenciales provenientes de la Corte Suprema de Justicia.

Si bien es cierto que la Sala de Casación Civil se muestra muy prevenida acerca del mérito probatorio que puede derivarse de los testimonios de oídas, razón por la cual aplica o señala serias restricciones para la admisión de ese medio de prueba, no es menos cierto que no descarta de manera categórica la validez y la importancia que esa clase de pruebas puede llegar a tener como elemento que transmita al juez la convicción necesaria para adoptar las decisiones que de él se reclaman dentro de un determinado proceso.

Así lo refleja la sentencia fechada en febrero 12 de 1980, en la cual se precisó:

***“El testigo de oídas. Crítica de su testimonio. 2. De acuerdo con las normas de la crítica del testimonio, merecen mucho mayor credibilidad las declaraciones de personas que percibieron directamente el hecho sobre el que deponen, que las de aquéllas que los supieron por boca de quien los presenció. Estos últimos son los llamados testimonios de oídas o ex auditu, de muy escaso valor probatorio, a menos que se trate de demostrar hechos muy antiguos o la fama pública, como lo estatúan los artículos 698 y 699 del Código Judicial. Aunque estas normas no aparecen en el Código de Procedimiento Civil en vigencia, su contenido***

---

<sup>12</sup> GORPHE, Francois. La apreciación judicial de las pruebas. Editorial La Ley, Buenos Aires, 1967, páginas 373 y 374.

<sup>13</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de septiembre 19 de 2007. Expediente No. 15.990. Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero.

*forma parte de la sana crítica con la que deben ser apreciados los medios de prueba.*

*En efecto, a través del contacto personal que existe entre el juez y el declarante, y de la razón de la ciencia de su dicho que éste debe suministrar, el juez está en mejor capacidad de apreciar la credibilidad que merezca el testimonio; de valorar si es probable o aun posible que el declarante haya percibido el hecho y si está en condiciones de recordarlo.*

*Es apenas natural que ese proceso de valoración es imposible hacerlo con relación a la persona que dijo haberlo percibido y lo narró al declarante. Respecto del dicho de éste último son mucho mayores las posibilidades de equivocación o de mentira, los grandes defectos que suelen producirse en la prueba testimonial y que la desfiguran notablemente.*

*Con el fin de depurar la prueba de tales defectos, la ley (CPC, arts. 227 y 228) establece diversos requisitos que deben cumplirse cuando se la lleva al proceso, tales como el juramento que debe prestar el testigo; todas las circunstancias que tiendan a establecer la personalidad de éste "y si existe en relación con él algún motivo de sospecha"; evitar que dé respuesta a preguntas sugestivas; que previamente haga un relato espontáneo de los hechos objeto de la declaración; y muy especialmente, "que exponga la razón de la ciencia de su dicho con explicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que haya ocurrido cada hecho y de la forma como llegó a su conocimiento". Todas estas formalidades, de tan señalada importancia para la correcta valoración de la prueba de testigos, son imposibles de cumplir en el testimonio de oídas, que por esos motivos tiene un poder de convicción muy mediocre"<sup>14</sup>.*

Y en el fallo de junio 23 de 2005, la misma Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia sostuvo:

*"Tradicionalmente se ha mirado con reserva y prudencia el testigo que apenas retransmite la versión de otro, tanto que la doctrina y la jurisprudencia han creado una nominación especial. Así se le ha calificado como testimonio de oídas o ex auditur alieno para individualizarlo, por esa específica circunstancia, dentro del género de testigos y así resaltar su singularidad, pues varios principios basilares del derecho probatorio pueden resultar severamente amenazados con la inadecuada valoración de un testigo de estas características.*

*Cuando una declaración llega al oído del juez a través de un intermediario, mínimas preocupaciones de orden metodológico imponen la búsqueda y consulta de la fuente misma, pues el conocimiento original es preferible al que circula por medio de segundas voces, que aún sin intención pueden falsear la percepción primigenia. No se trata solamente de una cuestión formal, ni de temor al engaño, es una simple consideración metodológica propia de las ciencias sociales: es mejor la*

---

<sup>14</sup> 7. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, Sentencia de febrero 12 de 1980. M.P. José María Esguerra Samper.



*fuente que los intermediarios, y la fuente es mejor porque uno es el proceso de aprehensión del conocimiento y muy otro el mecanismo mental que opera cuando se reproduce la representación de los hechos en función narrativa dirigida a un interlocutor que no es el destinatario judicial ordinario, sino apenas otro testigo, no de los hechos vivos, sino de una narración. Obsérvese cuidadosamente que una cosa es la disposición o actitud de escucha en una audiencia judicial y otra, muy distinta, la del testigo que asiste a la narración espontánea y desprevenida que hace otro testigo; una cosa es la escucha intencional y otra la simple expectación pasiva del curioso, cuyo interés por la narración está cruzado por una serie diversa de circunstancias, entre ellas el relajamiento y desatención de quien oye una historia, muy diferente de quien la vive, así sea pasivamente como testigo. Igualmente, la disposición del narrador frente al curioso lejos está de la solemnidad propia de la audiencia judicial. En suma, es exigible que el testigo de visu transmita directamente su percepción en el estrado judicial.*

*Desde la arista del testigo original, sus compromisos narrativos son diferentes si la representación verbalizada tiene como destinatario un auditorio cualquiera, más o menos ávido de la novedad, o un funcionario judicial interesado oficialmente en reproducir la representación de los hechos para hacerla visible en el juicio.*

*En lo que atañe al momento que rodea la narración, entre el episodio judicial formal y la difusión coloquial de una noticia de los hechos, hay notorias diferencias, como quiera que los participantes en la audiencia, jueces y apoderados, tienen interés directo en conocer las aristas singulares de cada caso según sus particulares intereses, lo que no acontece en la desprevenida escucha que hace el testigo intermediario.*

*Todo indica entonces, que si el testigo prístino está identificado, es perentorio evitar la interposición y provocar que se reciba la versión original y directa, en cuyo caso el declarante de oídas tendría como función principal dar noticia sobre la existencia misma del testigo directo, como también servir de control a la versión que este puede brindar como corroboración o rectificación judicial y pública de lo dicho en privado, por el contraste que pueda brindar la versión directa del testigo presencial y lo que de éste oyó decir el otro.*

*En consecuencia, si está identificado el testigo original, el sistema procesal vigente impone como principio la verificación de la fuente, pues tal exigencia se destila de la conjugación armónica de varias normas de procedimiento. Así, el artículo 229 del Código Procedimiento Civil ordena la ratificación para los testimonios recibidos en otro juicio sin audiencia de una de las partes. También se impone la ratificación de las pruebas anticipadas de la que sólo "se prescindirá cuando las partes lo soliciten de común acuerdo", de lo cual se sigue que si tal es el tratamiento -la ratificación- para el testigo escuchado formalmente por otro juez, con mayor razón debe acontecer respecto del testigo que apenas declaró ante otro testigo. Por su parte, el artículo 179 del Código de Procedimiento Civil exige para decretar la declaración de testigos, que "éstos aparezcan mencionados" en otras pruebas o en cualquier otro acto procesal, lo cual exige necesariamente la identificación plena o los elementos necesarios para precisar de quién*

se trata, como cuando se usan las expresiones “el cuñado”, “el hermano”, “el ayudante” de alguien, o voces equivalentes que permitan individualizar la persona referida. En el mismo sentido el artículo 228 numeral 3° del Código de Procedimiento Civil, descarta la posibilidad de recoger en el proceso “las expresiones que el testigo hubiere oído”, pues en tal caso han de exigirse explicaciones adicionales, las cuales en primer lugar tendrán como objetivo identificar la fuente, que en concreto podría ser una de las partes, u otro testigo plenamente identificado, para con su citación cumplir el requisito metodológico de preferir la fuente al intermediario. No poca cosa significa, se añade, que en la petición de la prueba se deba identificar el testigo con las ahehalas concernientes a la dirección y objeto de la probanza.

Es notorio entonces que cuando la fuente remota es una voz anónima, el peligro que se cierne sobre la fiabilidad del método de escuchar al testigo de oídas, llega a límites intolerables, que no pueden salvarse con la simple referencia a la libertad probatoria o a los dictados de la sana crítica.

“.....

