



**CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN CUARTA**

**CONSEJERA PONENTE: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO**

**Bogotá D.C., tres (3) de noviembre de dos mil veintidós (2022)**

**Referencia:** ACCIÓN DE TUTELA  
**Radicación:** 11001-03-15-000-2021-11153-01  
**Demandantes:** GLORIA DAMARIS GALLEGO SERNA, MIGUEL ÁNGEL GALLEGO SERNA, ANA DORIS GALLEGO SERNA, CARLOS ARTURO GALLEGO SERNA Y LUZ MERY GALLEGO SERNA  
**Demandado:** TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA, SALA CUARTA DE ORALIDAD  
**Temas:** Tutela contra providencia judicial. Demanda de reparación directa por graves violaciones a los derechos humanos (ejecución extrajudicial). Desconocimiento del precedente judicial por aplicación indebida de la sentencia de unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 29 de enero de 2020

**SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA**

La Sección Cuarta del Consejo de Estado procede a decidir la impugnación presentada por la parte demandante, quien actúa a través de apoderado judicial, contra la sentencia de 4 de marzo de 2022, dictada por la Sección Primera del Consejo de Estado, en la que se negaron las pretensiones de la acción de tutela.

**I. ANTECEDENTES**

**1. Hechos**

Los señores Gloria Damaris Gallego Serna, Miguel Ángel Gallego Serna, Ana Doris Gallego Serna, Carlos Arturo Gallego Serna y Luz Mery Gallego Serna manifestaron que el 16 de septiembre de 2007, su hermano Henry Gallego Serna quien tenía 31 años, fue sustraído a la fuerza en inmediaciones de su casa en el sector La Torre del barrio Caicedo en la ciudad de Medellín por sujetos que se identificaron como militares.

Indicaron que la señora Gloria Damaris Gallego Serna recibió una llamada de su hermano Henry, quien le manifestó su afecto, lo que no era común y por tanto le generó preocupación, ante lo cual inició su búsqueda, encontrándolo al día siguiente en el anfiteatro, luego de que le informaran que había fallecido en un supuesto enfrentamiento con el Ejército Nacional.

Manifestaron que los miembros de la fuerza pública presentaron al señor Henry Gallego Serna como integrante de grupos al margen de la ley y señalaron que su muerte se dio en un enfrentamiento militar, cuando en realidad ellos se lo llevaron con vida del lugar en el que se encontraba.



Por lo anterior, el 21 de marzo de 2014 presentaron demanda de reparación directa contra la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional, con el fin de que se declarara su responsabilidad administrativa por el daño antijurídico ocasionado a los demandantes con motivo del secuestro y muerte del joven Henry Gallego Serna.

La demanda correspondió por reparto al Juzgado Veintidós Administrativo del Circuito de Medellín, que por sentencia de 4 de marzo de 2016 accedió a las pretensiones de la demanda, al considerar que se presentó una falla en el servicio, pues con base en las pruebas indiciarias se pudo establecer que las circunstancias que rodearon la supuesta operación militar denominada “Sahagún” y en la que resultó muerto el señor Henry Gallego Serna, tuvo evidentes irregularidades y anomalías propias de una ejecución extrajudicial, pues se llevó a cabo de noche en una zona deshabitada, en la que hubo un enfrentamiento con varios sujetos pertenecientes a grupos armados ilegales en el que no hubo heridos, arrojando como resultado un único deceso, el del señor Gallego Serna, quien según el informe de investigación de laboratorio FPJ-13 realizado por la Fiscalía General de la Nación, recibió dos disparos de frente y de lado y de abajo hacia arriba a más de un metro de distancia, quien no tenía antecedentes penales y que según testigos trabajaba lavando vehículos automotores en una cooperativa financiera de la ciudad de Medellín. Además, presentaba una fractura de tibia de días anteriores, lo que en su conjunto, permitía evidenciar un combate fingido, actuar irregular e ilegítimo de la Fuerza Pública que dio lugar a endilgar la responsabilidad por los perjuicios reclamados.

Por lo anterior, resolvió condenar a la parte demandada al pago de perjuicios morales y por concepto de violación a bienes e intereses constitucional y convencionalmente protegidos, así como a la celebración de una ceremonia pública en el municipio de Medellín en donde se rindiera homenaje a la vida de la víctima directa y se ofreciera disculpas públicas por su muerte.

Sin embargo, la decisión fue revocada en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Cuarta de Oralidad, en sentencia de 18 de noviembre de 2021, bajo el argumento de que operó el fenómeno de la caducidad del medio de control de reparación directa, dado que los demandantes tuvieron conocimiento de los hechos que originaron la reclamación desde el 27 de septiembre de 2007, fecha en la que fue encontrado el cadáver del señor Henry Gallego Serna, siendo radicada la solicitud de conciliación extrajudicial el 29 de enero de 2014, es decir, siete (7) años después, lo que se encuentra por fuera del término de dos (2) años con el que contaban para demandar.

## 2. Fundamentos de la acción

Los señores Gloria Damaris Gallego Serna, Miguel Ángel Gallego Serna, Ana Doris Gallego Serna, Carlos Arturo Gallego Serna y Luz Mery Gallego Serna interpusieron acción de tutela, mediante apoderado judicial, contra el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Cuarta de Oralidad, al considerar que vulneró sus derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia, a la dignidad humana y a la reparación integral, con la emisión de la sentencia de 18 de noviembre de 2021, en la que se revocó la sentencia de primera instancia que había accedido a las pretensiones de la demanda de reparación directa y, en su lugar, declaró la caducidad de la acción.

Lo anterior, al considerar que la providencia demandada incurrió en los siguientes defectos:

**Desconocimiento del precedente judicial**, por no tener en cuenta el criterio de la Sección Tercera del Consejo de Estado según el cual no es aplicable el término



para presentar la demanda en procesos en donde se discuten daños antijurídicos ocasionados por delitos de lesa humanidad, en particular, según lo expuesto en la providencia de 30 de agosto de 2021, proferida por la Sección Tercera, Subsección “B” de dicha Corporación<sup>1</sup>.

**Defecto fáctico**, al desconocer las pruebas indiciarias que llevaban a inferir razonablemente que la víctima fue ejecutada extrajudicialmente por miembros del Ejército Nacional configurándose un delito de lesa humanidad, por lo que debía otorgársele un tratamiento especial al caso.

Resaltaron que de conformidad con la sentencia T-535 de 2015 de la Corte Constitucional, las ejecuciones extrajudiciales constituyen graves violaciones a los derechos humanos, que adicionalmente pueden llegar a constituir un crimen de lesa humanidad, cuyo comportamiento consiste en el homicidio deliberado de una persona protegida por parte de agentes del Estado que se valen del poder estatal para justificar la comisión del hecho punible. Agregaron que no tiene una tipificación expresa, pero el Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de Naciones Unidas aprobado en 1991, especifica los patrones de macro-criminalidad que deben concurrir para determinar si una conducta delictiva corresponde a una ejecución extrajudicial.

Por último, resaltaron que en el presente caso el señor Henry Gallego Serna fue retenido de forma previa y *“arrebatao del lado de su casa, en momento en que se encontraba acompañado de su hermano menor de una calle del barrio Caicedo, realizándose la participación del alzamiento de la víctima agentes encubiertos del Estado, y posteriormente aparecer muerto en un supuesto enfrentamiento con miembros del Ejército”*.

### 3. Pretensiones

En el escrito de tutela se formularon las siguientes:

*“PRIMERA: Que se dicte la revocatoria de la sentencia emitida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.*

*SEGUNDA: Que no se rompa la unidad procesal de las investigaciones que miran a esclarecer la verdadera responsabilidad que tiene el Estado, Ministerio de la Defensa Nacional, Ejército Nacional de Reparar de Forma Integral y el derecho a la no repetición que tienen las víctimas del conflicto armado en los crímenes perpetrado en la persona del señor HENRY GALLEGO SERNA.*

*TERCERA: Que al revocar la sentencia emitida por el Tribunal [Administrativo] de Antioquia, se confirme la sentencia emitida por el despacho del juzgado 22 Administrativo de Medellín, sentencia proferida por el Juzgado Veintidós (22) Administrativo Oral del Circuito de Medellín el día cuatro (4) de marzo de dos mil dieciséis (2016) y consecuente a ello.*

*CUARTA: Que no se vulnere el derecho al debido proceso al no estudiarse la caducidad del medio de control de reparación directa desde una perspectiva favorable a los intereses de las víctimas ante un posible delito de lesa humanidad.*

*QUINTA: Que se dé APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, de conformidad a lo presupuestado por el honorable consejo de estado en la sentencia con radicado 20210097-01, SENTENCIA DE REVISIÓN DEL FALLO DE LA ACCIÓN DE TUTELA – SU-312 no estableció una regla de unificación / FALLO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN B Consejero ponente: ALBERTO MONTAÑA PLATA Bogotá, D. C., treinta (30) de agosto de dos mil veintiuno (2021) Radicación número: 11001-03-15-000-2021-00097-01(AC) Actor: CASTAÑEDA TÉLLEZ Y OTROS (...).”*

<sup>1</sup> Exp. No. 11001-03-15-000-2021-00097-01, C.P. Alberto Montaña Plata.



#### **4. Pruebas relevantes**

Mediante oficio de 12 de enero de 2022, la Secretaría General del Tribunal Administrativo de Antioquia remitió el expediente de reparación directa con radicado No. 05001-33-33-022-2014-00365-01, actores: Gloria Damaris Gallego Serna y otros.

#### **5. Trámite procesal de primera instancia**

La Sección Primera del Consejo de Estado admitió la solicitud de amparo mediante auto de 21 de enero de 2022 y ordenó notificar a la autoridad judicial demandada, así como a la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional y al Juzgado Veintidós Administrativo del Circuito de Medellín, en calidad de terceros con interés en el trámite constitucional.

#### **6. Oposición**

##### **6.1. Respuesta del Tribunal Administrativo de Antioquia**

En escrito de 26 de enero de 2022, el magistrado ponente de la decisión demandada pidió que se nieguen las pretensiones formuladas por el accionante, al considerar que no se desconocieron las normas que resultaban aplicables al caso y que tampoco se realizó una interpretación de la normatividad que contraríe los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica.