Frente al testigo anónimo que habla a través de otro, cómo develar sus intenciones, sus dudas, sus vacilaciones si se mantiene en las tinieblas, cómo preguntarle, cómo pedirle la razón de la ciencia de su dicho, de qué forma hacerlo responsable penalmente, cómo hacer para someterlo al careo de que trata el artículo 230 del Código de Procedimiento Civil, cuál la forma de examinar su personalidad, la fuerza y convicción de sus expresiones, qué será de la exigencia para que su narración sea exacta y completa, son todas preguntas que no tienen satisfactoria respuesta cuando se otorga credibilidad al testigo de oídas. En suma, qué será el derecho de defensa de aquel contra quien se blande un testimonio rendido por medio de un emisario que por todo lo dicho ningún poder suasorio puede tener. Por ello, la Corte en sentencia de 1º de septiembre de 2003, destacó la gran probabilidad de error a que puede llevar el testigo ex auditor alieno y recordó que “Tales declaraciones, valoradas conforme las reglas de la sana crítica, no merecen credibilidad y, en consecuencia, no crean convencimiento ... como quiera que, según lo tiene dicho esta Corporación, en los testimonios de oídas o ex auditu "son mucho mayores las probabilidades de equivocación o de mentira", de donde "está desprovisto de cualquier valor demostrativo, con mayor razón, el testimonio del que afirma un hecho por haberlo oído de la parte misma o a sus causahabientes, en cuanto esa afirmación sea favorable a éstas" (G.J. t, CLXVI, pags. 21 y 22)” (Exp. No. 6943).

Basta lo anterior para concluir que el Tribunal erró cuando otorgó valor probatorio a los testigos Guerrero, Salazar, y Jiménez, quienes apenas recogieron la especie que circulaba, lo cual hicieron cuando relataron hechos anteceditos de expresiones tales como: “se dice”, “según comentaba la gente”, o dijo “un señor moreno de aproximadamente treinta años”, manifestaciones todas que denotan un conocimiento

*heredero del rumor y por lo mismo impropio para fundar una decisión judicial*<sup>15</sup>.

Por su parte, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, sin perjuicio de advertir en forma clara acerca de la importancia y la necesidad de que en cada caso particular se examinen de manera rigurosa las declaraciones obtenidas a través de los denominados testimonios de oídas, con el propósito de que la valoración de los mismos se realice en conjunto con los demás medios de prueba acopiados en cada proceso, ha asumido una postura más consistente en la línea de considerar que esa clase de testimonios se encuentra admitida dentro del sistema normativo que rige en el país y que, por tanto, no hay lugar a desechar la valoración de tales declaraciones por el solo hecho de provenir de testigos que no hubieren presenciado directamente los hechos sino que hubieren tenido conocimiento de los mismos de manera indirecta.

Así, en la sentencia fechada en diciembre 2 de 1993, la mencionada Sala de Casación Penal sostuvo acerca de los que esa Corporación también denomina ‘*testimonios indirectos*’:

*“La fuerza probatoria y la eficacia de estos testimonios no puede desconocerse como lo pretende el recurrente. El juez apreció razonablemente su credibilidad, teniendo en cuenta las circunstancias personales y sociales de los declarantes, las condiciones en que fueron percibidas y oídas aquellas circunstancias que relatan y sus versiones fueron recibidas por autoridad competente con el lleno de las formalidades legales.*

*El valor del testimonio y su credibilidad, enseña Gorphe, obedece a tres factores: a) las aptitudes del sujeto (moralidad, capacidad intelectual y física); b) las propiedades del objeto o materia declarada, y c) la relación sujeto de acuerdo con las condiciones de percepción, memoria, evocación y reproducción.*

*Siguiendo estos lineamientos, el Tribunal llegó a la conclusión de que este grupo de testigos de oídas, no fueron engañados por la ofendida, que ésta les manifestó la verdad y que ellos además en forma clara y precisa pusieron en conocimiento del juez competente esa verdad, que fue aceptada como fundamento del fallo de condena.*

**No puede admitirse, que estas declaraciones carezcan de validez simplemente por tratarse de testigos de oídas, como lo insinúa el recurrente en el curso de su demanda. Este testimonio, que algunos autores denominan indirecto, es perfectamente válido en el**

---

<sup>15</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de junio 23 de 2005. Radicación 0143. Magistrado Ponente, Dr. Edgardo Villamil Portilla.

**sistema procesal penal colombiano y es uno de los medios de convicción a que se ven precisados a recurrir los investigadores en su esfuerzo por descubrir la verdad de lo ocurrido. El valor probatorio de esta clase de prueba, como de cualquier otra, queda sometido a la credibilidad que le otorgue el juzgador de acuerdo al sistema de la sana crítica”.** (Las negrillas y las subrayas no corresponden al texto original)

Por eso afirma Framarino Dei Malatesta que el testimonio de oídas en determinadas circunstancias puede presentar el máximo de valor probatorio y agrega:

**‘... El objeto inmediato de esta clase de testimonio, es el relato que hacen otros al testigo; y se entiende que con relación a ese relato no hay razón alguna para que el testimonio de oídas no pueda lograr la máxima credibilidad, pues el testimonio por conocimiento directo tiene tanta fuerza para atestiguar los hechos percibidos por el testigo y que son su objeto inmediato, como la tiene el testimonio de oídas para atestiguar el relato de los hechos que ha oído el testigo, relato que es el objeto inmediato de esta especie de testimonio ...’** (Lógica de las pruebas en materia criminal).

Las anteriores premisas permiten a la Sala concluir, afirmando —como lo hace la Procuraduría Delegada— que en el proceso adelantado contra la sentenciada Cristobalina Rivas, no se quebrantaron las formas propias del debido proceso, ni se lesionó el derecho de defensa. Tampoco existe el presunto error de derecho en relación con la forma como se allegó al proceso la prueba de cargo, **pues se trata de un medio testimonial de oídas, de especial valor probatorio y gran fuerza de convicción, que se recibió con las formalidades legales, esto es, bajo la gravedad del juramento y fue rendida ante juez competente**, como lo fue el señor juez de instrucción criminal, radicado en la ciudad de Quibdó. En estas condiciones, la demanda no puede prosperar”<sup>16</sup>. (Se ha destacado).

Esa línea de pensamiento se encuentra reiterada en la sentencia de octubre 2 de 2001, en la cual la aludida Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, puntualizó:

**“1.3. El testimonio de oídas, indirecto, de referencia o ex auditu, per se, no puede ser desechado en el estudio conjunto de la prueba. Es pasible de análisis y, por ende, objeto de la sana crítica judicial con fundamento en las leyes científicas, las reglas de la experiencia y los principios lógicos. Merece, entonces, el mismo examen que el directo. La Sala ha sido enfática sobre el punto. Por ejemplo, ha dicho que:**

---

<sup>16</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia diciembre 2 de 1993. Radicación 8166. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Carreño Luengas.

*‘Si bien es cierto el testigo de oídas, lo único que puede acreditar es la existencia de un relato que otra persona le hace sobre unos hechos ... y que generalmente ese concreto elemento de convicción no responde al ideal de que en el proceso se pueda contar con pruebas caracterizadas por su originalidad, que son las “inmediatas”, tampoco implica lo anterior que dicho mecanismo de verificación deba ser rechazado; lo que ocurre es que frente a las especiales características en precedencia señaladas, es necesario estudiar en cada caso particular, analizando de manera razonable su credibilidad de acuerdo con las circunstancias personales y sociales del deponente, así como las de la fuente de su conocimiento, si se ha de tener en cuenta que el testigo de oídas no fue el que presenció el desarrollo de los sucesos y que por ende no existe un real acercamiento al hecho que se pretende verificar (sent. de 2ª instancia, abr. 29/99, M.P. Carlos E. Mejía Escobar)’<sup>17</sup>.*

*‘...el testigo de oídas lo único que puede acreditar es la existencia de un relato que otra persona hace sobre unos hechos, pero no, como sucedería con un testigo presencial, la verificación de los acontecimientos objeto de investigación; por eso del declarante de viso se espera una exposición más o menos fiel de las circunstancias que rodearon el hecho y los motivos por los cuales resultó conocedor directo del asunto objeto de investigación, en tanto de aquél no basta con acreditar las circunstancias que permitan dar credibilidad al dato por él conocido sino que hay que indagar hasta dónde es verídico lo por él escuchado. Generalmente, este elemento de convicción no responde al ideal de que en el proceso se pueda contar con pruebas caracterizadas por su originalidad, que son las inmediatas, y ello conduce a que cuando se cuenta con una o varias de ellas, se haga improbable derrumbarlas con simples datos de oídas, esto es, con pruebas de segundo grado o mediatas. No implica lo anterior que dicho mecanismo de verificación deba ser rechazado; lo que ocurre ... es que es necesario estudiar cada caso en particular, analizando de manera razonable su credibilidad de acuerdo con las circunstancias personales y sociales del deponente...’ (Revisión del 21 de abril de 1998, M.P. Carlos Eduardo Mejía Escobar, Radicación 10.923)’<sup>18</sup>.*

En octubre 18 de 1995, con arreglo a los términos que se transcriben a continuación, la Sala de Casación Penal reafirmó su concepción acerca de la materia que aquí se examina:

---

<sup>17</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 29 de julio de 1999, M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego, Radicación 10.615.