Indicó que en el presente asunto se logró establecer de acuerdo con las afirmaciones efectuadas en el escrito de la demanda y las pruebas que reposan en el expediente, que la parte actora tuvo conocimiento de las situaciones que permiten deducir una presunta responsabilidad del Estado desde el 17 de septiembre de 2007, fecha en la que se encontró el cadáver del joven Henry Gallego Serna, sin que fuera señalada situación alguna que configurara una imposibilidad de ejercer en tiempo la acción y obligara a inaplicar de manera excepcional el término de caducidad.

Por lo anterior, sostuvo que operó el fenómeno de la caducidad dado que la solicitud de conciliación extrajudicial fue radicada el 28 de enero de 2014, esto es, siete (7) años después.

##### **6.2. Respuesta del Juzgado Veintidós Administrativo del Circuito de Medellín**

Por medio de escrito de 26 de enero de 2022, el titular del despacho judicial indicó que coadyuva la acción de tutela interpuesta por la parte actora y pidió que se conceda el amparo solicitado ordenando que se revoque la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Cuarta de Oralidad, de forma que se tenga como no configurado el fenómeno de la caducidad y se ordene dictar la sentencia que en derecho corresponda.

Mencionó que la sentencia de primera instancia accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, al encontrar que estaba debidamente probada la responsabilidad extracontractual del Estado derivada de la ejecución extrajudicial cometida por militares del Ejército Nacional, por lo que está en desacuerdo con la decisión objeto de reproche constitucional en la que se declaró la caducidad de la acción.

Manifestó que de conformidad con la sentencia de unificación proferida por la Sala Plena de la Sección de Tercera del Consejo de Estado de 29 de enero de 2020, es posible que el conteo de la caducidad se efectúe no solo a partir de la ocurrencia de los hechos sino del momento en el que el interesado advirtió o tuvo la



posibilidad de saber que el Estado participó en tales hechos y era el llamado a responder patrimonialmente, en otras palabras, desde que se tuvo la posibilidad de advertir que la pretensión de reparación directa resultaba procedente para los fines previstos en el artículo 90 de la Constitución Política.

Por lo anterior, advirtió que *“la caducidad en cuanto a hechos en materia de lesa humanidad, ha de consultar el momento en que se produce el conocimiento del hecho indicador de responsabilidad por parte del agente estatal. Seguidamente, la sentencia de unificación en cita, de manera inequívoca, refiere como concepto relevante para situar la caducidad, el conocimiento del actor de que la pretensión de reparación directa resultaba procedente. Y, por ende, dicho conocimiento, aunque puede producirse antes, surge, de manera incontrovertible con la sentencia de segunda instancia que declara la responsabilidad penal o administrativa de los agentes que actúan a nombre del Estado o de sus órganos”*.

En este sentido, explicó que, en su criterio, no había operado el término de caducidad, toda vez que *“para el momento de dictarse sentencia de primera instancia, el debate sobre la responsabilidad penal se encontraba aun en etapa probatoria ante el Juzgado 23 de Instrucción Penal Militar, atendiendo la consideración de la Sección Tercera del Consejo de Estado, no solo no ha operado la caducidad del medio de control, sino que, además, ni siquiera ha tenido lugar el inicio de su conteo, como quiera que no se ha proferido sentencia de segunda instancia, dado que solo a partir de este evento se configura el conocimiento de la ilicitud del hecho dañoso”*.

**6.3. El Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional,** guardó silencio, pese a que fue debidamente notificado de la admisión de la demanda de tutela.

## 7. Sentencia de tutela impugnada

7.1. La Sección Primera del Consejo de Estado por sentencia de 4 de marzo de 2022, resolvió negar las pretensiones formuladas por la parte actora, al considerar que la decisión demandada no desconoció el precedente judicial del Consejo de Estado sobre la forma en que debe contarse el término para presentar la demanda en los casos en que se presentan graves violaciones del derecho internacional humanitario, como son los delitos de lesa humanidad.

Lo anterior, teniendo en cuenta que el Tribunal Administrativo de Antioquia *“acogió la posición actual de la Sección Tercera del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, establecida en la sentencias de unificación de 29 de enero de 2020 y SU-312 de 2020, respectivamente, la cual resultaba aplicable al momento de proferir la providencia cuestionada, según la cual incluso en los casos en que se alega la existencia de un daño antijurídico por la comisión de un delito de lesa humanidad o un crimen de guerra debía contarse el término de dos años para presentar la demanda desde que los afectados conocieron o debieron conocer la participación por acción u omisión del Estado y advirtieron la posibilidad de imputarle responsabilidad patrimonial”*.

Así mismo, indicó que tampoco incurrió en defecto fáctico dado que se realizó un análisis detallado del material probatorio y se apoyó en las declaraciones rendidas en la investigación penal, para concluir que los accionantes tuvieron conocimiento de los hechos que dieron origen a la demanda el día siguiente de la desaparición y muerte de su familiar.

7.2. El magistrado Oswaldo Giraldo López salvó el voto, pues, a su juicio, la acción de tutela no cumplió con el requisito de subsidiariedad, dado que en los términos del artículo 250 de la Ley 1437 de 2011, los demandantes pudieron agotar el recurso extraordinario de revisión, por existir nulidad originada en la sentencia.



3.3. El magistrado Hernando Sánchez Sánchez aclaró el voto, remitiéndose a las explicaciones planteadas en la aclaración que presentó en el expediente de tutela No. 11001-03-15-000-2020-00005-00, que se refiere a la improcedencia de la caducidad frente a delitos de lesa humanidad.

## 8. Escrito de impugnación

Dentro del término previsto en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, la parte demandante, mediante apoderado judicial, impugnó la anterior decisión en escrito en el que reiteró los argumentos expuestos en la demanda de tutela, en particular, en cuanto a lo resuelto en la sentencia de tutela del 30 de agosto de 2021, dictada por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”.

Además, sostuvo que tampoco fue tenido en cuenta el precedente que señala la obligación de realizar un control de convencionalidad frente a las decisiones judiciales y adujo que la sentencia SU-312 de 2020 no resultaba vinculante, por cuanto *“(a) no es materialmente una SU, (b) no es una sentencia de constitucionalidad, sino una sentencia de revisión de tutela de rango ordinario que falló un asunto constitucional con base en consideraciones legales y (c) fue expedida de espaldas al bloque de constitucionalidad, que definía las reglas constitucionales vigentes”*.

## 9. Tramite procesal de segunda instancia

El expediente correspondió por reparto al Consejero Julio Roberto Piza Rodríguez, quien registró proyecto de sentencia el 20 de mayo de 2022, el cual se discutió en Sala de Sección de 16 de junio de 2022. Sin embargo, no obtuvo la mayoría necesaria para su aprobación, por lo que se ordenó el sorteo de un conjuez. El 30 de junio de la presente anualidad se efectuó el sorteo correspondiéndole el asunto a la doctora Magdalena Inés Correa Henao.

El proyecto de sentencia fue negado en sesión de 11 de agosto de 2022, por lo que se remitió a este despacho con el fin de que se elaborara proyecto de fallo acorde con la posición mayoritaria.

## II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

### 1. Competencia

De conformidad con lo previsto en los artículos 86 de la Constitución Política, 29 del Decreto 2591 de 1991 y 25 del Reglamento Interno (Acuerdo 080 de 2019), la Sección Cuarta del Consejo de Estado es competente para decidir la presente impugnación.

### 2. Planteamiento del problema jurídico

Le corresponde a la Sala establecer, en los términos del escrito de impugnación, si se debe revocar la sentencia de 4 de marzo de 2022, dictada por la Sección Primera del Consejo de Estado, en la que se negaron las pretensiones de la acción de tutela y, en su lugar, acceder a las pretensiones formuladas por los demandantes teniendo en cuenta que la providencia demandada incurrió en desconocimiento de precedente judicial y en defecto fáctico, al aplicar el término de caducidad a pesar de que se trata de un caso de graves violaciones de los derechos humanos, pues lo que se discute es la responsabilidad administrativa y extracontractual del Estado por la ejecución extrajudicial del joven Henry Gallego Serna, hermano de los accionantes.



### 3. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales

El artículo 86 de la Constitución Política señala que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, “*cuando quiera que estos resulten vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública*”, mandato que materializa las obligaciones internacionales contenidas en los artículos 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>2</sup> y 2.3 literal a) del Pacto de Derechos Civiles y Políticos<sup>3</sup>, instrumentos que hacen parte de la legislación interna en virtud del bloque de constitucionalidad (art. 93 de la Carta).

Esta Corporación judicial en la sentencia de unificación emanada de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 31 de julio de 2012<sup>4</sup>, acogió la tesis de admitir la procedencia excepcionalísima de la solicitud de tutela contra providencias judiciales, cuando se advierta una manifiesta vulneración *iusfundamental*.

Más adelante, la misma Sala en sentencia de unificación del 5 de agosto de 2014<sup>5</sup>, precisó el ámbito de aplicación de la acción de tutela contra providencias judiciales, lo que llevó a concluir que su procedencia se debe predicar, también, respecto “*de sus máximos tribunales*”, en tanto se trata de *autoridades públicas* que “*pueden eventualmente vulnerar los derechos fundamentales de personas*”. En la misma decisión, el Consejo de Estado acogió las condiciones de aplicación que sistematizó la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005<sup>6</sup>.

Los requisitos generales de procedencia que deben ser verificados, son: **(i)** Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional; **(ii)** Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada; **(iii)** Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración (...); **(iv)** Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora (...); **(v)** Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible (...) y **(vi)** Que no se trate de sentencias de tutela.

Ahora bien, los requisitos específicos de procedencia que ha precisado la jurisprudencia constitucional en la misma sentencia C-590 de 2005, son los siguientes: **(i)** Defecto orgánico<sup>7</sup>; **(ii)** Defecto procedimental absoluto<sup>8</sup>; **(iii)** Defecto fáctico<sup>9</sup>; **(iv)** Defecto material o sustantivo<sup>10</sup>; **(v)** Error inducido<sup>11</sup>; **(vi)** Decisión sin motivación<sup>12</sup>; **(vii)** Desconocimiento del precedente<sup>13</sup> y **(viii)** Violación directa de la

<sup>2</sup> Aprobada por medio de la Ley 16 de 1972.