<sup>18</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia 15286 de octubre 2 de 2001. Magistrados Ponentes, Dr. Alvaro Orlando Pérez Pinzón y Dr. Fernando E. Arboleda Ripio.

*“El testimonio de oídas, llamado también indirecto o de referencia, no es de por sí prueba deleznable, sino medio de persuasión serio y creíble cuando aparece corroborado o respaldado por otros elementos de convicción que no permiten dudar de la veracidad del relato hecho por otras personas al testigo ... Tratándose de la crítica a la prueba testimonial ... no debe perderse de vista ... que la hipótesis sugerida por el recurrente relativa a falso juicio de convicción, se torna absolutamente improcedente respecto a medios probatorios sujetos a la libre apreciación del juzgador y en cuya evaluación no se ha incurrido en ostensibles desafueros contrarios a la lógica y las reglas de la experiencia, ni se han desatendido los principios de la crítica razonada...”*

*“De otra parte, importa tener en cuenta que, por lo menos, existen dos formas de “testigo de oídas”: una, la del denominado testigo de oídas de primer grado; y otra, la del conocido como testigo de oídas de grado sucesivo. Aquél es el que sostiene en su declaración que lo narrado se lo escuchó directamente a otra persona, y éste, el que al deponer afirma que oyó a una persona relatar lo que ésta, a su turno, había oído a otra, y así sucesivamente.”*

*“En el análisis de la prueba testimonial, sin duda, el primero ofrece mayor fortaleza que el segundo pues que no es tercera o cuarta voz, sino la inicial respecto de lo afirmado por un tercero”<sup>19</sup>.*

La procedencia de valorar y otorgar crédito a los testimonios de oídas, siempre con extremas cautela y exigencia por parte del juez, encuentra apoyo en este otro pronunciamiento de la misma Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia

***“Pertinencia de las pruebas de referencia.*** Sin embargo, no siempre es factible que los testigos comparezcan personalmente al juicio, caso en el cual, acreditada en términos razonables la imposibilidad de recaudar el testimonio de la fuente directa, por razones constitucionales vinculadas a la realización de la justicia material, se confiere cierto grado de validez al testigo de referencia, que también suele llamarse testigo de oídas o testigo indirecto, y es una especie del género de pruebas de referencia admisibles en la legislación.

“.....

*“Quiere decir lo anterior que el aporte del testigo de referencia no es suficiente por sí solo como medio de conocimiento válido para desvirtuar la presunción de inocencia, pues para tal efecto es indispensable la presencia de otros medios probatorios para verificar o confirmar el contenido del relato indirecto. Así es que, la entidad suasoria de la prueba de referencia no depende de sí misma, sino del respaldo que le brinden las otras pruebas, aunque sea a través de la construcción de inferencias indiciarias.*

---

<sup>19</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de octubre 18 de 1995. Radicación 9.226. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

*“1.4. La admisibilidad excepcional del testimonio de referencia, y el valor menguado que la ley le asigna, se explica, de una parte, porque recorta el derecho a la defensa, en cuanto no es factible interrogar al autor directo del relato que hace quien lo oyó; y de otra, porque al juez se le dificulta la labor de confeccionar raciocinios adecuados sobre la credibilidad del testimonio indirecto, cuando no es posible confrontarlo con la fuente directa del mensaje transmitido por el declarante de referencia.*

*“1.5. De otro lado, la prueba de referencia también es válida si se aduce para corroborar la credibilidad de otros medios, o para impugnar esa credibilidad; y es válida también como elemento de partida de inferencias indiciarias, según se desprende de los artículos 437 y 440 de la Ley 906 de 2004.*

*“.....*

*“1.10. En síntesis, las pruebas de referencia —el testimonio de oídas o indirecto entre ellas—, solo son pertinentes por excepción cuando por alguna razón acreditada en términos razonables no se pueda recaudar la prueba directa; y como tal, la prueba indirecta no es válida por sí sola, ni en conjunto de pruebas indirectas, para desvirtuar la presunción de inocencia más allá de toda duda razonable, sino que siempre será necesaria la presencia de otros medios de conocimiento”<sup>20</sup>.*

En reciente pronunciamiento, esa alta Corporación de Justicia reafirmó la procedencia de valorar los testimonios de oídas en los procesos judiciales, así:

***“Apreciación de la prueba de referencia.*** *“(...) una vez practicada la prueba —testimonial, pericial o documental— no es atinado ni suficiente alegar en las instancias, ni en el recurso extraordinario de casación, que una prueba es de referencia, y por ende, reclamar su exclusión del acopio probatorio sin más argumentos.*

*Lo anterior, toda vez que en el régimen de la Ley 906 de 2004, detectar que una prueba ya practicada es de referencia o que tiene contenidos de referencia no la torna ilegal. Por ello, la parte interesada debe cuestionar su mérito o eficacia demostrativa, en lugar de demandar su exclusión.*

*Lo que se espera es que para el juzgamiento todas las pruebas sean directas. No obstante, a menudo llegan a los juicios contenidos probatorios de referencia, por la manera como suceden las cosas en la realidad.*

*Corresponde a las partes actuar con diligencia en el juicio oral para detectar las pruebas de referencia o los contenidos referidos de alguna prueba —testimonial por ejemplo—. La objeción a las respuestas de referencia es el camino correcto para evitar que ese tipo de contenidos*

---

<sup>20</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Sentencia de marzo 30 de 2006, radicación 24468. M.P. Édgar Lombana Trujillo.

*ingrese al conjunto probatorio, o para que el juez los advierta en la apreciación.*

*Como se observa, es un problema que atañe esencialmente a los adversarios; muchas veces el juez no identifica prima facie las manifestaciones de referencia, sin que ello comporte una falta al deber funcional.*

*Es más, puede ocurrir que la parte oferente de la prueba sea consciente que contiene algunas expresiones de referencia; no por ello toma distancia del principio de lealtad, ya que para garantizar la transparencia, la declaración se rinde en público, frente a la contraparte y al juez. Y aún, es factible que la contraparte identifique la prueba de referencia y que no objete ni solicite al juez interrumpir el discurso del testigo, para cuestionar posteriormente la credibilidad del mismo.*

*3.3.5. Cuando ya se ha practicado la prueba y esta se cataloga de referencia o con contenidos de referencia, no por ello la prueba se torna ilegal y nunca lo ha sido. Por lo tanto, no es atinado solicitar sea excluida del acervo probatorio, pues la regla de exclusión solo puede recaer sobre pruebas ilícitas o pruebas ilegales, como se explicó en los capítulos anteriores”<sup>21</sup>.*

Una vez más, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia reafirmó la validez de allegar y apreciar judicialmente los testimonios de oídas en la sentencia cuyos apartes se transcriben a continuación:

*“Los medios del conocimiento obtenidos en actos de indagación y de investigación técnica o científica, como experticias, diagnósticos, entrevistas, reconocimientos, declaraciones de eventuales testigos, interrogatorios a indiciados, informes de investigación de campo, actas de reconocimiento fotográfico, huellas, manchas, residuos, vestigios, armas, dineros, mensajes de datos, textos manuscritos, mecanografiados, grabaciones fonotípicas, videos, etc. (art. 275, lit. h) son evidencia probatoria del proceso cuando son presentados ante el juez en la audiencia de juicio oral por el sujeto procesal a través del testigo de acreditación (fuente indirecta del conocimiento de los hechos) que es el responsable de la recolección, aseguramiento y custodia de la evidencia.*

*La validez de la prueba así obtenida está supeditada a que se reciba y recaude en el marco de la legalidad (arts. 276 al 281); en tales condiciones, son pruebas del proceso y por ende, apreciables de conformidad con el artículo 273 ib.; por manera que su apreciación se regula de conformidad con los criterios establecidos en la ley para cada prueba legalmente establecida, porque de principio “Toda prueba pertinente es admisible...” (art. 376 ib.) y apreciable (art. 380 ib.) según los criterios establecidos en el respectivo capítulo.*

---

<sup>21</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de febrero 21 de 2007. radicación 25920. M.P. Javier Zapata Ortiz.