<sup>3</sup> Aprobado por medio de la Ley 74 de 1968.

<sup>4</sup> Expediente N° 2009-01328-01, C. P. María Elizabeth García González.

<sup>5</sup> Expediente N° 2012-02201-01, C. P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

<sup>6</sup> M. P. Jaime Córdoba Triviño.

<sup>7</sup> Se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada carece, absolutamente, de competencia para ello.

<sup>8</sup> Que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

<sup>9</sup> Que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

<sup>10</sup> Como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

<sup>11</sup> Que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

<sup>12</sup> Que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.



## Constitución.

Al juez de tutela le corresponde verificar el cumplimiento estricto de todos los requisitos generales de procedencia, de tal modo que una vez superado ese examen formal pueda constatar si se configura, por lo menos, uno de los defectos arriba mencionados, siempre y cuando, en principio, hayan sido alegados por el interesado. Estos presupuestos han sido acogidos en reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo<sup>14</sup> y de la Corte Constitucional<sup>15</sup>.

En definitiva, la acción de tutela contra providencias judiciales, como mecanismo excepcional, se justifica en el carácter prevalente que se debe dar a la cosa juzgada y a los principios constitucionales de autonomía e independencia del juez natural, atributos que debe tener en consideración el juez constitucional al momento de estudiar la constitucionalidad de cualquier fallo.

## 4. Estudio y solución del caso concreto

### 4.1. Del asunto bajo examen

La parte accionante impugnó la decisión de primera instancia bajo el argumento de que la providencia judicial demandada, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Cuarta de Oralidad, el 19 de noviembre de 2021, incurrió en desconocimiento del precedente judicial y en defecto fáctico, por no tener en cuenta que al tratarse de hechos relacionados con graves violaciones de los derechos humanos no resultaba aplicable el término de caducidad, a lo que agregó que es un caso de graves violaciones a los derechos humanos, pues lo que se discute es la responsabilidad administrativa y extracontractual del Estado por la presunta ejecución extrajudicial del joven Henry Gallego Serna.

### 4.2. La Sala revocará la decisión objeto de impugnación porque la autoridad judicial demandada incurrió en desconocimiento del precedente judicial y en defecto fáctico

Con el fin de resolver el problema jurídico planteado, la Sala hará un recuento de la providencia de 18 de agosto de 2021, dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Cuarta de Oralidad, mediante la cual se revocó la providencia de 4 de marzo de 2016, al advertir que se configuró el fenómeno de la caducidad.

En esa decisión, se efectuó un recuento de las pruebas que se allegaron al proceso de reparación directa, en especial, las testimoniales y documentales, a partir de las cuales concluyó que desde el 16 de septiembre de 2007 los familiares de la víctima directa tuvieron conocimiento de su fallecimiento, pues en sus declaraciones afirmaron que desde ese día Gloria Damaris Gallego Serna reconoció el cadáver y se le informó que su hermano había fallecido en un combate con el Ejército Nacional.

<sup>13</sup> Se presenta cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

<sup>14</sup> Cfr., Sentencia del 7 de diciembre de 2016, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto (exp. 2016 00134-01), Sentencia del 7 de diciembre de 2016, C. P. Carlos Enrique Moreno Rubio (exp. N° 2016-02213-01), Sentencia del 24 de noviembre de 2016, C. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez (exp. N° 2016-02568-01, Sentencia del 27 de noviembre de 2016, C. P. Roberto Augusto Serrato Valdés, entre otras.

<sup>15</sup> Cfr., Sentencias SU-556 de 2016, M. P. María Victoria Calle Correa, SU-542 de 2016, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado, SU-490 de 2016, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, SU-659 de 2015, M. P. Alberto Rojas Ríos y SU-874 de 2014, M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez, entre otras.



Así mismo, mencionó que de conformidad con la sentencia de unificación de 29 de enero de 2020 de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el término de caducidad se debe aplicar incluso en casos de delitos de lesa humanidad, contándolo a partir del conocimiento de la participación de los agentes del Estado, lo que para el caso bajo examen, a su juicio, estuvo determinado por el reconocimiento del cuerpo y la información recibida consistente en que había fallecido en combate. Así lo expuso la autoridad judicial demandada:

*“Se evidencia entonces, que el señor HENRY GALLEGO SERNA fue raptado por hombres uniformados cuya identidad es desconocida el día domingo 16 de septiembre de 2007 a eso de las 6:30 p.m. y que al día siguiente fue encontrado interfecto en el anfiteatro por su hermana Gloria Gallego Serna el día lunes 17 de septiembre de 2007 a eso de las 2:00 o 3:00 p.m., lo cual guarda consonancia con la información brindada por el personal de policía judicial que efectuó el levantamiento el día 17 de septiembre de 2019 en horas de la mañana –F. 80- y con el Informe Pericial de Necropsia donde se señala que la fecha y hora de la muerte fue el día 16 de septiembre a las 23:00 –F. 463-.*

*Al mismo tiempo, es importante resaltar que en el presente caso no se observa el acaecimiento de situación alguna que dé lugar a inaplicar de manera excepcional el término de caducidad, inaplicación que constituye un deber judicial siempre que se advierta que la comparecencia tardía ante la administración de justicia estuvo justificada por razones materiales y/o la imposibilidad material de ejercer en tiempo la acción, al respecto a manera de conclusión en la providencia del 29 de enero de 2020, se indicó:*

(...)

*En este orden, y toda vez que en el caso que ocupa el conocimiento de la Sala es claro que los demandantes **tuvieron conocimiento de los hechos que son objeto de la deprecada pretensión de declaratoria de responsabilidad de las entidades estatales demandadas desde el 27 de septiembre de 2007**, fecha en la que fue encontrado el cadáver del señor Henry Gallego Serna, siendo radicada la solicitud de conciliación extrajudicial el 29 de enero de 2014 –F. 85-, es decir, siete (7) años después, es más que evidente que en el presente asunto operó el fenómeno de la caducidad del medio de control de reparación directa”.*

De este modo, se advierte que la razón principal para declarar la caducidad de la acción fueron las afirmaciones realizadas por las víctimas indirectas, tanto en la investigación de la Justicia Penal Militar como en la demanda de reparación directa, en cuanto al momento en el que se reconoció el cadáver y se tuvo conocimiento que su fallecimiento había ocurrido en un supuesto combate con el Ejército Nacional.

4.4. Al respecto, la Sala advierte que la providencia demandada incurrió en desconocimiento de precedente judicial y en defecto fáctico, pues si bien mencionó la sentencia de unificación de 29 de enero de 2020, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en realidad no aplicó de forma correcta el contenido de las subreglas que allí se enuncian, a partir de las pruebas que reposaban en el expediente ordinario, en particular, la subregla *ii*, como se expone a continuación:

La referida sentencia de unificación fue proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, ante la disparidad de criterios en cuanto a la exigibilidad del término para demandar en reparación directa cuando se invocan delitos de lesa humanidad o crímenes de guerra<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> En la decisión se indicó lo siguiente: “Entre las Subsecciones que integran esta Sala, según se explicó en auto del 17 de mayo de 2018, mediante el cual se avocó el conocimiento del presente asunto para efectos de unificación de jurisprudencia, no existe un criterio uniforme en cuanto a la exigibilidad del término para demandar cuando se invoca un delito de lesa humanidad o un crimen de guerra, razón por la cual en esta oportunidad se fijará un criterio uniforme para tales eventos”.



La Sección Tercera dispuso que, por regla general, el término de dos (2) años para presentar la demanda de reparación directa se cuenta desde la fecha de la acción u omisión causante del daño o desde el momento en el que el afectado lo conoció o debió conocerlo, siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia. De este modo, sostuvo que mientras no se cuente con elementos de juicio para inferir que el Estado estuvo implicado en la acción u omisión causante del daño y que le era imputable el daño, el plazo de caducidad de la reparación directa no resultaba exigible, pero si el interesado estaba en condiciones de inferir tal situación, y pese a ello no acudió a la jurisdicción, el juez de lo contencioso administrativo debe declarar que el derecho de acción no se ejerció en tiempo, bien sea al analizar la admisión de la demanda, al resolver las excepciones en la audiencia inicial o al dictar sentencia, según el caso.

Además, precisó que el conocimiento de los hechos no implica la individualización o sanción penal del agente que ocasionó el daño, sino el conocimiento de la intervención de una autoridad.

En la sentencia se indicó que las reglas de caducidad antes enunciadas se aplican a todos los asuntos de reparación directa, al margen de que se trate de delitos de lesa humanidad o de crímenes de guerra, pues ni el Decreto 01 de 1984 ni la Ley 1437 de 2011 establecen una regla especial frente a estas conductas, salvo lo referente al delito de desaparición forzada.

En este orden de ideas, unificó su criterio en relación con el término de caducidad para delitos de lesa humanidad o de crímenes de guerra, a través de las siguientes reglas *“i) en tales eventos resulta aplicable el término para demandar establecido por el legislador; ii) este plazo, salvo el caso de la desaparición forzada, que tiene regulación legal expresa, se computa desde cuando los afectados conocieron o debieron conocer la participación por acción u omisión del Estado y advirtieron la posibilidad de imputarle responsabilidad patrimonial, y iii) el término pertinente no se aplica cuando se observan situaciones que hubiesen impedido materialmente el ejercicio del derecho de acción y, una vez superadas, empezará a correr el plazo de ley”*. En cuanto a la subregla *ii* precisó lo siguiente:

***“Así las cosas, para computar el plazo de caducidad no basta con la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño”, pues, además, se debe determinar si el interesado advirtió o tuvo la posibilidad de saber que el Estado participó en tales hechos y que le era imputable el daño.***

***De este modo, si un grupo familiar conoce la muerte de uno de sus miembros, pero no cuenta con elementos para inferir que el Estado estuvo involucrado y era el llamado a responder patrimonialmente, la caducidad no se cuenta desde la ocurrencia del hecho u omisión dañosa, sino desde que tuvo la posibilidad de advertir que la pretensión de reparación directa resultaba procedente para los fines previstos en el artículo 90 de la Constitución Política.***

***Lo anterior no implica la individualización o sanción penal del agente que ocasionó el daño, sino el conocimiento de la intervención de una autoridad, porque ello restringiría el derecho de acceso a la administración de justicia, en cuanto condicionaría la declaratoria de la responsabilidad estatal a un requisito de procedibilidad que la ley no contempla, como es la identificación del autor o partícipe”***.