Además de ello, si el órgano de indagación e investigación comparece a la audiencia de juicio oral como “testigo de acreditación”, certifica idoneidad en la materia de la experticia técnica o científica y se somete a la contradicción —interrogatorio y contrainterrogatorio— de los sujetos procesales (el debate que refiere el censor), **su testimonio es prueba del proceso, tanto como los medios de conocimiento que aporte** (documentos, entrevistas, reconocimientos, actas, videos, etc.), sencillamente porque entran al juicio oral por el umbral de la legalidad cuando el juez del conocimiento así lo declara.

En ese orden, el testimonio (de oídas) que rinde deberá ser apreciado y controvertido como prueba testimonial (arts. 383 a 404); los dictámenes periciales que suministre el experto y su dictamen se apreciarán bajo las reglas de contemplación jurídica y material de esas experticias (arts. 405 al 423 ib.); los documentos que suministre —entre los que caben los textos manuscritos, las grabaciones magnetofónicas, los discos de todas las especies, los videos, las fotografías, cualquier otro objeto similar... artículo 424— se apreciarán como tal a la luz de los artículos 425 al 434; las pruebas de referencia (practicadas por fuera de la audiencia de juicio oral y que son utilizadas para probar o excluir uno o varios elementos del delito...) se valorarán a la luz de los artículos 438 al 441 ib.

Por manera que, después de haber sido legítimamente incorporado un medio cognoscitivo (elemento material probatorio y evidencia física, art. 275) de manera legítima por el sujeto procesal, bien de forma directa, ora a través del órgano de indagación o de investigación (testigo de acreditación, fuente indirecta del conocimiento de los hechos) que la recaudó **en la fase de indagación e investigación** y acreditada la cadena de custodia, en fin, la legalidad del medio de convicción y la controversia (art. 392), será un referente válido —prueba— **en el juicio**, óptimo para definir la responsabilidad penal en cualquier sentido: condenatorio, absolutorio, o declaratorio del estado de duda (CPP, arts. 7º y 381).

“.....

No obstante, la **fuentes indirecta del conocimiento de los hechos** (es decir, el testigo de acreditación, el representante del órgano de indagación o de investigación, policía judicial, perito, experto técnico o científico, etc.) que accedió al medio de conocimiento comparece como testigo, rememora bien, se somete a los contrainterrogatorios de parte, relata con exactitud el verdadero comportamiento del entrevistado, el verdadero sentido de sus respuestas, la verdadera incriminación, etc.

En este caso, el medio de conocimiento así acreditado (que está integrado por la versión preliminar —entrevista, reconocimiento, acta—, la versión de la audiencia pública del testigo —algunas veces retráctil, renuente, elusivo, etc.— y el testimonio del órgano de indagación e investigación) es **prueba integral del proceso** susceptible de contemplación jurídica y material articulada.

En esos eventos el juez tiene **dos referentes** con respecto al tema de prueba a los que se enfrenta:

*De una parte, la posición —explicable— que adopta en la audiencia el primer testigo (fuente directa o primaria del conocimiento de los hechos) que ante el órgano de indagación e investigación dijo una cosa y en el juicio no se ratificó, se retractó, nada recordó, nada dijo, negó haber dicho, negó haber reconocido, etc., y de otra, la versión del “testigo de acreditación”, representante del órgano de indagación o investigación que lo entrevistó, lo examinó, etc., compareció a la audiencia pública, acreditó su idoneidad, acreditó la cadena de custodia de los elementos materiales probatorios y evidencia física, aportó documentos obtenidos (actas, entrevistas, dictámenes, fotografías, documentos gravados, reconocimientos, etc.), se sometió a los contrainterrogatorios y su testimonio y aportes fueron admitidos legalmente como pruebas del proceso.*

*Cuando este tipo de eventualidades se presenta —que no serán pocas las veces— la Sala precisa que en casación no se está ante un error in iudicando relacionado con la **contemplación jurídica** de la prueba, porque no existen de principio vicios de aducción, ni tarifa probatoria positiva o negativa desconocida.*

*Recuérdese que cuando el juez de la causa, que es por excelencia juez de garantías, declara una a una la aptitud probatoria de la evidencia, la prueba tiene un aval de legalidad que habrá que desquiciarse de manera prioritaria en sede de casación”.*

“.....

*Para la Sala es claro que la contemplación de prueba testimonial no tiene un referente exclusivo, único y excluyente, circunscrito a la actitud del testigo (fuente primaria del conocimiento de los hechos) en la audiencia de juicio oral y público.*

*En síntesis: No es regla del pensamiento judicial penal (tarifa probatoria negativa) predicar que si el testigo que ayer imputó ante el órgano de investigación y hoy se retracta o nada contesta en el juicio, por esa razón le imprima un sentido absolutorio a la sentencia. Dicho de otra manera, el juez tiene el deber constitucional y legal de apreciar las pruebas válidamente aducidas al proceso y fallar en justicia, de conformidad con el sistema de persuasión racional con apoyo en los medios probatorios con los que cuenta el proceso.*

*Por ello, el concepto de prueba testimonial como medio del conocimiento no es de cobertura restrictiva; no se puede entender cómo si el testigo directo en la audiencia del juicio oral se retracta o guarda silencio, entonces de nada valen las imputaciones que hizo ante el órgano de investigación o de indagación, las evidencias que suministró y que fueron aportadas legítimamente por el testigo de acreditación que también declara en el proceso.*

*La esencia del proceso constitucional-penal es acceder al valor justicia, en síntesis, porque se trata de un proceso de búsqueda de la verdad que tiene por finalidad hacer prevalecer el derecho sustancial sobre el derecho formal..., se trata de hacer justicia material en cada caso.*

“.....

*La máxima virtud del buen juez es la apreciación correcta de la prueba para proferir una decisión que sea expresión adecuada de la justicia material.*

*Si la persona que representa al órgano de indagación e investigación se acredita como testigo y aporta evidencias legalmente suministradas por la fuente primaria del conocimiento, acude al juicio oral y rinde una versión coherente, seria, demostrable de los hechos objeto del proceso penal, su aporte tiene la validez de la prueba en el juicio porque es un testigo de oídas.*

*El proceso penal es y sigue siendo un proceso dialógico y la esencia del papel del juez radica en auscultar la credibilidad de todos los medios de conocimiento legalmente establecidos (pruebas directas, documentos, testimonios directos e indirectos, videos, cintas magnetofónicas, pruebas de referencia, inferencias lógicas, etc.) todo ello dentro del marco de la Constitución, la ley y el respeto de los derechos fundamentales.*

*Por ello, la Sala expresa su criterio en el sentido de que las pruebas legalmente aducidas a la audiencia del juicio oral y público por el representante del órgano de indagación e investigación a través de testigos de acreditación, después de aportadas legítimamente y puestas a la orden de la controversia, son pruebas del proceso y por consiguiente apreciables según los criterios de cada medio de convicción, tanto como el testimonio de persona renuente, cuya contemplación material es susceptible de conjurarse con la versión que suministre el testigo de acreditación”<sup>22</sup>.*

En cuanto los análisis que acerca del testimonio de oídas y de su eficacia probatoria ha realizado la doctrina, es posible destacar la posición asumida por importantes autores nacionales como los profesores Devis Echandía<sup>23</sup> y Parra

---

<sup>22</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de noviembre 8 de 2007. Radicación 26411. Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Gómez Quintero.

<sup>23</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. “Teoría General de la Prueba Judicial”. Tomo II. Primera edición colombiana. Biblioteca Jurídica Diké. Medellín, 1987. A páginas 76 a 79, se lee:

*“a) EL TESTIMONIO DE OIDAS. Cuando lo que se relata no es el hecho que se investiga o se pretende demostrar, sino la narración que sobre este han hechos otras personas, el testimonio se llama de oídas o ex auditu. No existe entonces una representación directa e inmediata, sino indirecta o mediata del hecho por probar, ya que el testigo narra no el hecho representado, sino otro representativo de éste, a saber: el relato de terceros. Objeto de estos testimonios es la percepción que ex auditu tuvo el testigo, es decir, el hecho de la narración oída, y no el hecho narrado por esos terceros.*

*El testimonio de oídas puede tener diferentes grados, según que el testigo narre lo que personalmente oyó o lo que otra persona le dijo haber oído a una tercera, y así sucesivamente. En este sentido se habla de testimonios de auditu propio y de auditu alieno o auditu auditus. Antiguamente se negaba al segundo el carácter de verdadero testimonio y todo el mérito probatorio a la declaración; actualmente, algunas legislaciones rechazan el testimonio de oídas en general y otras dejan al juez en libertad para apreciarlo. En el segundo caso, el valor probatorio va disminuyendo a medida que se aleja de la fuente original.*

*También en la doctrina se ha discutido acerca de la admisibilidad de esta clase de testimonios y sobre su conveniencia.*

Quijano<sup>24</sup>, quienes, en buena medida y siguiendo las orientaciones de la jurisprudencia, coinciden en admitir la validez y la credibilidad que transmiten los

---

*Sabemos que uno de los principios generales de la prueba judicial es el de su originalidad, es decir, que en lo posible debe referirse directamente el hecho por probar, porque si apenas se refiere a hechos que a su vez sirven para establecer aquél, se tratará de prueba de otra prueba, que no produce la misma convicción y encierra el riesgo de testimonios de oídas son poco recomendables, porque no cumplen aquel requisito fundamental de toda buena prueba; de tal modo que si existen testigos presenciales o que de otra manera hayan percibido directamente el hecho por probar, porque si apenas se refiere a hechos que a su vez sirven para establecer aquél, se tratará de prueba de otra prueba, que no produce la misma convicción y encierra el riesgo de conducir a conclusiones equivocadas. Desde este punto de vista, los testimonios de oídas son poco recomendables, porque no cumplen aquel requisito fundamental de toda prueba; de tal modo que si existen testigos presenciales o que de otra manera hayan percibido directamente el hecho por probar, se les debe oír directamente, en vez de llamar a declarar a quienes oyeron de ellos el relato de su experiencia.*

*Como muy bien lo dice Giovanni BRICHETTI, “la prueba no original, es decir, la prueba de otra prueba, presenta una doble posibilidad de engaño: la posibilidad inherente a sí misma, y aquella inherente a la prueba original que contiene”; cuanto más se aleja de la fuente original, más disminuye la fuerza o eficacia de la prueba. ELLERO observa que la desconfianza crece, cuanto más son los grados porque el testimonio pasa. Sin embargo no deben desecharse en forma absoluta los testimonios de oídas, porque no siempre es posible obtener la prueba original, sea de testigos que hayan percibido los hechos o de confesión o de la percepción directa del juez mediante las inspecciones judiciales o de documentos emanados de las partes; puede suceder que falten estos medios, sin duda preferibles, y entonces puede ser útil recurrir a aquellos testimonios, no obstante su escaso mérito probatorio como elementos complementarios o simples indicios. Pero cuando existen esos otros medios se debe procurar su recepción o práctica, en vez de la de testimonios de oídas, y debiera autorizarse el juez para negar su admisión; en este caso sería mejor otorgarles a los testimonios de oídas el valor de indicio del hecho narrado, cuando no existen otros medios que lo prueben ni lo desvirtúen, libremente valorado por el juez, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, el carácter y las demás condiciones personales de los declarantes y de las personas de quienes escucharon aquellos la narración, la índole del hecho y las relaciones con las demás pruebas; es decir, sin que con ellos se puedan desvirtuar otros testimonios de quienes hayan percibido tales hechos o una prueba documental o de inspección judicial y mucho menos de confesión, ni suplirse estos medios cuando era posible su práctica. Como dice ELLERO lo acepta SILVA MELERO el problema está en determinar la veracidad de tales informes o su credibilidad”.*

<sup>24</sup> PARRA QUIJANO, Jairo. “Manual de Derecho Probatorio”. Décima Primera Edición. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá, 2000. A páginas 272 a 274 precisa:

*“Mediante el testigo de oídas, el juez no logra la representación de los hechos valiéndose directamente del testigo que los presenció, sino de otros que oyeron a aquél referirlos. Si nos valemos de un símil para significar la representación que se logra de los hechos a través del testimonio, podríamos decir que el juez los conoce mirándose en una especie de espejo (testimonio), pero si no se trata del testigo presencial, el juez va a verlos a través de un espejo que refleja a otro, el que si contiene representados los acontecimientos. De tal manera que en esta modalidad de declaración, por ser una prueba de otra, aparecen dos posibilidades de error; el (posible) de la primera percepción, y el (posible) de quien está oyendo lo que otro percibió, lo que hace patente el principio que dice que la prueba cuanto más se aleja de su fuente original, más disminuye su fuerza y eficacia.*

## **1. GRADOS DEL TESTIGO DE OÍDAS**

### **a. De primer grado**

*Es el caso de aquella persona que al relatar unos hechos sostiene que los oyó narrar a otra (numeral 3º del artículo 228 del C. de P.C.): “... Si la declaración versa sobre expresiones que el testigo hubiere oído, o contiene conceptos propios, el juez le ordenará que explique las circunstancias que permitan apreciar su verdadero sentido y alcance”. Ejemplo: el testigo afirma haber oído, a Juan, decir: “ví a Pedro hoy, a las diez de la mañana, en la Plaza de Bolívar, lucía un vestido rojo con vivos azules” (art. 294 del C. de P.P. y 531 ordinal 2º del C. de J.P.M.).*

### **b. De grado sucesivo**

testimonios de oídas, no sin efectuar las prevenciones obvias y naturales que exige la valoración rigurosa de esta clase particular de pruebas.

Siendo así las cosas, la Sala estima propicia la ocasión para precisar –en línea con la postura jurisprudencial que se mantuvo en los ya referidos fallos que expidió en los años de 2001<sup>25</sup>, 2003<sup>26</sup> y 2004<sup>27</sup>, así como en la dirección que refleja la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia–, que el testimonio de oídas constituye un medio de prueba cuya valoración no puede desecharse o

---

*Se trata de aquella persona que dice haber oído a otra relatar unos hechos que ésta, a su vez, los había oído a otra y así sucesivamente. Ejemplo: el deponente afirma haber oído decir a Juan: “Jorge comentó que vio ayer a Pedro, a las diez de la mañana, en la Plaza de Bolívar, que lucía un vestido rojo con vivos azules”.*

## **2. EFICACIA PROBATORIA**

*La pregunta que debe formularse es: ¿el testimonio de oídas puede llegar a ser un medio de persuasión atendible?*

*La respuesta a este interrogante es positiva. Pero la afirmación está condicionada a los siguientes presupuestos:*

*1.- No es para reemplazar al testigo presencial de los hechos. Si éste existe y puede ser citado hay que hacerlo. Pues como se dice, quizá con un poco de exageración, pero con algún sentido: “En la generalidad de los casos la prueba de referencia, es poco recomendable, pues supone eludir el oportuno debate sobre la realidad misma de los hechos y el dar valor a dichos de personas que no han comparecido en el proceso...”.*

*2.- Cuando los testigos son todos de oídas, que afirman haber oído decir, o que les dijeron, sin ningún apoyo en otra prueba, sin nada serio que justifique frente a ellos el relato, no se les puede dar credibilidad. Cosa distinta es por ejemplo que una persona moribunda cuente frente a una o varias personas quién la hirió. Entendidas esas circunstancias y la pequeña historia del asunto, es posible darles credibilidad. Pero cuando sin ninguna razón, por ejemplo: en una calle una persona se encuentra causalmente con otra y empieza a contarle unos hechos. El que recibió el relato a su vez le cuenta a otro lo que el anterior le dijo, esto son testimonios sin valor probatorio. Este sería un caso de prueba no recomendable y entre los muchos motivos para no creerle está la circunstancia en que se afirma fue hecho el relato.*

*3.- A los testigos de oídas o de referencia se les da valor o no como testigos. Pero hay que repudiar la tendencia de darle valor de indicio, cuando no son muy creíbles, como si las pruebas “degeneradas”, “no pruebas”, puedan generar indicios. Se ha dicho: “En el sentido de su valor probatorio es muy reducido” y en ningún caso pueden constituir la única prueba, actuando más bien como indicios corroborantes junto a otro tipo de pruebas de carácter directo o indiciario. Criterio éste que no compartimos de ninguna manera porque si los testimonios de oídas aparecen apuntalados con otras pruebas atendibles y dentro del universo de un caso determinado, se les puede dar valor. Tampoco se pueden tener como indicios o no atendibles por lo dicho.*

*4.- En nuestro criterio, dictar una medida de aseguramiento, una resolución de acusación o una sentencia, con base en testimonios de referencia, viola en forma franca el derecho de contradicción y el debido proceso, salvo que exista apuntalamiento de lo vertido por los testigos de oídas por otros medios probatorios. O que las circunstancias en que se dice ocurrió el relato sean lo suficientemente atendibles, según el buen juicio del ser humano”.*

<sup>25</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de febrero 16 de 2001. Expediente No. 12.703. M. Ponente. Dra. María Elena Giraldo Gómez.