La Sala Plena de la Corte Constitucional en la sentencia SU-312 de 2020<sup>17</sup>, acogió la interpretación de la Sección Tercera del Consejo de Estado, al considerar que *“es razonable y proporcional desde una perspectiva constitucional y convencional, incluso en casos en los que el daño que se pretenda reparar sea causado por un delito de lesa humanidad, un crimen de guerra o genocidio”*.

<sup>17</sup> M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.



Además, indicó que el plazo de dos (2) años para acudir a la jurisdicción contencioso administrativa es razonable dado que el mismo solo empieza a contabilizarse cuando exista claridad en torno a lo sucedido, comoquiera que no es determinante la fecha de ocurrencia de la conducta, sino la posibilidad del interesado de **identificar la participación en la misma de sujetos vinculados a una autoridad pública** y de acudir al sistema jurisdiccional para presentar la reclamación respectiva.

4.5. En el asunto bajo examen, contrario a lo resuelto por el *a quo*, se advierte que el conteo de la caducidad desconoció la subregla *ii* de la referida sentencia de unificación, en tanto de conformidad con las pruebas que reposaban en el expediente de reparación directa, no analizó a partir de qué momento las víctimas tuvieron la certeza de que la muerte del señor Henry Gallego Serna estuvo relacionada con el actuar irregular de miembros del Ejército Nacional, es decir, el momento en el que se tuvo conocimiento de que el Estado participó en tales hechos y que le era imputable el daño en los términos establecidos en el artículo 90 de la Constitución Política.

Nótese que en el presente caso, dadas las confusas circunstancias en las que falleció el señor Gallego Serna, quien fue reportado como dado de baja en un combate por supuestos enfrentamientos con bandas de narcotráfico, con el solo hecho de reconocer el cadáver los demandantes y saber que había fallecido en medio de un combate, no estaban en la capacidad de inferir que su muerte se trataba de una ejecución extrajudicial en la que podría estar comprometida la responsabilidad del Estado.

Más aún, en el expediente que contiene el medio de control de reparación directa<sup>18</sup> reposa copia del expediente de la indagación preliminar No. 775 e indagación penal No. 2455-J23IPM iniciada de oficio y adelantada por el Juzgado Veintidós y Veintitrés de Instrucción Penal Militar, respectivamente, en donde los militares dejaron constancia de que a partir del 14 de septiembre de 2007 se llevó a cabo la llamada operación “SAHUGUN” por tropas de la Agrupación Fuerzas Especiales Urbana No. 5, en el barrio Santo Domingo vía antigua al municipio de Guarne, sector denominado el Diez del municipio de Medellín, en donde fueron atacados por supuestas bandas delincuenciales al servicio del narcotráfico. Es más, según los testimonios rendidos por los implicados en los hechos, mientras se encontraban desarrollando la operación fueron atacados con disparos a lo cual reaccionaron y hallaron una persona muerta (el señor Henry Gallego Serna)<sup>19</sup>.

Así mismo, reposan varios certificados del Grupo de Armamento de la Policía Nacional, Fuerza Aérea y Departamento Control Comercio Armas, Municiones y Explosivos de las Fuerzas Militares de Colombia en donde se hace referencia al armamento encontrado que no pertenecía a los inventarios de esas entidades (fls. 285, 296 y 332), por lo que inicialmente no se contaba con indicios o pruebas suficientes que permitieran concluir o sospechar que la muerte del señor Henry Gallego Serna había sido perpetrada por agentes del Ejército Nacional.

De este modo, aun cuando en la decisión demandada se tuvo en cuenta que los accionantes relataron en la demanda de reparación directa que su hermano fue sustraído por hombres uniformados sin identificarse en la noche del 16 de septiembre de 2007 y que al día siguiente Gloria Damaris Gallego Serna reconoció el cuerpo y le indicaron que había sido abatido en un enfrentamiento con el Ejército Nacional, dichas afirmaciones no resultaban suficientes y determinantes para concluir que desde esa fecha las víctimas estaban en la capacidad de inferir

<sup>18</sup> Cuadernos No. 2 y No. 3 del expediente ordinario.

<sup>19</sup> Folios 679 a 681 cuaderno apelación de sentencia del expediente ordinario.



que la muerte del señor Henry Gallego Serna podía eventualmente comprometer la responsabilidad del Estado.

De esta manera, fue solo con ocasión al desarrollo de la indagación que se llevó a cabo por la Justicia Penal Militar donde las víctimas pudieron contar con mayores elementos de juicio para advertir que resultaba procedente la acción de reparación directa.