<sup>26</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias de septiembre 4 de 2003. Expediente No. 11.615 (R- 5880). Consejero Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

<sup>27</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de marzo 11 de 2004. Expediente No. 14.135 (R-9259). Consejero Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

desestimarse, sin más, por el sólo hecho de que la versión que rinda el declarante haya llegado a su conocimiento por la transmisión que de la misma le hubiere realizado otra persona y no por la percepción directa de los hechos respectivos.

Ahora bien, como ocurre con cualquier otro medio de prueba admitido por la ley, la valoración del testimonio de oídas deberá realizarla el juez de manera conjunta con los demás elementos probatorios que hubieren sido oportuna y regularmente acopiados en el proceso, con el agregado de que en estos casos debe tenerse especial cuidado para efectos de someter la versión del declarante a un tamiz particularmente riguroso con el fin de evitar que los hechos a los cuales se les otorgue credibilidad resulten finalmente distorsionados por el proceso de comunicación a que se encuentra sometida una declaración de tal naturaleza, puesto que es evidente que el relato de los hechos que realizará el testigo de oídas no dirá relación con aquellos que él hubiere percibido de manera directa sino que se referirá a hechos respecto de los cuales tuvo conocimiento de manera indirecta, por la referencia o transmisión que sobre los mismos le hubiere efectuado otra persona.

Precisamente para evitar que los hechos lleguen alterados al conocimiento del juez, como resultado de la transmisión que ha de ocurrir acerca de la versión de su acaecimiento cuando el conocimiento sobre los mismos se obtiene a través de testimonios indirectos o de referencia, el juzgador ha de ser particularmente cuidadoso en verificar, entre otros aspectos de importancia, *i*).- las calidades y condiciones del testigo de oídas; *ii*).- las circunstancias en las cuales el propio testigo de oídas hubiere tenido conocimiento, indirecto o por referencia, de los hechos a los cuales se refiere su versión; *iii*).- la identificación plena y precisa de la(s) persona(s) que, en calidad de fuente, hubiere(n) transmitido al testigo de oídas la ocurrencia de los hechos sobre los cuales versa su declaración, para evitar así que un verdadero testimonio pueda confundirse con un rumor, en cuanto proviniera de fuentes anónimas o indeterminadas; *iv*).- la determinación acerca de la clase de testimonio de oídas de que se trata, puesto que estará llamado a brindar mayor confiabilidad el testimonio de oídas de primer grado que aquel que corresponda al grado sucesivo por ser el resultado de haber escuchado a otro relatar unos hechos de los cuales dicho tercero tuvo conocimiento por el relato que, a su turno, recibió de otra persona y así sucesivamente.

En ese sentido resultará particularmente importante que el juez relacione y, si fuere posible, coteje la declaración del testigo de oídas con el resto del conjunto probatorio para efectos de verificar la coincidencia y la consistencia de tal declaración con los aspectos fácticos que reflejen o evidencien los demás medios de prueba legalmente recaudados.

Si *ab initio* el juez advierte la existencia de diversos medios probatorios para acreditar la ocurrencia de unos mismos hechos y la posibilidad de recaudar uno o varios de ellos, naturalmente ha de preferirse el acopio de las pruebas originales, esto es aquellas que den cuenta de los hechos respectivos en forma directa y sin intermediación alguna, sin embargo ante la ausencia o la imposibilidad de disponer de otras pruebas, resulta claro que el testimonio de oídas constituirá una herramienta importante para que el juez pueda cumplir su ardua y compleja tarea de buscar la verdad con el propósito fundamental de llevar a cabo su muy noble y delicada misión de administrar justicia.

Téngase presente que la legalidad del testimonio de oídas no deriva de simples inferencias y ni siquiera de creaciones jurisprudenciales –las cuales de resultar razonables y fundadas en los principios que informan el ordenamiento vigente resultarían suficientes para que dicho medio de prueba pudiese ser válidamente recaudado y valorado en los procesos judiciales que cursan ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo–, sino que encuentra apoyo inmediato en la expresa consagración que del mismo realiza el régimen procesal en Colombia, comoquiera que el numeral 3 del artículo 228 del Código de Procedimiento Civil, le ordena al juez que le solicite al declarante “... que explique las circunstancias que permitan apreciar su verdadero sentido y alcance”, cuando “... la declaración versa sobre expresiones que el testigo hubiere oído, ...”.

De esa manera, pues, queda claro, de una parte, que la recepción de los testimonios de oídas se encuentra contemplada explícitamente en el régimen legal colombiano y, de otra parte, que la valoración o apreciación de tales versiones exige, por mandato de la propia ley, mayor rigor de parte del juez en cuanto se requiere una información más detallada acerca de las circunstancias en que el propio testigo hubiere tenido acceso a los relatos correspondientes, cuestión que se revela obvia y explicable dado que –como ya se ha puesto de presente–, en esta modalidad existen mayores riesgos o peligros de que los hechos respectivos puedan llegar distorsionados al conocimiento del juez.

Una vez despejado el tema relacionado con el mérito probatorio de los testimonios de oídas, la Sala procederá a analizar, con la línea que se ha dejado trazada, cada una de las versiones emitidas por las personas que, según sus relatos, atribuyen la muerte del señor Zediel León Páez al Ejército Nacional, ora porque ello les fue narrado por otra persona –como lo es el caso de los señores Guillermo Ariza Cubides y Joel Ramírez Palma–, ora porque se habrían encontrado en el lugar de los hechos, como lo sostuvieron los señores Ceferino Gélvez y Miguel Arcángel Ariza y la señora Sara González.

Pues bien, como lo aceptan en sus declaraciones los dos primeros testigos, señores Guillermo Ariza Cubides y Joel Ramírez Palma, ellos no contaron con el conocimiento directo de los hechos, puesto que el relato de los mismos encuentra fundamento en la versión, o mejor, en lo que al respecto les contó otros de los declarantes, señor Miguel Arcángel Ariza quien, según los primeros, sí tuvo conocimiento directo de la muerte del señor Zediel León Páez.

Es así como el señor Guillermo Ariza Cubides, dentro de su declaración, señaló *<<yo me enteré de esto, porque yo vivo cerquita de donde mi hermano Miguel Arcángel, entonces él a lo que ya se fueron, entonces él se fue para allá para donde mi persona y me contó todo lo que había pasado>>*.

Por su parte, el señor Joel Ramírez Palma sostuvo *<<según los comentarios de la gente como que el Ejército lo capturó, un señor lo miró que lo habían agarrado a él detenido Arcángel, vio cuando lo cogieron a él el Ejército, él mismo me contó lo que yo estoy diciendo ... yo digo esto porque me lo contó don Arcángel>>*.

Aunque los anteriores testigos fueron contestes en atribuir el deceso de la víctima al Ejército Nacional, así como en identificar a la fuente de sus declaraciones – Miguel Arcángel Ariza–, la Sala descartará la eficacia probatoria de todas esas declaraciones, comoquiera que, al analizar el testimonio de la persona que habría conocido el hecho en forma directa y en quien, por tanto, sustentaron sus versiones los señores Ariza Cubides y Ramírez Palma, se encuentra que dicha fuente no aportó al proceso una información clara y precisa en relación con el acaecimiento del hecho, puesto que, en realidad, el tampoco contó con el conocimiento directo del mismo, tal como lo aceptó en su declaración.