Es más, resulta relevante que los señores Gloria Damaris Gallego Serna, Miguel Ángel Gallego Serna, Ana Doris Gallego Serna, Carlos Arturo Gallego Serna y Luz Mery Gallego Serna no tuvieron una participación activa en el marco de la referida indagación, pues fue solo hasta el **22 de enero de 2014**, cuando a través de apoderado judicial, solicitaron constituirse como parte civil dentro del mismo, ello con el fin de que *“se pueda asegurar el impulso procesal para contribuir a la búsqueda de la verdad de los hechos y en aras del debido proceso; con ocasión de los perjuicios que se han causado con la muerte de nuestro hermano Henry Gallego Serna”* (fl. 540, cuaderno No. 3).

Mediante providencia de ese mismo día, el Juzgado Veintitrés de Instrucción Penal Militar admitió la demanda de constitución de parte civil presentada por los ahora accionantes y se autorizó la expedición de copias de todo lo actuado hasta esa fecha.

4.6. En este orden de ideas, es claro que solo hasta el **22 de enero de 2014**, las víctimas pudieron tener acceso a la investigación que se había adelantado de oficio en contra de los uniformados Nilson Vera Useche y Oscar González Ospina, Ariel Sierra Benítez como presuntos responsables del homicidio del señor Henry Gallego Serna y, por tanto, fue a partir de ese momento que tuvieron la posibilidad de advertir que la pretensión de reparación directa podía resultar procedente.

De este modo, es plausible concluir, por las particularidades del caso concreto, que fue oportuno el ejercicio del medio de control de reparación directa, cuya demanda se presentó el 24 de marzo de 2014, dado que la solicitud de conciliación extrajudicial se promovió siete (7) días después (29 de enero de 2014) de que los demandantes se constituyeran como parte civil en la investigación penal. Lo anterior, permite concluir que no fue razonable hacer el conteo del término de caducidad desde el día siguiente al que los demandantes hicieron el reconocimiento del cuerpo de su familiar, pues si bien una posible hipótesis era que la muerte se había producido en el marco de un combate, realmente no existía certeza ni se podía inferir que hubiera sido perpetrado por agentes del Estado, por lo que es válido y garante del derecho de acceso a la administración de justicia realizar el conteo desde el momento en el que fue admitida la constitución de parte civil por el Juzgado Veintitrés de Instrucción Penal Militar, lo que permite dar por superado el término de caducidad y garantiza que se dicte una decisión de fondo en la que se determine si existió o no responsabilidad administrativa y patrimonial del Estado.

Por lo anterior, la autoridad judicial demandada incurrió en desconocimiento del precedente judicial, por cuanto resulta evidente que de haber aplicado de forma correcta la subregla *ii* contenida en la sentencia de unificación de 29 de enero de 2020, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, a partir de las pruebas que obraban en el expediente de reparación directa, el conteo del término de la caducidad hubiese sido distinto.

Así las cosas, la Sala revocará la sentencia objeto de impugnación proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado y, en su lugar, amparará los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia de los accionantes. En consecuencia, dejará sin efectos la sentencia de 18 de noviembre



de 2021, dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Cuarta de Oralidad, a quien se le ordenará que dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación de esta providencia emita una decisión de reemplazo en la que tenga en cuenta las consideraciones expuestas en esta providencia.

### III. DECISIÓN

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

#### RESUELVE:

**Primero.- REVÓCASE** la sentencia de 4 de marzo de 2022, dictada por la Sección Primera del Consejo de Estado, por las razones expuestas. En su lugar,

**Segundo.- AMPÁRANSE** los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia de los señores Gloria Damaris Gallego Serna, Miguel Ángel Gallego Serna, Ana Doris Gallego Serna, Carlos Arturo Gallego Serna y Luz Mery Gallego Serna.

**Tercero.- DÉJASE SIN EFECTOS** la sentencia de 18 de noviembre de 2021, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Cuarta de Oralidad, en el marco del medio de control de reparación directa radicado bajo el No. 05001-33-33-022-2014-00365-01.

**Cuarto.- ORDÉNASE** al Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Cuarta de Oralidad, que dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación de este fallo, profiera una nueva decisión conforme con las consideraciones expuestas en esta providencia.

**Quinto.- NOTIFÍQUESE** esta decisión por el medio más eficaz y expedito posible, como lo dispone el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**Sexto.- PUBLÍQUESE** esta providencia en la página web del Consejo de Estado.

**Séptimo.- REMÍTASE** el expediente de tutela a la Corte Constitucional para que surta el trámite de eventual revisión previsto en el artículo 86 de la Constitución Política.

Notifíquese y cúmplase.

Esta sentencia fue discutida y aprobada en la sesión de la fecha.

*(Firmado electrónicamente)*  
**JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ**  
Presidente  
SALVO EL VOTO

*(Firmado electrónicamente)*  
**STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO**

*(Firmado electrónicamente)*  
**MILTON CHAVES GARCÍA**  
SALVO EL VOTO

*(Firmado electrónicamente)*  
**MYRIAM STELLA GUTIÉRREZ ARGÜELLO**



---

Radicado: 11001-03-15-000-2021-11153-01  
Demandante: Gloria Damaris Gallego Serna y otros

*(Firmado electrónicamente)*  
**MAGDALENA INÉS CORREA HENAO**  
Conjueza