En efecto, según se extrae de la declaración dada por el señor Miguel Arcángel Ariza, la Sala encuentra que buena parte de su versión aludió a que conocía a la víctima, a su desarrollo personal y familiar, al lugar en donde vivía y a que el día de su muerte se encontró con él; sin embargo, en cuanto al acaecimiento del hecho se refiere y a las circunstancias en las cuales el mismo se habría producido, el testigo manifestó claramente no haber presenciado el momento en el cual resultó muerto el señor Zediel León Páez, tal como lo refleja la siguiente parte de su versión:

*“... y al llegar a la finca **esa tuvo que ser**, ahí se identificaron que eran del batallón veintisiete de San Alberto **y yo no vi eso**, pero se escuchó el plomeo, hubo bastantísimos disparos, en ese trayecto de la finca mía a la de ellos, fue cuando se formó el enfrentamiento y fue cuando lo mataron a él, él se despidió y al ratico que se fue se formó la plomasea (sic), como eso queda al frente, quedará a unos mil metros de lejos, **yo no vi los hechos**, pero oí los disparos y al rato se corrió la bola que lo habían matado a él (...):”* (Destaca la Sala).

Como puede observarse, el señor Miguel Arcángel Ariza sustentó su versión de los hechos y, por ende, la atribución de los mismos al ente demandado en simples conjeturas <<esa tuvo que ser>>, en rumores <<al rato se corrió la bola que lo habían matado a él>> y no, en su propia percepción, porque no tuvo, como equívocamente lo sostuvieron los dos primeros testigos, el conocimiento directo de los hechos y ni siquiera accedió a dicho conocimiento de manera indirecta o por relato recibido de otra persona, tal como él mismo lo señaló: <<y yo no vi eso, pero se escuchó el plomeo ... yo no vi los hechos, pero oí los disparos>>.

Así las cosas, en cuanto se ha determinado que el señor Miguel Arcángel Ariza, cuya declaración sirvió de fuente a los testigos de oídas, en realidad tampoco tuvo conocimiento directo ni indirecto del supuesto enfrentamiento armado y, por ende, en modo alguno pudo establecer, de manera cierta y directa, que habría sido el Ejército Nacional el que dio muerte al señor Zediel León Páez, tanto su declaración como las de los primeros testigos carecen de credibilidad en este juicio, pues, se insiste, tanto las declaraciones rendidas por los testigos de oídas como la fuente misma de aquéllas, no arrojan una información clara y precisa acerca de la forma en la cual habrían ocurrido los hechos, dado que consistieron en simples rumores, deducciones o conjeturas que, según las pautas antes señaladas, no le ofrecen al juez de la causa la certeza que permita edificar un fallo

estimatorio de las pretensiones de la demanda tan frágil y endeble como el que acerca de la ocurrencia de los hechos se trajo al expediente de la referencia.

Ahora bien, restan entonces las otras dos declaraciones recepcionadas en este proceso, las cuales fueron suministradas por la señora Sara González y por el señor Ceferino Gélvez, quienes a pesar de que expresaron tener conocimiento directo de los hechos, lo cierto es que, de igual manera que lo advertido frente al testimonio del señor Miguel Arcángel Ariza, ello no fue así, tal como se desprende de sus propias versiones, a saber: Sara González indicó:

*“(...) escuché unos tiros y por allá disparaban y **dijeron que era el Ejército y yo me fui para la casa** entonces cuando supe que tenían un poco de detenidos a Abraham y a Toño Duarte y a la señora y al muchacho Zediel y cuando yo miré fue que los otros bajaban en el bus, en la buseta que sale de allá de los Cedros, **tal vez** el Ejército salía, y ellos bajaban y como por ahí está la guerrilla el Ejército **tal vez** los detuvo a ellos, y yo a Zediel no lo vi bajar yo lo vi a él luego de muerto, cuando yo supe fue que a Zediel lo habían matado, yo vi al Ejército que venía con las bestias sobre las bestias (sic), traían a los muertos, y entre ellos **la gente comentaba que entre esos estaba Zediel (...)**”.*

Por su parte, el señor Ceferino Gélvez, a quien al formularsele pregunta expresa acerca de si tuvo conocimiento, o no, de las personas que realizaron los disparos que dieron por muerte al señor Zediel León Páez, indicó: <<**No, no tengo conocimiento porque no supe que sería la balacera, no se**>>.

Fíjese entonces cómo la señora González, quien al inicio de su declaración afirmó tener conocimiento de los hechos porque “... como yo vivo en la vereda Los Cedros, y eso sucedió en la Vereda la Isla, yo vivo detrás de un filo grande, y en la mañana yo bajé por ahí a la tienda algo que necesita (sic)... ”, se contradujo posteriormente al sostener que, una vez escuchó unos tiros “... **y dijeron que era el Ejército**”, se retiró hacia su casa, cuestión que permite determinar, sin la menor hesitación, que en realidad esa testigo no presencié el hecho y mucho menos observó al Ejército Nacional haber dado muerte a la víctima, pues su declaración, en tal sentido, se basa en simples especulaciones y rumores: <<**dijeron que era el Ejército**>>, <<**tal vez el Ejército salía**>>, <<**tal vez los detuvo a ellos**>>, <<**la gente comentaba que entre esos estaba Zediel**>>, los cuales no arrojan una información clara y contundente por virtud de la cual se pueda atribuir, con claridad meridiana, que habrían sido miembros del Ejército Nacional quienes, a través de sus armas de dotación oficial, hubieren causado la muerte del señor Zediel León Páez.

En consecuencia, no se encuentra acreditada la relación de causalidad entre el accionar del ente demandado y el hecho dañoso atribuido al Estado<sup>28</sup>.

Así las cosas, las aseveraciones contenidas en la demanda respecto de los presupuestos fácticos de la misma, en cuanto permitirían deducir responsabilidad patrimonial al Estado, no están acompañados del soporte probatorio suficiente, por lo cual resulta absolutamente claro que la carga de la prueba de tales hechos en el proceso incumbía a la parte interesada en demostrar que concurren, en el *sub iudice*, los elementos exigidos por el artículo 90 de la Constitución Política para que el juez pudiese ordenar al Estado la reparación de los daños antijurídicos que, con su acción u omisión, éste hubiere ocasionado.

Por consiguiente, ante el vacío probatorio evidenciado y la aplicación de las reglas de la carga de la prueba, la Sala concluye que las consecuencias desfavorables de su inactividad probatoria deben ser asumidas por la parte sobre la cual recaía el preanotado *onus probandi*, esto es la accionante, razón por la cual habrá de confirmarse la sentencia apelada.

En este punto debe precisarse que dentro de su impugnación, la parte demandante aceptó –aunque después ella misma lo refutó en sus alegaciones finales para abrirle paso a la prueba indiciaria– la ausencia de material probatorio porque, según su juicio, fue la entidad demandada la que se abstuvo de allegar la información requerida como prueba al proceso.

Al respecto, la Sala debe puntualizar que no es ésta la oportunidad procesal pertinente para alegar, como excusa al incumplimiento del deber de probar los fundamentos de hecho de la demanda, que habría sido la conducta de su contraparte la que habría determinado la escasez probatoria en el litigio, toda vez que si existió una conducta dilatoria y negligente de las entidades o personas requeridas para allegar determinada información al proceso debió la parte interesada advertirlo en las oportunidades procesales respectivas ante el juez de primera instancia y no tratar ahora, por vía del recurso de apelación y ante la negativa de sus pretensiones, de corregir una falencia que le es atribuible, pues según lo normado en el artículo 177 del C. de P. C., al cual acude la Sala por

---

<sup>28</sup> En este sentido, ver sentencia proferida el 25 de febrero de 2.009, exp. 16.173.

disposición expresa del artículo 168 del C.C.A., a través de la carga de la prueba le corresponde a la parte interesada probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que aquellas persiguen.

Ahora bien, ocurre que al revisar el proceso, la Sala encuentra que las diferentes entidades a las cuales les fue requerida la información solicitada en la demanda atendieron la solicitud que les hizo el Tribunal *a quo*, sólo que ninguna de ellas contaba con la información objeto de cada prueba, tal como lo reflejan los siguientes documentos:

- Oficio de noviembre 17 de 1998, emanado de la Alcaldía Municipal de San Alberto (Cesar), a través del cual se dio respuesta al oficio 4382 del *a quo*, mediante el cual se indicó que la información requerida –acta de levantamiento de cadáver– no reposaba en sus archivos porque entre los años 1994 y 1998, la Inspección Central de Policía de ese municipio no llevó a cabo diligencias de levantamientos de cadáveres (fl. 49 c ppal).

- Oficio 5068 de la Secretaría Común de los Juzgados Regionales (sede en Barranquilla), a través del cual se dio respuesta al oficio 4374 del *a quo*, en el sentido de informar que por el nombre de la víctima no era posible ubicar los nombres de los procesados por un determinado delito (fl. 50 c ppal).

- Oficio 2572 de la Fiscalía General de la Nación, a través del cual se dio respuesta al oficio 4376 del *a quo*, en el sentido de informar que en la Fiscalía Delegada ante los Jueces Regionales del Cesar no cursaba investigación alguna por la muerte del señor Zediel León Páez (fl. 52 c ppal).

- Oficio emitido por la Notaría Encargada de Valledupar, a través del cual se dio respuesta al oficio 4383 del *a quo*, en el sentido de informar que allí no reposaba el certificado de defunción del señor Zediel León Páez (fl. 53 c ppal).

- Oficio 798 del Comandante de la Quinta Brigada del Ejército, a través del cual se dio respuesta a la comunicación 4370 del *a quo*, para efectos de informar que si bien allí se tramitaba una investigación preliminar por los hechos acaecidos el 25 de septiembre de 1996 en la Quebrada el Páramo, jurisdicción de San Alberto (Cesar), lo cierto es que no existía registro acerca de la muerte del señor Zediel León Páez (fl. 54 c ppal).

- Oficio 828 de los Juzgados Regionales de Norte de Santander, a través del cual se atendió el requerimiento 4375 del *a quo*, en el sentido de informar que allí no cursaba juicio alguno por la muerte del señor Zediel León Páez (fl. 55 c ppal).

- Oficio 516, emitido por la Registraduría de San Alberto (Cesar), a través del cual se dio respuesta al escrito 4383 del *a quo*, en el sentido de informar que allí no se reposaba el certificado de defunción del señor Zediel León Páez (fl. 57 c ppal).

Como se desprende de lo anterior, la falta de información acerca de los hechos por los cuales se demanda la responsabilidad del Estado en modo alguno obedeció a la conducta pasiva de la parte demandada, pues ni siquiera fue a ella a quien se le requirió la totalidad de la información materia de prueba, puesto que para tal finalidad se exhortó, según se vio, a distintas entidades y funcionarios quienes no allegaron la información respectiva porque simplemente no se encontraba en sus registros, cuestión que permite rechazar, con mayor razón, el argumento planteado por la parte demandante para exculparse de su falta al deber de probar los hechos en los cuales se soportan sus pretensiones.

Finalmente, la Sala no puede pasar por inadvertida la modificación palmaria que pretende hacer la parte impugnante a la *causa petendi* de la demanda por medio de su recurso de apelación, mediante una imputación muy distinta a aquella por la cual demandó al Estado desde un principio, esto es porque los miembros del Ejército no habrían cumplido con la obligación de proteger la integridad de la víctima al omitir dejarlo a disposición de las autoridades competentes.

En efecto, las imputaciones tanto fácticas como jurídicas que, en contra de la entidad demandada se formularon en la demanda, fueron las siguientes:

*“A eso de las seis (6:00 a.m.) de la mañana de ese mismo día, comenzó en la vereda los Cedros de Cimitarra un operativo de unos cincuenta soldados del Ejército en contra de una célula guerrillera que se encontraba en la región. Cuando los soldados notaron la presencia del joven León Páez le empezaron a disparar, pues por equivocación pensaron que se trataba de un guerrillero. Los disparos que los soldados le hicieron al joven León Páez fueron mortales. El Joven Zediel León nada tenía que ver en el enfrentamiento armado, él iba desarmado y con destino a su trabajo. Luego de terminado el operativo, los militares informaron que dentro de éste habían dado muerte a tres supuestos subversivos, y entre ellos incluyeron el nombre de Zediel León Páez.*”

“.....

*Las graves heridas causadas a Zediel León Páez, que le produjeron la muerte, constituyen una falla en la prestación del servicio público del Ejército, porque fueron causadas por los disparos de las armas de dotación oficial de varios soldados y miembros del Ejército Nacional, los cuales actuaron de una manera negligente e imprudente.*

*El porte y manipulación de armas de dotación oficial asignadas a los soldados, y en general a todos los miembros del Ejército Nacional, constituyen una actividad peligrosa y riesgosa, por lo tanto los daños ocasionados con ellas producen una responsabilidad presunta de la administración.*

*En caso de no existir la falla del servicio solicito se aplique la teoría del daño especial, porque en este caso la víctima falleció en un intercambio de disparos entre miembros del Ejército y subversivos. No está dentro de la equitativa distribución de las cargas públicas que una persona muera en el enfrentamiento entre las fuerzas del Estado y las ilegales, sin que sus seres allegados reciban alguna indemnización”.*

De conformidad con lo anterior, para la Sala resulta claro que la *causa petendi* de la demanda, esto es los hechos que sirven de fundamento a la pretensión, consiste en relacionar que la muerte del señor Zediel León Páez habría sido causada por unos agentes del Estado a través de sus armas de dotación oficial mientras se enfrentaban a un grupo guerrillero; no obstante la parte actora pretende ahora, por vía del recurso de apelación y al aceptar el vacío probatorio del juicio, introducir modificaciones a esa *causa petendi*, puesto que trata de endilgarle responsabilidad al ente demandado por el hecho de que la víctima habría sido retenida por la Fuerza Pública antes del momento de su muerte y, por esta vía, busca estructurar la alegada responsabilidad ya no en razón de actuaciones positivas, tal como se formuló en la demanda, sino como consecuencia de una omisión en cuanto al deber de protección.

Así pues, resulta improcedente el análisis de la segunda imputación que ahora se plantea como fundamento de las pretensiones, toda vez que si bien en aplicación del principio *iura novit curia* corresponde al juez, frente a los hechos alegados y probados por la parte demandante, definir la norma o el régimen jurídico aplicable al caso, ello no puede ni debe confundirse con la modificación de la *causa petendi*, es decir variar los hechos que se enuncian en la demanda como fundamento de la

pretensión<sup>29</sup>, tal como lo persigue la parte demandante en su recurso de alzada, habida consideración del escaso acervo probatorio que le acarreó la negativas a sus pretensiones.

De admitirse el cambio de la *causa petendi* de la demanda en esta instancia, ello comportaría una palmaria violación al debido proceso y en especial al derecho fundamental de defensa de la parte que resultare afectada con tal situación, tal como lo ha sostenido esta Sección del Consejo de Estado<sup>30</sup>:

*“Para la Sala es clara la imposibilidad en que se encuentra la parte demandante para efectos de variar, por vía de la impugnación, el fundamento fáctico de las pretensiones de su demanda, puesto que si bien –según se indicó–, es posible que el juez de la causa modifique el régimen de responsabilidad extracontractual aplicable a casos de esta naturaleza, tal facultad en nada permite que se modifiquen, de manera total o parcial, las imputaciones fácticas que sustentan las pretensiones; de aceptarse en esta instancia dicha modificación, entre muchas otras irregularidades, se incurriría en una palmaria violación al debido proceso y en especial al derecho fundamental de defensa de la parte que resultare afectada con tal situación, como lo sería en este caso la entidad demandada.*

*En efecto, fácil resulta sostener que la parte demandada fundamenta su defensa en torno a los hechos que la parte demandante relaciona en su demanda, como fundamento de sus pretensiones, de allí que aquella proceda a contestar la demanda, a pedir pruebas y a alegar de conclusión en primera instancia en torno de dichas imputaciones fácticas; si se admitiere que el demandante pudiese cambiar radicalmente tales las imputaciones fácticas, establecidas inicialmente en su demanda, a partir de la apelación, se estaría dejando a la parte demandada sin la posibilidad de haber pedido pruebas o aportado las necesarias para controvertir los nuevos hechos y las nuevas imputaciones a través de las cuales se le pretende responsabilizar, cuestión que equivaldría a lesionar gravemente su derecho de defensa”.*

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### **FALLA:**

---

<sup>29</sup> Al respecto, ver sentencias de 20 de febrero 1989, exp. 4655; de 14 de febrero de 1995, exp. S-123, reiteradas en sentencia de agosto 29 de 2007, exp. 15.494. M.P. Ruth Stella Correa Palacio, entre otras.

<sup>30</sup> Sentencia de diciembre 4 de 2006, exp. 16.062.

**PRIMERO:** Confírmase la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo del Cesar el 19 de octubre de 1999.

**SEGUNDO:** Ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**ENRIQUE GIL BOTERO**  
Presidente de la Sala

**RUTH STELLA CORREA PALACIO**

**MAURICIO FAJARDO GÓMEZ**

**MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR**