



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B**

Magistrado Ponente: Alberto Montaña Plata

Bogotá D.C., 20 de mayo de 2024

Radicación: 15001-2331-000-2007-00161-01 (54302)
Actor: Carlos Sierra¹ y otros
Demandado: Nación – Rama Judicial – Fiscalía General de la Nación
Referencia: Acción de reparación directa

Temas: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA – investigación penal a una menor – delito de aborto – falta de competencia de la Fiscalía General de la Nación – enfoque diferencial – enfoque de género – enfoque de edad (niños, niñas y adolescentes) - qué significa aplicar enfoque de género en una decisión judicial

Síntesis del caso: se demanda la responsabilidad del Estado porque la Fiscalía, dentro de un proceso penal, inició una investigación previa en la que investigó a una menor de edad de manera irregular, por el delito de aborto en estado de gestación de 16 semanas, lo que les causó daños a los demandantes.

Conoce la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia de 20 de noviembre de 2014, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Boyacá declaró la falta de legitimación pasiva en la causa de la Nación – Rama Judicial y negó las pretensiones respecto de la Fiscalía General de la Nación.

Esta corporación es **competente** para conocer el recurso de apelación contra una providencia proferida en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Boyacá, por haberse interpuesto en vigencia de la Ley 270 de 1996, dentro de un proceso de reparación directa por hechos relacionados con la administración de justicia².

Contenido: 1. Antecedentes; 2. Consideraciones. 3. Decisión.

1. ANTECEDENTES

1.1. Posición de la parte demandante; 1.2. Posición de la parte demandada; 1.3. Sentencia de primera instancia; 1.4. Recurso de apelación y trámite relevante en segunda instancia. 1.5 Prueba de oficio

¹ Con el fin de preservar los derechos a la intimidad, honra y nombre de la víctima directa, quien al momento de ocurrencia de los hechos era menor de edad, la Sala optará por modificar el nombre y apellido de los demandantes. Se ordena a la Secretaría de la Sección que remita copia de la sentencia con los nombres de los demandantes únicamente al apoderado de la parte demandante y de la parte demandada.

² La Ley 270 de 1996 en su artículo 73 fijó la competencia funcional para conocer de estos asuntos en primera instancia, en cabeza de los Tribunales Administrativos y, en segunda instancia, en el Consejo de Estado, sin consideración a la cuantía: Auto proferido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 9 de septiembre de 2008, exp. 11001-03-26-000-2008-00009-00. Adicionalmente, el Reglamento Interno de esta Corporación Judicial [Acuerdo No. 080 de 2019], en su artículo 13, relativo a los asuntos distribuidos a la Sección Tercera, en el numeral 7° señaló: "Los procesos de reparación directa contra las acciones u omisiones de los agentes judiciales a que se refieren los artículos 65 a 74 de la Ley 270 de 1996".

1.1 Posición de la parte demandante

1. El 27 de junio de 2007³, Carlos Sierra y Tere Aguilar, en nombre propio y en representación de sus hijos Valeria, Laura y Carlos Sierra Aguilar, en ejercicio de la **acción de reparación directa**, presentaron demanda contra la Nación – Rama Judicial – Fiscalía General de la Nación, en la que solicitaron (se transcribe):

“PRIMERA: Que se declare que la NACIÓN – RAMA JUDICIAL – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, administrativa, patrimonial y extra contractualmente responsable de los perjuicios causados a mis poderdantes, como consecuencia de los hechos narrados en esta demanda, específicamente por la vinculación a investigación de la señorita [VALERIA SIERRA AGUILAR].

SEGUNDA: Que se condene a la NACIÓN – RAMA JUDICIAL – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, entidades de derecho público, representadas legalmente por el Dr. Mario Iguarán y/o el Director Ejecutivo de la Administración Judicial o por quien haga sus veces, a pagar a mis poderdantes los perjuicios morales y materiales con ocasión de los hechos narrados en la demanda, así:

MATERIALES

El lucro cesante y daño emergente que resulte probado en el proceso, teniendo en cuenta el dictamen pericial correspondiente.

MORALES

La suma equivalente en pesos de 100 SMMLV, para cada uno de mis poderdantes, como consecuencia del sufrimiento moral padecido por la vinculación a investigación penal de la señorita [VALERIA SIERRA AGUILAR].

*TERCERA: Que las sumas reconocidas a favor de mis poderdantes sean actualizadas, teniendo en cuenta la variación del IPC en el país, entre la fecha de la privación injusta de la libertad y la fecha de ejecutoria del fallo de primera o segunda instancia.
(...)*

2. Como hechos relevantes que fundamentaron las pretensiones, adujeron:

3. 1) El 8 de septiembre de 2004, en la vía pública que da acceso a la Normal Superior Santiago y a la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia UPTC, la Fiscalía Sexta de Tunja – Unidad de Reacción Inmediata realizó “*inspección de cadáver correspondiente a un feto masculino*”.

4. 2) Con base en la indagación realizada ese día por la Fiscalía, entre otros lugares, en el colegio de Valeria Sierra Aguilar (Normal Superior Santiago), resolvió dirigirse, en los vehículos del CTI, a su lugar de residencia. Para ese momento, tenía 15 años y, según los hallazgos, era la responsable de lo ocurrido.

5. 3) La Fiscalía, sin tener en cuenta la edad de la menor y con ello su falta de competencia para adelantar actuaciones (comoquiera que la

³ Folio 2 vuelto cuaderno 1.

investigación le correspondía a los Juzgados de Menores), se apoyó en una de sus sicólogas “para lograr persuadir a [Valeria] y su familia de brindar información”. En consecuencia, el 8 de septiembre de 2004, fue interrogada por la sicóloga del CTI en su casa, en presencia de su novio y de su mamá. La menor le manifestó que, en efecto, estuvo embarazada y que perdió el bebé en la vía pública contigua a su colegio.

6. 4) Posteriormente, las diligencias investigativas continuaron y el 13 de octubre de 2004, la Fiscal del caso le recibió la declaración a la menor, sin asistencia de un adulto o defensor, quien le manifestó que estaba en embarazo y le detalló cómo se produjo el aborto.

7. 5) Finalmente, solo ese día, esto es, el 13 de octubre de 2004, la investigación fue remitida por competencia al Juzgado de Menores que adelantó nuevamente la investigación en los términos del Código del Menor, tomó la declaración de la menor en una audiencia privada en presencia de su apoderada y del defensor de familia y, finalmente, mediante providencia de 27 de junio de 2005, fue absuelta por in dubio pro reo.

8. La parte demandante aseguró que existió una irregularidad en las actuaciones adelantadas por la Fiscalía porque realizó una investigación sin competencia, recibió una declaración a una menor de edad con violación directa de sus derechos y, finalmente, con su deliberada e indiscreta investigación, que implicó recoger información en el colegio de la menor y llegar a su domicilio en los vehículos del CTI, la expuso ante la sociedad pues “fue tratada como cualquier delincuente por sus compañeros del colegio”. Adujo que “Si la Fiscalía hubiese sido diligente como ha debido serlo, ha debido enviar la investigación al Juzgado de Menores y no practicar ningún tipo de diligencia investigativa ni procesal al respecto”.

9. Agregó que, en el presente asunto “existe defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, cuando la Fiscalía General de la Nación inicia investigación a esta menor, sin tener competencia para hacerlo, pues lo que debió hacer en primera instancia fue establecer la edad de la menor y luego remitir a ésta el Juzgado de Menores para que se encargaran del caso, y no es de más aceptar que si lo hizo pero después de un mes y después de habersele realizado diferentes exámenes, es ilógico que hayan tenido información de la dirección de la menor Valeria Sierra, el colegio donde estudiaba, la indagatoria que tuvo con la psicóloga, sin que este ente judicial pudiera establecer con plena certeza la edad (...)”⁴.

⁴ De igual forma aludió a un error judicial “cuando [la Fiscalía] abre investigación en contra de la señorita Valeria Sierra sin tener certeza de cuál era la competencia para conocer de la situación de Valeria Sierra con el fin de efectuar un proceso que garantizara el debido proceso acorde a la realidad de los hechos (...)”

1.2 Posición de la parte demandada

10. La Fiscalía General de la Nación, al contestar la demanda⁵, manifestó que los hechos no le constaban y se opuso a las pretensiones. Argumentó que la indagación se adelantó, justamente, para individualizar e identificar a la menor y tan pronto se conoció su edad, se remitió por competencia el asunto a los juzgados de menores. Explicó que no abrió investigación alguna, sino que su actuación se limitó a hacer la investigación preliminar para la identificación de la responsable y remitir por competencia. Agregó que, además, no se probaron los perjuicios inmateriales y los materiales.

11. La Rama Judicial⁶ afirmó que los hechos de la demanda no le constaban y que debían probarse. Alegó la falta de legitimación pasiva en la causa porque lo que se discutía era la vinculación indebida al proceso penal, de manera que la Nación – Rama Judicial no estaba llamada a ser parte en el proceso dado que no incidió en la vinculación al proceso penal.

1.3 Sentencia de primera instancia

12. El 20 de noviembre de 2014, el Tribunal Administrativo de Boyacá declaró la falta de legitimación pasiva en la causa respecto de la Nación – Rama Judicial porque no hubo intervención de ningún funcionario de la Rama Judicial y negó las pretensiones respecto de la Nación – Fiscalía General de la Nación.

13. En síntesis, estudió el asunto en el marco del defectuoso funcionamiento de administración de justicia. Así, consideró que la investigación que se adelantó al interior del proceso penal no fue injusta porque la actuación de la Fiscalía se limitó a realizar la inspección del cadáver del feto y las indagaciones necesarias para esclarecer la identidad de la persona involucrada; agregó que tan pronto se advirtió que la eventual responsable era una menor, remitió las diligencias a los Juzgados de Menores. De otra parte, indicó que tampoco estaba probado que esa investigación le hubiera causado a la involucrada la exposición ante la sociedad alegada en la demanda. Explicó que, si bien en la indagación se hicieron averiguaciones en el colegio de la menor y se desplazaron vehículos del CTI hasta su casa, lo cierto era que, de acuerdo con el testimonio de Ismael Leonardo Najjar, compañero del colegio de la menor, dado que el aborto ocurrió a metros de la salida del colegio, esa situación fue la que generó la exposición pública de la menor.

14. Concluyó que, de un lado, no existió una investigación injusta dentro

⁵ Folio 202 a 208 del C.1.

⁶ Folio 227 a 230 del C.1.

de un proceso penal comoquiera que se realizó una inspección a un cadáver correspondiente a un feto masculino y, en esa medida, se adelantó la indagación correspondiente para esclarecer la situación y tan pronto se conoció la edad de la menor se remitieron las diligencias al competente. De otro lado, que las actuaciones de la Fiscalía no le causaron el daño aludido relativo a la exposición, comoquiera que ello fue fruto de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se produjo el aborto.

1.4 Recurso de apelación y trámite relevante en segunda instancia

15. La parte actora apeló la decisión⁷ con fundamento en que sí se probó el daño antijurídico y el defectuoso funcionamiento de administración de justicia por parte de la Fiscalía. Anotó que no era cierto que la investigación adelantada por la Fiscalía no hubiera sido injusta porque, en todo caso, se le recibió una declaración a una menor, además, bajo presión de la sicóloga, lo cual conculcaba sus derechos. Agregó que se realizaron *“ciertas actuaciones investigando a la menor Valeria Sierra y con pleno conocimiento que era para la época de los hechos menor de edad (...)”*.

16. Señaló que esa investigación dentro del proceso penal sí le causó un daño a la víctima directa porque no se dio la reserva necesaria: vehículos del CTI se dirigieron hasta su casa y se realizaron indagaciones en su colegio, razones por las cuales la menor fue señalada y sometida a un escarnio público. Al respecto, el recurrente precisó: *“No es cierto que el escarnio público al que [fue] expuesta sea consecuencia única, directa y exclusivamente al suceso infortunado de aborto involuntario en inmediaciones de su colegio y de la UPTC, ya que se suma al operativo desplegado, la presión de la sicóloga y la publicación en medios de comunicación, lo que prolifera en su totalidad la estigmatización y señalamientos hacia la menor”*.

17. El 22 de julio de 2015 se admitió el recurso y el 9 de septiembre de 2015 se corrió traslado para que las partes alegaran de conclusión y el Ministerio Público rindiera concepto.

18. Únicamente la Fiscalía General de la Nación alegó de conclusión⁸. Adujo que la sentencia de primera instancia debía ser confirmada porque no se probó el daño, ni el defectuoso funcionamiento. Con los testimonios, solo se demostraron *“las consecuencias intrínsecas al aborto espontáneo de la menor de edad”*.

⁷ Folio 508 a 510 del cuaderno principal

⁸ Folios 520 a 523 del cuaderno del Consejo de Estado

1.5 Prueba de oficio decretada por la Subsección

19. Mediante Auto de 19 de octubre de 2022, la Sala de Subsección decretó una prueba de oficio: **OFICIAR** al Juzgado Primero Penal para Adolescentes con Función de Conocimiento de Tunja para que, dentro del término de 10 días, allegara a la Secretaría de la Corporación, a través de medio magnético: copia del proceso penal 2004-0042 (en los términos referidos en la demanda), adelantado en contra de Valeria Sierra Aguilar, expediente que contiene la actuación de la Fiscalía dentro de la investigación previa No. 76.341.

20. Después de múltiples requerimientos, el 12 de mayo de 2023, el Juzgado Primero Penal del Circuito para adolescentes de Tunja informó que el expediente 2004-00042 correspondía a un delito de porte ilegal de armas y no relacionaba a la menor Valeria Sierra. En consecuencia, mediante Auto de 7 de junio de 2023, se ordenó requerir por una sola vez a la parte demandante, con el fin de que informara el número correcto del expediente penal. El 21 de junio de 2023, la parte manifestó que el radicado del proceso era el 2004-00142 que le correspondió al entonces Juzgado 2 de Menores de Tunja. El 7 de julio de 2023, se hizo nuevamente el requerimiento. Finalmente, el 18 de julio de 2023 el Juzgado 1 Penal Municipal de Adolescentes de Tunja allegó el expediente penal⁹ y el 31 de julio de 2023 se corrió traslado de la prueba allegada¹⁰.

2. CONSIDERACIONES

Contenido: 2.1. Presupuestos procesales y decisión a adoptar; 2.2. Análisis sustantivo; 2.3. Liquidación de perjuicios, 2.4 Sobre la condena en costas.

2.1 Presupuestos procesales y decisión a adoptar

21. La Sala se pronunciará sobre el fondo del asunto. La acción de reparación directa es el medio de control **procedente** para buscar la declaratoria de responsabilidad por el defectuoso funcionamiento de administración de justicia¹¹ ocasionado por el hecho de haber investigado

⁹ Índice 71 Samai

¹⁰ Índice 75 Samai

¹¹ Frente a este punto se indica que, si bien en la demanda, además del defectuoso se alegó un error judicial, lo cierto es que: 1. La sentencia de primera instancia y el recurso de apelación desarrollaron argumentos respecto de las diferentes actuaciones de la Fiscalía (incluyendo las desplegadas por la Fiscal, el profesional universitario, los investigadores del el Cuerpo Técnico Investigativo CTI, la sicóloga, el técnico y la asistente) mientras desarrolló la investigación previa, lo cual, supone un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia 2. Adicionalmente, si bien la Fiscalía, profirió una decisión judicial en la que abrió una investigación previa, no profirió resolución de acusación contra la demandante Valeria Sierra, y, en esa medida, no la vinculó al proceso penal. Se insiste en que todas las actuaciones fueron en el marco de la investigación previa. 3. Finalmente, no se puede desconocer que la decisión mediante la cual se abrió la investigación no fue una decisión definitiva que, en este caso, pueda estudiarse a título de error judicial comoquiera que, posteriormente, la Fiscal remitió el asunto al Juzgado de Menores para que investigara lo pertinente.

irregularmente a una menor de edad en un proceso penal.

22. Adicionalmente, porque la acción se promovió de manera **oportuna**. Solo hasta que fuera resuelto el proceso penal en contra Valeria Sierra Aguilar, el daño cuya reparación se pretendió en la demanda podía tener el carácter de reparable (antijurídico). Como la decisión adoptada por el Juzgado Segundo de Menores de Tunja es de 27 de junio de 2005 y la demanda se presentó el 27 de junio de 2007, la acción se ejerció en tiempo.

23. La Sala modificará la sentencia de primera instancia. Confirmará la decisión de declarar la falta de legitimación de la Nación - Rama Judicial porque no fue apelada. Sin embargo, condenará a la Fiscalía General de la Nación por haberle causado un daño a la menor Valeria Sierra con ocasión de la investigación penal que se adelantó de manera desproporcionada, arbitraria e ilegal. En consecuencia, probado el daño y el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia se procederá a resolver lo relativo a los perjuicios. Frente a estos, se reconocerá 50 SMMLV por perjuicios morales a la víctima directa. Negará los perjuicios materiales y morales de los demás demandantes porque no se probaron. Adicionalmente, la Sala, para cumplir con el principio constitucional y convencional de reparación integral, dado que el solo reconocimiento de perjuicios morales¹² no resulta suficiente, reconocerá una medida no pecuniaria en favor de la víctima.

2.2 Análisis sustantivo

2.2.1 Del enfoque de género en la presente decisión

24. El presente asunto propone la discusión sobre la responsabilidad del Estado, específicamente de la Fiscalía General de la Nación por adelantar, en contra de una mujer menor de edad, en el año 2004, una investigación penal por el delito de aborto, en estado de gestación de 16 semanas¹³.

25. Para la Sala la cuestión debatida, necesariamente, debe ser estudiada con un enfoque diferencial en atención a que la víctima directa fue una menor de edad (enfoque diferencial de niños, niñas y adolescentes) y fue una mujer (enfoque de género), pues ello salta a la vista con la sola enunciación de los componentes del debate. Sin perjuicio de lo anterior, frente a posibles dudas sobre el uso de esta herramienta, debe indicarse que el enfoque diferencial aludido, en este caso, no constituye una

¹² El ponente considera que esta reparación resulta procedente en virtud de los perjuicios a los bienes constitucional y convencionalmente protegidos. No obstante, se acoge la posición mayoritaria que considera improcedente acudir a esta categoría de perjuicios.

¹³ En el examen forense del feto, realizado el 8 de septiembre de 2004 por el Instituto de Medicina Legal Ciencias Forenses se registró "Conclusión: feto de aprox (16) dieciséis semanas de gestación cuya causa de muerte se encuentra en estudio se envía para patología perinatal"

posibilidad, sino un deber del juez en el Estado Social y Constitucional de Derecho por las siguientes razones¹⁴: 1. Se trata del supuesto atropello que sufrió una mujer menor de edad por parte del Estado, específicamente, por la autoridad competente del impulso de la acción penal. 2. El asunto involucra la violación de derechos y la exposición pública de la menor por la persecución del delito de aborto en un estado de gestación de 16 semanas. 3. Por la tipificación y naturaleza del entonces delito¹⁵, quien debía padecer la persecución por parte de la autoridad investigativa, por su condición, es justamente la mujer. 4. Finalmente, en este caso, se alega que la Fiscalía ejerció un hostigamiento contra la menor y trasgredió el derecho de respetar su integridad, salud psicológica y emocional y, en general, su dignidad.

26. La necesidad de hacer el estudio del caso con un enfoque diferencial no es, entonces, un capricho de la Sala, resulta del deber constitucional que se deriva de la conjunción de los principios de dignidad humana y de igualdad, en particular, del mandato de igualdad material. Además, esta herramienta metodológica que guía la labor judicial y que el juez debe observar, incluso, en los términos del Código Iberoamericano de Ética Judicial¹⁶, no se activa en este caso de manera ligera e inútil, mucho menos se trata de banalizarla con la simple transcripción aislada de piezas jurisprudenciales o doctrinales. De lo que se trata, por el contrario, es de entender su dimensión, de reivindicar la importancia de su uso en determinados asuntos y evidenciar la posibilidad de utilizarla, incluso, como un instrumento para atender los mandatos del ordenamiento interno e internacional.

27. En razón de lo anterior, la Sala comienza por destacar lo previsto en la Constitución en sus artículos 43¹⁷ y 44¹⁸. De igual forma, dentro del Sistema Universal de los Derechos Humanos, lo previsto en la Convención Sobre la

¹⁴ Preguntas clave para determinar si se está ante un tema de género. Al respecto revisar: **1.** Criterios de equidad para una Administración de Justicia con perspectiva de Género. Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial. Colombia. Bogotá. Junio de 2011. **2.** Gender Mainstreaming: Taking Action, Getting Results. Module 1: Understanding Gender Concepts and Key Issues. UNFPA, INSTRAW, New York 2010.

¹⁵ LEY 599 DE 2000. ARTÍCULO 122. Aborto. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años. A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior. Artículo declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-55-22 de 21 de febrero de 2022, Magistrados Ponentes Drs. Antonio José Lizarazo Ocampo y Alberto Rojas Ríos, "en el sentido de que la conducta de abortar allí prevista solo será punible cuando se realice después de la vigésimo cuarta (24) semana de gestación y, en todo caso, este límite temporal no será aplicable a los tres supuestos en los que la Sentencia C-355 de 2006 dispuso que no se incurre en delito de aborto, esto es, "(i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto"

¹⁶ ART. 82 ter. La judicatura debe administrar justicia eliminando los sesgos, las brechas y los estereotipos de género en el conocimiento y decisión de los casos, para lo cual es esencial incorporar la perspectiva de género y la interseccionalidad como herramientas de análisis para el adecuado ejercicio de la función jurisdiccional.

¹⁷ La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades.

¹⁸ (...) [Los niños] serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral (...)

Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer CEDAW¹⁹ ratificada por el Estado colombiano mediante la Ley 51 de 1981 y el Protocolo Facultativo de la CEDAW, ratificado por Colombia por la Ley 984 de 2005; asimismo, dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, lo señalado en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer Convención de Belem do Pará²⁰ ratificada por Colombia mediante la Ley 248 de 1995.

28. Para la Sala, si el Estado colombiano ha ratificado, entre otras, las aludidas Convenciones tanto del sistema universal como del sistema regional de Derechos Humanos, es porque tiene un claro compromiso político y social con la mujer y, naturalmente, con la lucha contra su histórica discriminación y contra las distintas formas de violencia y persecución de las que ha sido víctima. Los jueces, como parte del Estado y, en ejercicio de la función judicial, en los asuntos que, en verdad lo ameriten, no pueden ser ajenos a esas evoluciones normativas, las cuales responden a un retrasado proceso histórico de reivindicación social de la mujer.

29. En ese orden, la Sala entiende que una forma de combatir la discriminación por parte de quienes administran justicia consiste en activar, precisamente, el enfoque de género que constituye una herramienta metodológica que introduce al razonamiento judicial unos componentes o presupuestos particulares para la valoración probatoria y el razonamiento jurídico que conduce a adoptar una decisión que, de no aplicar dicho enfoque, posiblemente sería diferente. Por ejemplo, activar este enfoque implica que el juez, al estudiar el caso, entre otros, deba observar: a) las formas en que interactúan las mujeres, los hombres, las niñas y los niños en sus diferentes ámbitos, b) las estructuras y procesos de diferente índole²¹, que pueden perpetuar patrones de desventaja de las mujeres con respecto a los hombres, y de niños y niñas con respecto a adultos, c) los impactos que tienen las intervenciones de todo tipo en el desarrollo de mujeres, hombres, niñas y niños²².

30. Sin embargo ¿qué significa en términos pragmáticos que, en esta decisión judicial, se adopte un enfoque diferencial con ocasión del género

¹⁹ Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women. –CEDAW- Artículo 2.c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;

²⁰ Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: a. el derecho a que se respete su vida; b. el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; (...) e. el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia; f. el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley; g. el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos; (...)

²¹ Por ejemplo: sociales, culturales, institucionales, legislativos, políticos.

²² Herramientas para la Aplicación del enfoque de género en la Administración de Justicia. Consejo Superior de la Judicatura de Colombia. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Isabel Cristina Jaramillo Sierra. 2019.

y la edad? Significa que, al advertir que el Estado, a través de formas, estructuras y, en general, procedimientos adelantados (en este caso judiciales) violentaron a una mujer menor de edad por tener esa condición, la Sala no solo este habilitada, sino que deba: **a.** Efectuar una interpretación de las normas y una argumentación del caso que proteja y tenga en cuenta la condición de mujer menor de edad de la víctima directa, **b.** Ejercer toda la actividad probatoria en aras de obtener una decisión de fondo, salvaguardar el acceso efectivo a la administración de justicia y proteger la dignidad de la mujer. **c.** Revisar con rigurosidad si existió algún prejuicio, estereotipo, sesgo, discriminación o estigmatización contra la mujer en el desarrollo de la investigación penal. **d.** Tener en cuenta la protección de la mujer en los diferentes instrumentos de derecho internacional **e.** Ponderar la experiencia sufrida por la menor Valeria Sierra en el marco del proceso penal y **f.** Darles voz a las organizaciones de mujeres y de expertas que han tenido la oportunidad de emitir juicios de valor sobre el tema que aborda la Sala.

2.2.2 De la investigación judicial adelantada por la Fiscalía contra la menor Valeria Sierra

31. En su recurso de apelación, la parte demandante pidió que se revocara la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones. En síntesis, sostuvo que la investigación fue ilegal y se configuró un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia porque: la Fiscalía General de la Nación adelantó la investigación sin competencia; se violaron los derechos de la menor, porque, entre otras, se recibió su declaración sin los protocolos y requisitos de ley y se le ordenaron exámenes forenses y, adicionalmente, porque Valeria Sierra fue sometida a un escarnio público desproporcionado y de importantes consecuencias dada su doble condición: tanto de mujer como de menor de edad.

32. Para resolver, la Sala sostendrá que, por regla general, una investigación de tipo penal constituye una carga que los ciudadanos deben soportar con el fin de que el Estado pueda esclarecer los hechos y conductas que amenacen determinados bienes jurídicos tutelados y, en consecuencia, pueda impartir justicia y consolidar un Estado de Derecho. En ese sentido, es posible concluir que, en principio, tales investigaciones no constituyen daños reparables, sino, justamente, actuaciones tendientes a dirimir controversias y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. No obstante, cuando se prueba que la investigación rebasó lo que, normalmente, podría afectar una investigación, por ejemplo, porque existieron atropellos desproporcionados en su realización, hay lugar a que el Estado responda y repare a las víctimas.

33. En el caso concreto, la Sala considera que la investigación surtida dentro del proceso penal de la menor Valeria Sierra por el delito de aborto en estado de gestación de 16 semanas, le ocasionó un daño antijurídico comoquiera que la Fiscalía General de la Nación, con su actuación ilegal, arbitraria e irregular afectó de una manera grave y excesiva los derechos de la menor.

34. Lo primero que debe indicarse es que la Sala, cuando en su momento advirtió los fundamentos fácticos del caso, percibió la necesidad de abordarlo con un enfoque diferencial, lo que la hacía consciente de que esta perspectiva debía tener implicaciones directas en el desarrollo, tratamiento y estudio del asunto, que fue la razón por la cual consideró no solo procedente, sino necesario, insistir en la prueba pedida por la parte demandante y que no había podido ser practicada dentro del presente proceso en el trámite de la primera instancia, esto es, trasladar la totalidad del expediente penal²³. En consecuencia, después de varios requerimientos y averiguaciones, la Sala logró recaudar toda la actuación penal surtida por la Fiscalía en contra de la menor Valeria Sierra, por el delito de aborto. De la valoración de ese expediente²⁴, es posible extraer cinco conclusiones para resolver el caso:

35. **1) La Fiscalía conocía que Valeria Sierra era una menor de edad y pese a ello adelantó la investigación penal por el delito de aborto, sin tener competencia, por un término de 1 mes y 5 días.** El 8 de septiembre de 2004, día en que ocurrió el aborto en la vía pública ubicada en las inmediaciones del colegio de Valeria Sierra Aguilar, la Fiscalía General de la Nación efectuó la inspección al cadáver del feto NN Sexo Masculino²⁵. La Fiscalía acudió al lugar por el llamado de la Policía que informó el hecho.

36. a) De conformidad con el acta, los investigadores del CTI de la Fiscalía que participaron de la inspección²⁶, hablaron en la vía pública con el

²³ Índice 71 Samai

²⁴ Aunque la demanda, en efecto, se enfoca en señalar que el daño ocurrió por la investigación adelantada por la Fiscalía, la Sala estima importante destacar las actuaciones procesales más importantes que se advierten en el expediente penal que incluyen lo actuado en la Fiscalía y en el Juzgado de Menores: **1.** El 8 de septiembre de 2004 la Fiscalía realizó la inspección al cadáver del feto y envió una comisión investigativa incluyendo técnicos del CTI al colegio y a la casa de la menor. **2.** El 21 de septiembre de 2004, con el fin de adelantar la indagación previa, decretó varias pruebas. **3.** El 22 de septiembre de 2004, la Fiscalía decretó otras pruebas, entre ellas, recibir la declaración de la menor. **4.** El 13 de octubre de 2004 la Fiscal recibió la declaración de la menor sin presencia de defensor de familia ni defensor judicial. En esa declaración, la menor informó que utilizó unas pastillas que pudieron provocar el aborto. **5.** Mediante Auto de 13 de octubre de 2004, remitió las diligencias a los Juzgados de menores. **6.** El 26 de octubre de 2004, el Juzgado de menores declaró abierta la investigación penal, decretó pruebas y ordenó citar y oír en exposición a la menor de edad en los términos del Código del Menor. **7.** El 23 de noviembre de 2004 la menor realizó su exposición. En ella no aludió lo relativo a las pastillas y agregó que no quería referirse a la declaración que, de manera ilegal, realizó ante la Fiscalía. **8.** El 16 de febrero de 2005, el Juzgado de Menores vinculó al proceso penal a la menor, se abstuvo de dictarle medida de rehabilitación e insistió en el decreto de una prueba. **9.** El 26 de mayo de 2005 se adelantó diligencia de audiencia privada dentro del proceso penal. **10.** El 27 de junio de 2005 se adoptó la sentencia absolutoria por aplicación del principio de in dubio pro reo.

²⁵ Folio 1 Expediente penal

²⁶ Compuesta por: 1. Fiscal, 2. Profesional Universitario del CTI, 4. Sicóloga del CTI, 5. Investigadores del CTI (2), 6. Técnico Judicial I del CTI, 7. Asistente Judicial I

vigilante del colegio, señor José Eliceo Fúneque quien les informó “que aproximadamente, entre las diez y media de la mañana había visto salir a una joven del Colegio Normal Santiago, que vestía sudadera de dicha institución y el pantalón estaba manchado de sangre, dicha joven iba acompañada de un muchacho y dos compañeras del colegio”.

37. b) De conformidad, también con el acta, los investigadores se entrevistaron con la auxiliar de servicios generales del colegio, señora Judith Alina Torres Barrera quien, ese día, prestaba los servicios en la portería. Ella les informó que “más o menos a las 9:10 de la mañana salió del colegio la estudiante Valeria Sierra del grado 11-03, portando un permiso con visto bueno de la coordinadora de la mañana (...) la estudiante iba acompañada con dos compañeras del colegio y un muchacho, al ver el permiso la dejó salir, no sin antes percatarse que Valeria Sierra llevaba sudadera y una chaqueta amarrada a la cintura y el pantalón estaba manchado con sangre.”

38. Lo expuesto, si bien no constituye prueba directa de que Valeria Sierra era menor de edad, sí es un indicio importante de que lo era. Para la Sala, el hecho de que estuviera en el colegio, portara el uniforme y se encontrara en grado 11, eran circunstancias que le imponían a la Fiscalía, como autoridad investigadora que es, inferir que Valeria Sierra tenía menos de 18 años y, si no, al menos, poner razonablemente en duda su mayoría de edad.

39. c) En todo caso, si lo expuesto no bastara, debe indicarse que, en el acta de inspección de cadáver de 8 de septiembre de 2004, la propia comisión de la Fiscalía que atendió la diligencia señaló de manera expresa que: “los demás integrantes del grupo nos mantuvimos al margen dadas las circunstancias y el manejo especializado que requiere el caso, ya que la presunta sospechosa al parecer es menor de edad”.

40. d) También debe ser tenido en cuenta que el Oficio No. 961 de 8 de septiembre de 2004, dirigido al médico legista de turno y suscrito por la Fiscal del caso, en el que solicitaba que se practicara necropsia al cadáver del feto, indicó “hijo de [Valeria Sierra Aguilar] de aproximadamente 16 años de edad, quien fue hallado el día de hoy”.

41. e) De igual forma, el testimonio de quien era novio de Valeria Sierra para la época y se encontraba con ella cuando fue interrogada por la sicóloga del CTI el 8 de septiembre de 2004, afirmó que lo primero que preguntó la sicóloga fue su edad, a lo cual, ambos contestaron que eran

menores de 18 años²⁷.

42. En consecuencia, es claro que la Fiscalía, desde el 8 de septiembre de 2004, fecha en que ocurrieron los hechos, conocía que la mujer sobre la que recaía la investigación penal por el delito de aborto, era menor de edad. Por lo expuesto, la Sala no comparte lo resuelto por el Tribunal de primera instancia que afirmó que la Fiscalía, “*tan pronto conoció la edad de la menor remitió las diligencias a los Juzgados de Menores*” comoquiera que, de lo expuesto, la Fiscalía conoció que Valeria Sierra Aguilar tenía menos de 18 años, desde el 8 de septiembre de 2004 y solo envió las diligencias al Juzgado de Menores para que adelantara la investigación el 13 de octubre de 2004²⁸.

43. Llama la atención de la Sala que, durante 1 mes y 5 días, pese a que evidentemente carecía de competencia, en actitud que, por las evidencias hasta entonces recolectadas, solo puede calificarse de terca, obstinada e intransigente, la Fiscalía : 1) continuó con la investigación y persecución por el delito de aborto, 2) en desarrollo de competencias que se arrogó, y en perjuicio de los derechos sustanciales y procesales de la víctima directa como menor de edad, el día de los hechos, desplegó un equipo de 7 personas para hacer averiguaciones de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que ocurrió el delito, 3) decretó pruebas para adelantar la investigación previa y emprendió acciones rápidas e inmediatas para perseguir a la presunta responsable de manera contundente con el fin de esclarecer lo acontecido. Lo anterior, deja en evidencia un afán, quizá desmesurado, por perseguir este delito y controlar lo ocurrido con la mujer menor de edad.²⁹

²⁷ Del testimonio se destaca: “PREGUNTADO: Cuando los funcionarios del CTI, ingresaron a la casa de Valeria Sierra usted se encontraba ahí. CONTESTÓ: sí. PREGUNTADO: Quién autorizó el ingreso a la casa de Valeria de los funcionarios del CTI y por qué razón acudieron los funcionarios a esa residencia. CONTESTÓ: No sé quien autorizó-El ingreso de los funcionarios y acudieron porque estaban investigando la pérdida del bebé de Valeria y mío. PREGUNTADO: Quien más se encontraba la casa de Valeria cuando llegaron los funcionarios del CTI. CONTESTÓ: La mamá de Valeria y yo, no sé quién más estaba en la casa porque nosotros estábamos en la sala. PREGUNTADO: En algún momento los funcionarios del CTI supieron que Valeria era menor de edad. CONTESTÓ: Sí, ella nos preguntó qué edad teníamos, yo tenía 17 años, Valeria 14 o 15 años. PREGUNTADO: Ustedes en forma clara le informaron la edad que tenían al funcionario del CTI y este que determinación tomó. CONTESTÓ: Cuando nos preguntaron la edad, simplemente siguió preguntando (...)” (fl. 397 Expediente principal)

²⁸ Folios 1 a 29 del Expediente penal

²⁹ En este caso, no cabe duda que lo descrito refleja lo expuesto en el informe denominado “La Criminalización del Aborto en Colombia” de La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres que expone, con datos, la existencia de sesgos por parte de la Fiscalía General para perseguir el delito de aborto. Al respecto: “Estos sesgos de la ciudadanía y de los funcionarios en favor de una persecución penal endurecida para las mujeres que incurrir en el delito de aborto, se ven reforzados con sesgos de la Fiscalía General de la Nación. La actuación de la Fiscalía puede medirse a través de la cantidad de acusaciones (cuando se trata de menores de edad), imputaciones (cuando se trata de mayores de edad y se encuentran suficientes elementos para solicitar al juez una condena de una persona específica) y decisiones sobre la atipicidad de la conducta (cuando los hechos no se corresponden con lo que está prohibido en el Código Penal). Como puede observarse en la Ilustración 20, las acusaciones e imputaciones son más altas en el delito de aborto que en el total del sistema (ver Tabla 9)” La Criminalización del Aborto en Colombia. La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres. Julio de 2021. Equipo Investigador: Isabel Cristina Jaramillo Sierra, Nicolás Santamaría Uribe, Wilson Forero Mesa Pág. 65

44. **2) La Fiscalía desconoció el Código del Menor, la Ley 12 de 1991³⁰ y no adoptó un enfoque diferenciado por tratarse de una menor de edad.** En este punto, la Sala se detendrá en dos aspectos. El primero, relativo al desconocimiento de la competencia para adelantar la investigación contra la menor. El Segundo, relativo al desconocimiento del enfoque diferenciado que significaba la aplicación de ese Código.

45. *Desconocimiento de la competencia.* El artículo 178 del Decreto 2737 de 1989 indica que la investigación, en los casos de menores de 18 años, debía ser adelantada por el Juez de Menores o, en su defecto, por el Juez Promiscuo de Familia³¹. Adicionalmente, en el marco del Sistema Universal de Derechos Humanos, la Convención de los Derechos de los Niños, ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, también disponía que debía garantizarse un proceso penal en el que se tuviera en cuenta su edad³².

46. Es claro entonces que, para el 2004, existían disposiciones que le impedían a la Fiscalía continuar con el trabajo investigativo en el evento de que estuviera involucrado un menor. Como ya se indicó, según las evidencias, la Fiscal del caso conocía que estaba frente a una menor de edad, o lo cierto es que, como también ya se puso de presente, no podía desconocer esa situación.

47. No obstante, en total y abierto desconocimiento de esa regla de atribución de competencias, la Fiscalía: 1. Adelantó la inspección al cadáver del feto³³; 2. Desplegó una comisión de la Fiscalía y del CTI para que hiciera averiguaciones sobre lo acontecido en el colegio y familia de la menor³⁴; 3. Ingresó a la casa de la presunta implicada, a través de la sicóloga del CTI, con el propósito de obtener información directa de Valeria Sierra³⁵; 4. Ofició al médico legista para que le practicara necropsia al cadáver del feto³⁶; 5. Ofició a la directora de Medicina legal para que le practicara el examen forense consistente en el reconocimiento médico

³⁰ "Por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989".

³¹ Cuando el Juez de Menores o el Promiscuo de Familia del lugar donde ocurrió el hecho tenga conocimiento de oficio, o por denuncia o informe de terceros, que un menor de dieciocho (18) años y mayor de doce (12) años, ha incurrido en cualquiera de las conductas señaladas por la Ley como delito, iniciará la correspondiente investigación, aplicando en forma provisional, si fuere el caso, las medidas que estimen necesarias para la protección del menor consagradas en el artículo 204.

³² Artículo 40 (...) 1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

³³ Folios 1 a 3 del expediente penal

³⁴ Folio 2 expediente penal

³⁵ Folio 3 expediente penal

³⁶ Folio 5 expediente penal

legal a la menor de edad³⁷; 6. Requirió al director de la Clínica Saludcoop con el fin de que remitiera “restos ovulares y placenta” de la menor³⁸; 7. Profirió autos en los que, con el fin de realizar la investigación previa, decretó pruebas³⁹; 8. Recibió, sin la presencia de los padres, sin el defensor de familia y sin apoderado judicial, la declaración de la menor Valeria Sierra⁴⁰ y, en ese marco realizó interrogatorios⁴¹ e insinuaciones totalmente descomedidas y dolorosas⁴².

48. Finalmente, tan solo el 13 octubre de 2004, es decir, más de un mes después de haber adelantado intensas actuaciones investigativas, y como consecuencia de que tuvo por acreditada una situación que, desde el primer día debía tener por suficientemente establecida: la condición de menor de edad en la persona sujeta a investigaciones, remitió el asunto a los Juzgados de Menores⁴³.

49. Queda en evidencia que, a pesar de que en el ordenamiento jurídico existía una norma especial que buscaba proteger el interés superior de los menores y, en esa medida, abstraerlos de la justicia penal de adultos para que fueran investigados con un enfoque diferenciado en virtud, precisamente, de su edad, la menor Valeria Sierra fue perseguida por la Fiscalía como si se tratara de una persona adulta, en profundo desconocimiento de sus derechos. En esa persecución que adelantó la Fiscalía, Valeria Sierra fue expuesta a situaciones que, para una menor de edad que ya atravesaba un episodio absolutamente traumático, resultaban ofensivas, violentas y angustiantes. No puede calificarse de otra forma el hostigamiento que padeció, por ejemplo, con el hecho de que hubiera sido sometida a exámenes forenses, que se hubiera solicitado a su

³⁷ Folio 6 expediente penal. Se resalta que en el Oficio 967 de 9 de septiembre de 2007, dirigido a la Directora Seccional de Medicina Legal, suscrito por la Fiscal se pidió hacerle un reconocimiento médico legal a la menor “a fin de establecer si estuvo o no embarazada, en caso afirmativo si abortó en forma natural, espontánea o provocada, qué causas llevaron a la pérdida de su bebé y demás aspectos que estimen pertinentes.”

³⁸ Folio 9 expediente penal

³⁹ Se destaca el Auto de 21 de septiembre de 2004 el cual se ordenaron las siguientes pruebas:

“1. Líbrese misión de trabajo a los investigadores Julio Cesar González Ramos y Graciela Murcia del CTI para que recepcionen declaraciones a las personas cercanas, como son los padres, amigos y novio de Valeria Sierra Aguilar, para que nos manifiesten que conocimiento tenían del embarazo de ella, cuando se enteraron, si en algún momento manifestó no desear tener el bebé, qué personas la apoyaron, si se encontraba tomando medicamentos, quien se los había formulado y por qué razón, qué actividades específicamente desarrolló el día anterior y el día de los hechos y, demás pesquisas que logren establecer cómo sucedieron los mismos y determinar si la menor tuvo que ver con el posible aborto del feto.

2. Envíese en forma inmediata al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses las muestras allegadas por el doctor José Manuel Garrido, para el respectivo estudio con el fin de establecer si hubo maniobras abortivas, si se utilizó algún medicamento o sustancia que provocara el aborto.

3. Solicítense al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, el protocolo de necropsia practicado al feto de Valeria Sierra, solicitada el 8 de septiembre del presente año con Oficio 961 procedente de este despacho.

4. Practíquense las demás diligencias que surjan de las anteriores y que nos conduzcan al pleno esclarecimiento de los hechos y el autor o autores del mismo.”

⁴⁰ Folios 27 a 28 vuelto del expediente penal.

⁴¹ Se destaca que la Fiscal le preguntó “díganos como cree que se haya separado el feto del cordón y la placenta ya que fue hallado completamente limpio de estas partes”.

⁴² Por ejemplo, de la psicóloga del CTI. De conformidad con la declaración recibida en el proceso penal por la menor Valeria Sierra, el día 8 de septiembre de 2004, fecha en que ocurrieron los hechos, la psicóloga del CTI le preguntó si “me había metido palos o algo así”

⁴³ Folios 1 a 29 del Expediente penal

médico “restos ovulares y placenta”, que se le hubiera practicado una declaración únicamente en presencia de la Fiscal y que se le hubieran formulado preguntas reprochables, como se verá en detalle más adelante.

50. *Desconocimiento del enfoque diferencial.* El Decreto Ley 2737 de 1989, frente a la investigación penal contra menores, dispuso un enfoque diferencial para la investigación de los menores de edad. Así, entre otras, señaló que los padres del menor podrían intervenir en el proceso⁴⁴, que los jueces de menores contarían con “*la colaboración de un equipo interdisciplinario, que orientara al juez sobre la medida más conveniente para el menor y trabajara con éste y con su familia durante la ejecución de las medidas*”⁴⁵, además, ese artículo, agregó que el equipo estaría conformado por: un médico, un sicólogo, un sicopedagogo y un trabajador social. También se indicó que “*presente el menor ante el Juez, éste procederá a escucharlo en presencia del Defensor de Familia y su apoderado, con el objeto de establecer en forma sumaria las causas de su conducta y las circunstancias personales del menor. La intervención del apoderado no desplazará al Defensor de Familia*”⁴⁶. Incluso, esa disposición fue enfática en señalar que en las actuaciones judiciales que involucren menores “*las partes y sus apoderados, así como las demás personas vinculadas en una u otra forma con el proceso, además de los deberes legales especiales, deberán actuar durante aquél, aún en la defensa de sus derechos, con el respeto oportuno y eficaz de los derechos ajenos y, ante todo, de la dignidad y derechos del menor*”⁴⁷. De igual forma, la Ley 12 de 1991 que ratificó la Convención de los Derechos del Niño, en su artículo 40, indicaba la necesidad de tener en cuenta la edad del menor en el proceso penal.

51. Lo anterior, muestra que, en efecto, el trato diferenciado en materia penal se concretaba en aspectos como la presencia de un defensor de familia, de los padres, de un equipo interdisciplinario de atención para el menor, procedimientos encaminados, a no dudarle, a la salvaguarda del interés superior del niño, niña o adolescente.

52. De todos esos aspectos, no sobra registrarlos, carece la investigación penal de adultos y, en cualquier caso, no fueron puestos en práctica dentro de las indagaciones que adelantó la Fiscalía contra la menor Valeria Sierra. En el presente asunto, dado que la Fiscalía fue quien adelantó la investigación desde el 8 de septiembre de 2004 hasta el 13 de octubre de 2004, con base en el Código de Procedimiento Penal vigente para la

⁴⁴ Artículo 166

⁴⁵ Artículo 168

⁴⁶ Artículo 185

⁴⁷ Artículo 350.2

época, esto es Ley 600 de 2000, no aplicó el enfoque diferenciado y, en esa medida, trasgredió todos los derechos que se habían previstos para los menores de edad. De igual forma, nunca se tuvieron en cuenta las diferencias en el desarrollo físico y psicológico de la menor respecto de los adultos, así como sus necesidades emocionales. Aspectos que, justamente, privilegiaba el sistema de menores⁴⁸.

53. **3) La Fiscalía tomó la declaración de la menor sin el lleno de garantías y no adoptó un enfoque diferenciado.** En este punto, se quiere destacar que la Fiscal una vez tuvo noticia del delito, continuó de manera persistente con la investigación previa y, en consecuencia, mediante Auto de 22 de septiembre de 2004, decretó la prueba consistente en escuchar la declaración de Valeria Sierra con absoluto convencimiento de que era una menor de edad pues así se consignó de manera expresa⁴⁹. El 13 de octubre de 2004, practicó la diligencia sin el defensor de familia, sin la presencia de la apoderada de la menor, ni de sus padres, ni de la sicóloga, ni de ningún equipo multidisciplinario. Según el acta, únicamente intervinieron la Fiscal y la menor de edad⁵⁰. Adicionalmente, la tía de la víctima directa, que declaró en este proceso de reparación directa, también dio cuenta de esa situación⁵¹.

54. La Fiscal, revestida de legalidad, legitimidad e institucionalidad, confrontó a la menor de manera directa y le preguntó si ella y su novio sabían que estaba embarazada, si estuvieron conformes con ese embarazo y si hubo acciones para evitarlo. La Fiscal, entre otras cosas, le preguntó repetitivamente si hubo alguna maniobra distinta que se realizara en su cuerpo para producir el aborto y le pidió que le explicará “¿Cómo [creía] que se [hubiera] separado el feto del cordón y la placenta ya que fue hallado completamente limpio de estas partes?”.

⁴⁸ Frente a la importancia de este trato diferenciado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que ese trato “implica que las diferencias de los niños y los adultos, tanto por lo que respecta a “su desarrollo físico y psicológico, como por sus necesidades emocionales y educativas”, sean tomadas en cuenta. En definitiva, si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los niños, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías.” Sentencia Caso Mendoza y otros Vs Argentina. 14 de mayo de 2013. Párrafos 145 a 146

⁴⁹ En el auto se indicó: “Visto que se hace necesario ordenar la práctica de algunas otras pruebas, se ordena por este despacho las siguientes: (...) Escúchese en declaración **a la menor** y para ello solicítese a la sicóloga del CTI Laura Méndez que preste su colaboración con el fin de obtener mejores resultados en la misma, para ello fijase como fecha el día miércoles 29 de septiembre a las 2:30 pm”

⁵⁰ Folios 27 a 28 del Expediente penal

⁵¹ Al respecto, en el testimonio señaló “(...) Las acompañé a la Fiscalía donde las habían citado allí las recibió una sicóloga que presionó todo el tiempo a Valeria, según ella a decir la verdad, le dijo que debían entrar sola donde la Fiscal que ella era muy linda, muy buena gente, que no le iba a pasar nada que debía confiar en ella y contarle todo, a lo que yo le pregunté qué porque la niña debía entrar sola, si era menor de edad, ella dijo que ese era el protocolo, que eso era lo que se hacía, yo le dije que no me parecía que para eso la mamá estaba ahí, me dijo tranquila no va a pasar nada, mi hermana que estaba como en shock, me decía que si ellas lo decían era porque sabían, igualmente yo le dije que no estaba de acuerdo, que la niña estaba sola a dar esa declaración, finalmente, Valeria entró sola habló con la Fiscal y salimos para la casa.” (Fl. 390 del Expediente principal)

55. En este punto, la Sala se cuestiona con qué tipo de fundamento la Fiscal, pese a conocer -o no poder ignorar- que no era competente y que, por consiguiente, estaba absolutamente desprovista de habilitación legal para recibirle la declaración a la menor, procedió no sólo a practicar el interrogatorio, sino que, al margen de cualquier tipo de consideración o manejo de las particulares condiciones de la menor, le formuló preguntas repetitivas sobre cómo ocurrió el aborto y específicamente si la menor lo había inducido.

56. La Fiscal, en ningún momento reparó en la edad, en la falta de apoyo jurídico, profesional y familiar, en la complejidad y el impacto de los hechos que se investigaban en la salud física, psicológica o emocional de la menor. La Fiscal ejerció su rol tal como si la interrogada fuera una persona adulta. Con ello, desconoció abiertamente el enfoque diferenciado que, para el caso, exigía no solo el hecho de que la investigada era menor de 18 años, sino que, además, lo estaba siendo por un delito ligado a sus derechos reproductivos.

57. La Fiscal tampoco tuvo en cuenta que, justamente, se estaba en un escenario que involucraba los derechos reproductivos y la salud reproductiva de la menor⁵². Tampoco adoptó un enfoque de género en la declaración que, al menos, tuviera en cuenta que no estaba ante un típico caso de delincuencia sino ante una mujer menor de edad en estado de vulnerabilidad derivado justamente de todo lo que atravesaba y de lo que, pocos días atrás, había ocurrido con su cuerpo. Incluso, contrario a ello resultó evidente que la Fiscalía privilegió sin reparo, ponderación o justificación razonada la efectividad de la investigación para esclarecer lo ocurrido con el aborto que los derechos y la dignidad de la mujer menor de edad. Por el contrario, mantuvo su trato hacia la menor y prosiguió la investigación en aras de develar y, en cierto modo, reprocharle lo ocurrido⁵³.

58. Además de ese desconocimiento, la Sala también cuestiona que la Fiscal del caso debía ser consciente de que la declaración que ordenó practicar sobre *la menor* evidentemente no sería valorada y de que sería

⁵² Frente a este punto, resulta importante revisar Los derechos sexuales y reproductivos como un asunto de interés constitucional. Volumen I. Universidad Externado de Colombia, Defensoría del Pueblo. Elaborado por: Carolina Vergel Tovar (consultora delegada para asuntos constitucionales y legales), Mariana Medina Barragán (asesora delegada para asuntos constitucionales y legales) y Germán Enrique Rokas Rico (Ilustraciones, diseño y diagramación).

⁵³ Frente a este punto, conviene revisar el Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. A/HRC/31/57 "Las mujeres y las niñas se ven afectadas de manera desproporcionada. Justificadas por lo general en las normas sociales y creencias culturales, la tradición o la religión, estas prácticas nocivas están motivadas, en parte, por los estereotipos sobre el sexo y la función que han de asumir hombres y mujeres, y tienen su origen en los intentos de controlar el cuerpo y la sexualidad de las personas." Párrafo 58.

preciso tomar una nueva con los requisitos de ley –como en efecto ocurrió⁵⁴. En esas condiciones, la Fiscal sabía que Valeria Sierra sería sometida una segunda vez al mismo tipo de preguntas sobre las dramáticas circunstancias en las que sobrevino el aborto, situación que, por supuesto, implicaba no solo revivir nuevamente este hecho traumático, sino enfrentar, de nuevo, un juicio⁵⁵ y con él, la sensación de que el Estado, a través de su aparato judicial, se ensañaba con la menor por sus actos.

59. Por lo expuesto, la Sala concluye que ese específico procedimiento se hizo con desapego de la ley, con violencia hacia la mujer y, adicionalmente, con una falta absoluta de empatía con la situación por la cual atravesaba la menor.

60. **4) La Fiscalía no respetó la privacidad de la vida de la menor en la investigación que adelantó.** El artículo 44 de la Constitución Política, prescribe que son derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes entre otros, la integridad física, la salud y su nombre. Agrega que serán protegidos contra toda forma de violencia física o moral y sostiene que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral. Finalmente, señala que los niños, niñas y adolescentes gozarán de los derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

61. Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño⁵⁶, ratificada por Colombia, mediante la Ley 12 de 1991 señaló en su artículo 40 que se reconoce el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido la ley penal a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros. Además, se debe tener en cuenta la edad del niño y “*se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento*”.

62. En el caso concreto, sin que tuviera competencia, la Fiscalía adoptó

⁵⁴ Como se indicó anteriormente, el 23 de noviembre de 2004, en virtud de lo previsto en los artículos 169 y 187 del Código del Menor se realizó la entrevista personal con la menor, cuyo objeto era indagar su historia personal, su personalidad y las circunstancias socio-familiares que la rodeaban. En esa diligencia participaron: La juez de menores, el defensor de familia, la defensora de la menor y el secretario del Juzgado. Se destaca que la Juez competente interrogó nuevamente por “*las circunstancias de modo, tiempo y lugar*” en que ocurrió el aborto. De igual forma le preguntó: “*Usted rindió algún tipo de declaración en la Fiscalía?*” y ella contestó: “*sí*”. Se agregó “*¿Le gustaría, sin el apremio de juramento, referirnos algo de lo que manifestó en esa entidad?*”. Contestó: “*No*”. Folios 61 a 67 del expediente penal.

⁵⁵ Juicio que, finalmente, terminó mediante Sentencia de 27 de junio de 2005, mediante la cual el Juzgado Segundo de Menores resolvió: “*PRIMERO: En efectividad del principio del in dubio pro reo ABSOLVER de los cargos objeto de esta investigación a la menor vinculada [VALERIA SIERRA]*” Folios 106 a 114 del expediente penal.

⁵⁶ Que en su artículo 1 estableció: “*Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.*”

medidas que, sin duda alguna, expusieron a la menor en su entorno escolar y familiar y generaron un ambiente propicio para la discriminación, el aislamiento y la exacerbación de los sentimientos de culpa de Valeria Sierra.

63. Revisado el expediente penal, se advierte que el día de los hechos, esto es, el 8 de septiembre de 2004, investigadores del CTI⁵⁷ se dirigieron al colegio de la menor con el fin de indagar sobre lo ocurrido. Fue así como, unas horas después de que Valeria Sierra salió del colegio, los investigadores llegaron a las instalaciones de la Normal y entrevistaron al vigilante del colegio, a la auxiliar de servicios generales y a la enfermera. Posteriormente, ese mismo día, todo el despacho de la Fiscalía compuesto por 7 personas (Fiscal, profesional universitario del CTI, sicóloga del CTI, dos investigadores del CTI, técnico judicial del CTI y asistente judicial), se dirigió a la casa de la víctima directa. Ante la negativa de abrir, la comisión “se mantiene al margen” y finalmente, logra ingresar la sicóloga del CTI.

64. Como si el despliegue (propio de un operativo) de ese grupo de la Fiscalía tanto en el colegio como en la vivienda de la menor fuera poco, la Fiscal, pese a conocer que se trataba de una menor de edad, mediante Auto de 21 de septiembre de 2004, decretó una prueba en la que ordenó una “misión de trabajo”. La misión consistió en ordenar a los investigadores Julio Cesar González Ramos y Graciela Murcia del CTI (investigadores que habían estado en el colegio el 8 de septiembre de 2004) para que recibieran declaraciones a las personas cercanas, como son los **padres, amigos y novio** de Valeria Sierra Aguilar, para que “...nos manifiesten que conocimiento tenían del embarazo de ella, cuando se enteraron, si en algún momento manifestó no desear tener el bebé, qué personas la apoyaron, si se encontraba tomando medicamentos, quien se los había formulado y por qué razón, qué actividades específicamente desarrolló el día anterior y el día de los hechos y, demás pesquisas que logren establecer cómo sucedieron los mismos y determinar si la menor tuvo que ver con el posible aborto del feto”.

65. Lo expuesto, de manera evidente, da cuenta de que la Fiscalía, que ya se había arrogado arbitrariamente una competencia para adelantar una investigación previa que no tenía, no respetó el derecho a la vida privada de la menor mientras adelantó sus actuaciones, pues desplegó una amplia comisión al colegio y a la casa de la menor y dispuso que un grupo de trabajo acudiera al círculo cercano de la menor con el propósito de averiguar al detalle todo lo relativo a la gestación y posterior aborto que sufrió la menor. Lo anterior, como se verá más adelante, cuando se estudie lo relativo a los perjuicios, afectó directa y grave a Valeria Sierra Aguilar.

⁵⁷ Señor Julio Cesar González Ramos y Graciela Murcia

66. En este punto, se resalta que, si bien los hechos relativos al aborto ocurrieron en la vía pública contigua al colegio del menor, no se puede concluir, como lo hizo la primera instancia, que esa situación por sí sola fue la que la expuso públicamente. Salta a la vista que la presencia del despacho de la Fiscalía, compuesto por 7 personas que incluían 2 investigadores del CTI, no solo en la vía pública sino en el interior del colegio de la menor y en su hogar, genera una alarma, exposición, notoriedad y difusión de lo ocurrido en el ambiente de Valeria Sierra. De todo ello da cuenta el testimonio de quien, en esa época, era su novio⁵⁸.

67. **5) La Fiscalía, en la investigación utilizó estereotipos, prejuicios y sesgos de género hacia la menor Valeria Sierra.** En primer lugar, debe reprocharse que la Fiscal únicamente decretó y practicó la declaración de Valeria Sierra, pero no involucró de manera alguna a su novio, de quien tenía noticia. En ese orden, pese a que, desde el 8 de septiembre de 2004, en virtud de la visita que hizo la sicóloga al hogar de la menor, se conocía que el embarazo de la menor era fruto de la relación con su novio⁵⁹, con el fin de esclarecer lo ocurrido, únicamente se ordenó recibir la declaración de la mujer menor y no del hombre, a pesar de que, por obvias razones (particularmente asociadas a las dinámicas propias de relaciones de pareja), aquel también podría llegar a tener algún tipo de relación con el presunto delito (por ejemplo, como eventual determinador o cómplice) o por lo menos, y seguramente, sí conocía de las circunstancias en la que ocurrió el aborto.

68. En segundo lugar, no se comprende por qué, en el ya ilegal interrogatorio que se practicó a la menor, se le preguntó si había tenido novios y relaciones sexuales antes de su novio actual. Para la Sala, no cabe duda que las averiguaciones sobre los antecedentes de la vida sexual de la menor, no aportaban nada a la investigación y sí, por el contrario, constituían una intromisión innecesaria, violenta y desproporcionada en la vida íntima de la menor. Además, ese preciso interrogatorio fue, sin duda, una manifestación por parte de la Fiscalía, de actitudes basadas en estereotipos de género⁶⁰. La Sala estima importante ser insistente en esta idea: la intrusión del Estado en los términos expuestos, en donde se indaga por los antecedentes sexuales de las mujeres exhibe un razonamiento sesgado para analizar y resolver un caso. Ese razonamiento que, en ocasiones, puede ser no premeditado y que surge como fruto de los

⁵⁸ Al respecto indicó "(...) también recuerdo que cuando [Valeria Sierra] volvió al colegio hubo señalamientos de gente, se veía que iban a preguntar, que en el colegio habían preguntado qué era que había pasado, entonces pues eso, que la gente juzgaba por lo que había pasado, porque el CTI había ido al colegio (...)".

⁵⁹ En este punto, se resalta que, en la inspección de cadáver de 8 de septiembre de 2004, se indicó "La menor en inicio negó los hechos debido a que sentía que estaba defraudando la confianza que habían depositado los padres en ella y en su novio"

⁶⁰ Corte IDH, Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 19 de mayo de 2014, párr. 209.

patrones socioculturales, es una negación sistemática de los derechos de las mujeres, esconde una naturaleza discriminatoria y perpetúa con frecuencia estructuras de control social, económico, cultural, entre otros⁶¹.

69. En relación con ello, es del todo pertinente referir que, con el ánimo de eliminar esta conducta judicial que indaga por la vida sexual de una mujer y que introduce esta información en el razonamiento para decidir un asunto, el artículo 54 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y violencia doméstica⁶² señaló: “Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que, en cualquier procedimiento, civil o penal, las pruebas relativas a los antecedentes sexuales y al comportamiento de la víctima no sean admitidas salvo que sea pertinente y necesario.”

70. En tercer lugar, tampoco pasa por alto la Sala que se formularon preguntas que, sin duda, asumían que la responsabilidad de lo ocurrido era solo de la mujer menor de edad. Así, por ejemplo, la Fiscal del caso le preguntó “¿nunca pensó en pedir ayuda a sus padres?”. Pregunta que refleja una actitud sesgada de la autoridad comoquiera que sugiere que “el problema” era única y exclusivamente de la mujer menor de edad y que, resulta muy extraño que, ella, siendo la propia responsable de lo ocurrido, no hubiera pedido ayuda.

71. También se le preguntó: “¿Sus padres la habían instruido al respecto y cuál es su actitud?” La Sala se cuestiona sobre la connotación que aparece esta pregunta: entonces, ¿la educación sobre los derechos sexuales y reproductivos debe recaer únicamente sobre la mujer?, ¿en la educación de la mujer resulta una obligación de los padres, de la familia, del Estado este tipo de “instrucciones”?, ¿la formación de la mujer debe incluir “instrucciones” para que asuma, como suya, la responsabilidad de tener una hija o un hijo⁶³?

72. En este punto la Sala estima importante señalar que no se cuestiona el acceso a la educación sexual y reproductiva, educación que, por demás, es un derecho que prevé la CEDAW⁶⁴, sino que, el enfoque de la entrevista

⁶¹ Mandatos del Grupo de Trabajo sobre la discriminación contra las mujeres y las niñas; de la Relatora Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental y de la Relatora Especial sobre la violencia contra las mujeres y las niñas. Sus causas y consecuencias. 28 de abril de 2023. Dorothy Estrada Tanck, Presidente Relatora.

⁶² El hecho de que este convenio no esté ratificado por Colombia no significa que, en esta decisión, no se pueda referir su pertinencia para mostrar la preocupación en el desarrollo en el derecho internacional de los derechos humanos sobre el tema.

⁶³ Existe un estereotipo, según el cual, las mujeres deben asumir la responsabilidad principal del cuidado de los hijos. Esta idea limita la capacidad de las mujeres para desarrollar sus facultades personales, perseguir una carrera profesional y tomar decisiones sobre sus vidas y proyectos personales Gender stereotyping and the judiciary: A workshop guide. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, 2020, en https://www.ohchr.org/sites/default/files/GenderStereotyping_EN.pdf.

⁶⁴ Artículo 16 de la CEDAW.

y, específicamente las aludidas preguntas, propone que los hijos son de responsabilidad exclusiva de la mujer, situación que, por supuesto, implica un estereotipo basado en género que, además, va en contravía, no solo de la realidad, sino de lo dispuesto en el artículo 5 de la CEDAW que señaló: *“Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos”*.

73. Finalmente, la Sala se cuestiona si, en efecto, existió un sesgo de la Fiscalía para perseguir a la menor de edad por el delito de aborto. En este punto, llama la atención que, sin competencia, haya mantenido el asunto por más de un mes y que, de manera inmediata, expedita y ágil, haya desplegado todo un operativo a cargo de un equipo de 7 personas para adelantar diferentes actividades investigativas para esclarecer lo ocurrido, encontrar e individualizar a la mujer responsable de ello.

74. Para la Sala, destacar los sesgos, estereotipos y prejuicios que utilizó la Fiscalía, resulta necesario en esta decisión comoquiera que ello demuestra que, en efecto, existen normas socioculturales que perjudican a las mujeres e incluso a las mujeres menores de edad comoquiera que influyen en la forma y en el fondo del desarrollo de procesos judiciales. En esa medida, develar estos comportamientos y corregirlos constituye una forma de modificar los patrones y las conductas que normalizan actitudes hostiles hacia las mujeres y de eliminar los prejuicios y las prácticas que se basen en la idea de su inferioridad o en estereotipos de género⁶⁵.

75. A partir de las anteriores conclusiones, la Sala puntualiza dos aspectos. El primero, que sin dudas se probó que la investigación penal por el delito de aborto en estado de gestión de 16 semanas adelantada por la Fiscalía General de la Nación, le causó un daño reparable a la menor Valeria Sierra comoquiera que tuvo que resistir, de manera ostensiblemente ilegítima, el hostigamiento y la persecución del Estado⁶⁶ lo que, a su vez, evidenció un atropello en el interés superior del menor y específicamente en la integridad y dignidad de Valeria Sierra.

⁶⁵ Justamente, el artículo 5 de la CEDAW, señaló: *“Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres;”*

⁶⁶ Sobre el papel de la Fiscalía en este tipo de investigación, resulta conveniente revisar la Recomendación No. 33 del Comité para la eliminación de la Discriminación contra la Mujer CEDAW, que el 2015 señaló: *“La victimización secundaria de la mujer por el sistema de justicia penal tiene efectos sobre su acceso a la justicia, debido a su alto grado de vulnerabilidad al abuso mental y físico y a las amenazas durante el arresto, la interrogación y la detención.”*. Expuesto el diagnóstico se recomendó que los Estados parte: *“Tomen medidas eficaces para proteger a las mujeres contra la victimización secundaria en su interacción con las fuerzas del orden y las autoridades judiciales y consideren la posibilidad de establecer dependencias especializadas en cuestiones de género dentro de las fuerzas del orden y los sistemas penales y de enjuiciamiento;”*

76. El segundo, que, con ese daño, la Fiscalía afectó desproporcionadamente a una mujer menor de edad, en la que confluyeron dos condiciones de especial vulnerabilidad y, en consecuencia, protección: ser mujer y ser menor de edad. Esa intersección resultó fundamental en el desarrollo de esta decisión porque le permitió a la Sala **a.** identificar el daño padecido por Valeria Sierra con una perspectiva de género, **b.** mostrar que, en efecto, la investigación penal adelantada incluyó violencia, discriminación, prejuicios, estereotipos, sesgos y estigmatización en la mujer menor de edad, **c.** Ser consiente del papel de la judicatura en evidenciar las dificultades que padecen las mujeres en la sociedad, reparar un daño concreto y generar un mensaje que permita prevenir la eliminación de todo acto de violencia contra la mujer.

2.3 Liquidación de perjuicios

77. La Sala es consciente de que este daño antijurídico debe ser reparado. La parte demandante solicitó perjuicios materiales y morales.

2.3.1 Respetto de los perjuicios materiales

78. respecto de los *materiales* solicitó “*El lucro cesante y daño emergente que resulte probado en el proceso, teniendo en cuenta el dictamen pericial correspondiente.*”. Ese dictamen pericial no fue decretado y contra esa decisión no fue interpuesto ningún recurso⁶⁷; ahora bien, si bien se solicitó el daño emergente consistente el pago del abogado que defendió a la menor en el proceso penal, lo cierto es que ese perjuicio no fue acreditado en la forma establecida por la jurisprudencia del Consejo de Estado⁶⁸, esto es, no se allegó una factura o su documento equivalente en los términos del artículo 617 del Estatuto Tributario, acompañada con la prueba del pago de los referidos honorarios, en los términos de la sentencia de unificación del 18 de julio de 2019⁶⁹.

2.3.2 Respetto de los perjuicios morales

79. Solicitó la suma equivalente a 100 SMMLV para cada uno de los demandantes: víctima directa, hermanos y padres. Previo a revisar la liquidación de los perjuicios morales, la Sala verificará si, en efecto se acreditaron.

⁶⁷ **Negar** la solicitud del dictamen pericial consignada en el folio 10 del plenario.

⁶⁸ Si bien, con la reforma de la demanda se allegó copia simple del contrato de prestación de servicios profesionales entre Mariluz Gil Mancipe y la madre de la menor, así como recibo de satisfacción de \$ 2.500.000, lo cierto es que no se allegó la factura o su equivalente que permitiera acreditar la prestación del servicio.

⁶⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente 73001-23-31-000-2009-00133-01 (44.572), sentencia del 18 de julio de 2019, MP Carlos Alberto Zambrano Barrera.

80. Para ello, empezará por revisar si se acreditó el perjuicio moral causado a la *víctima directa*, menor Valeria Sierra por el daño consistente en la investigación dentro de un proceso penal que se surtió de manera ilegal; posteriormente, se revisará si se probaron los perjuicios de los *padres y hermanos*.

81. **Respecto de Valeria Sierra.** Para ello la Sala analizará las pruebas que aluden a su estado emocional y que obran en el proceso penal (tramitado en la Fiscalía y en el Juzgado de menores) y las pruebas que obran en el proceso de reparación directa.

82. *Pruebas del proceso penal.* En el proceso penal adelantado desde septiembre de 2004, se dejó constancia del estado de angustia, aflicción y fatiga de la menor de edad en el momento de la visita de la Fiscalía a su casa el día 8 de septiembre de 2004. Así, en el acta de inspección a cadáver⁷⁰, suscrita por la aludida comisión de la Fiscalía que se dirigió a su hogar, se indicó:

“La actitud que acompañó el relato de la menor fue de tristeza, llanto, angustia y tristeza (sic), lo que en últimas se puede conceptualizar como stress pos traumático y depresión por los hechos ocurridos, debido al estado emocional de menor se sugiere que no sean llamada el día de hoy a rendir la versión correspondiente. (...)”

83. Por su parte, de la investigación que adelantó el Juzgado de Menores se destaca que, en la Audiencia Privada prevista en el artículo 192 del Código del menor, el defensor de familiar de Valeria Sierra señaló:

*“(...) por otra parte, en lo que tiene que ver con el aspecto sociofamiliar y psicológico de la joven, considero también que se debe tener en cuenta el concepto emitido por la trabajadora social de este despacho quien señala que la joven proviene de una familia caracterizada por una dinámica de normalidad, es decir, con lazos afectivos fuertes (...) aspectos todos ellos también que dada la procedencia de la joven de una familia nuclear ameritaban eventualmente (...) la amonestación pero atendiendo, como se viene indicando, **el aspecto psicológico en que se vio involucrada [Valeria Sierra] constituyéndose dicha circunstancia en negativa y traumática, me encuentro de acuerdo con la profesional en trabajo social, en el sentido de que la joven más que todo necesitaría fundamentalmente un apoyo psicológico y por sobre todo el apoyo de sus padres para superar tan difícil situación (...)”**⁷¹*

84. Más adelante, en esa diligencia, la apoderada de la menor manifestó *“Me permito informar al despacho que la menor está residiendo (sic) actualmente tratamiento psicológico privado y el apoyo total e incondicional de sus padres y hermanos.”*⁷²

⁷⁰ Folio 3 expediente penal

⁷¹ Folio 103 expediente penal.

⁷² Folio 105 expediente penal.

85. Respecto del tratamiento psicológico privado, se tiene una certificación suscrita por la sicóloga de la Unidad de Política Social de la UPTC que indica que la menor Valeria Sierra asistió al servicio de asesoría psicológica el 13 de enero de 2005 por presentar *“cuadro de síntomas característicos de un Trastorno Depresivo, que afectó negativamente el normal funcionamiento individual, familiar, escolar y social, secundario a un evento traumático algunos meses atrás. Se inició un proceso psicoterapéutico de apoyo para el manejo de los síntomas inmediatos, movilizandó los recursos individuales, como lo son: su autoestima, autocontrol, proyecto de vida, red psicosocial positiva, asertividad, entre otras”*⁷³

86. Para la Sala, las aludidas pruebas dan cuenta del estado de aflicción de la menor con lo ocurrido en septiembre de 2004. Frente a este punto, resulta pertinente hacer la siguiente aclaración: esas pruebas no definen, de manera expresa, la causa de los trastornos padecidos por Valeria Sierra. En esa medida, podría (aisladamente) pensarse que los trastornos descritos en el proceso penal tuvieron como única causa el desasosiego que atravesaba la menor por el aborto y que, en consecuencia, no prueban los perjuicios ocasionados por el daño que la Sala, en esta Sentencia, reconoce.

87. Sin embargo, la lectura que hace la Sala, es que esas pruebas aluden, de manera general, a *todo* lo que ocurrió en ese periodo. Luego, una valoración sistemática y coherente con lo descrito a lo largo de esta Sentencia, permite concluir que la aflicción ahí descrita tuvo como causa no solo el sufrimiento ocurrido con el aborto (que, por supuesto, que sí) sino también la angustia por lo ocurrido con la sobreviniente investigación de la Fiscalía y lo que implicó en la intimidad, en la dignidad y en el desarrollo psicosocial de la mujer. Asumir lo contrario, esto es, que la aflicción ahí descrita no tenía nada que ver con los actos realizados por la autoridad investigadora, es desconocer no solo las otras pruebas sino además desconocer un hecho innegable: la angustia de la menor era el resultado de la conjugación de todo lo ocurrido y era, quizá, humanamente imposible separar la afectación emocional por el aborto y por la persecución de la Fiscalía.

88. *Pruebas del proceso de reparación directa.* Ahora bien, la parte demandante pidió 8 testimonios dentro de este proceso con el fin de acreditar los perjuicios causados con ocasión de la investigación penal. De

⁷³ Folio 226 expediente penal.

esos testimonios, se destacan los testimonios de Ismael Leonardo⁷⁴ y Javier Aponte⁷⁵ (amigos del colegio de la menor), Marisol⁷⁶ (Tía de la menor) y José Arturo⁷⁷ (tío de la menor) que coinciden en señalar que Valeria Sierra padeció angustia y aflicción después de lo ocurrido el 8 de septiembre de 2004. Lo anteriores testimonios son contundentes, claros y consistentes en mostrar que, con ocasión de todo lo que implicó la investigación penal adelantada por la Fiscalía, la menor padeció moralmente porque “fue sometida a un escarnio público”, “la misma familia del papá de la niña, la señalaba y rechazaba”, existió “un rechazo generalizado de la ciudad de Tunja”, además “ella le tenía miedo a las habladurías tanto de los estudiantes como de los profesores”, “ella entró en una profunda depresión”, “y a raíz de eso le empezó a ir mal en el colegio al final del año que era su graduación no le permitieron graduarse con todos sus compañeros, le entregaron por ventanilla su grado (...)”, entre otros.

89. En consecuencia, para la Sala, tanto con las pruebas del proceso penal como de esta reparación directa, está acreditada la tristeza, angustia, aislamiento, desazón y desasosiego que le causó a la menor Valeria Sierra haber soportado la ilegítima investigación por parte de la Fiscalía.

90. En este punto, se insiste en destacar las diferentes piezas del proceso penal que refieren el maltratado estado emocional y psicológico de la menor con ocasión de lo ocurrido. Es importante para la Sala ponderar lo registrado

⁷⁴ A la pregunta de si conoció los perjuicios morales padecidos por la menor con ocasión de la investigación penal señaló “(...) A metros de la salida del colegio tuvo un aborto espontáneo, tuvo sangrado y pues el feto salió, al ver lo que estaba pasando la gente de la UPTC se aglomeró al lado de ella y pues estudiantes de la normal que pudieron salir se aglomeraron al lado de ella, ella cogió transporte, después ella no quería volver al colegio, nosotros le decíamos que continuara estudiando porque ella le tenía miedo a las habladurías tanto de los estudiantes como de los profesores, además que eso fue publicado el periódico Boyacá Siete días, muchos profesores y los estudiantes hablaron de ella, habían muchas teorías en el colegio acerca de lo sucedido. Javier y otro señor la motivamos a seguir estudiando porque fue tanto el golpe que no salía de la casa, no me acuerdo tanto el tiempo que ni se levantaba de la cama, nosotros optamos por ir a la casa de ella, ver películas y visitarla para que se sintiera apoyada. (...) Me consta que fue según mi concepto un perjuicio psicológico porque no quería levantarse de la cama, se la pasaba llorando no quería regresar al colegio, no recibía llamadas telefónicas no tocaba ir hasta la casa, (...)”

⁷⁵ A la pregunta de si conoció los perjuicios morales padecidos por la menor señaló “Sí, ella fue señalada tanto por compañeros como por profesores, que este fue uno de los factores para que ella no volviera al colegio. Los señalamientos por ejemplo ella tenía sus amigas y se alejaron de ella, por donde íbamos y eso las habladurías, los cuchicheos, por parte de los profesores la ponían como ejemplo, indagaban con los demás estudiantes que sabían que no sabían, eso básicamente”. También se le preguntó puntualmente sobre la afectación por la investigación penal y señaló “sí, ella entró en una profunda depresión, al punto que tanto la familia como nosotros, los amigos, no la dejábamos sola, seguido a esto vino el respectivo tratamiento psicológico y un aislamiento total por parte de ella”

⁷⁶ A la pregunta de si conoció los perjuicios morales padecidos por la menor con ocasión de la investigación penal señaló “[Valeria] fue sometida al escarnio público no solo en el colegio, en el barrio sino en todo Tunja porque eso salió en un periódico no recuerdo cual, si fue el siete días o en uno de esos, [Valeria] siempre fue una muy buena estudiante y a raíz de eso le empezó a ir mal en el colegio al final del año que era su graduación no le permitieron graduarse con todos sus compañeros, le entregaron por ventanilla su grado (...)”

⁷⁷ A la pregunta de si conoció los perjuicios morales padecidos por la menor con ocasión de la investigación penal señaló “Como lo indiqué anteriormente, para la familia fue necesario recurrir a la ayuda psicológica mediante un profesional toda vez que el rechazo generalizado en la ciudad de Tunja, contra Valeria fue el factor determinante en su estado de ánimo así como en el de sus papás y hermanos de manera tal que incluso, la misma familia del papá de la niña, la señalaba y rechazaba, también en su colegio en donde ni siquiera le permitieron graduarse de bachiller, con sus demás compañeros (...)”

en ese proceso, porque: 1) Contiene dos elementos que los testimonios de este proceso no: la inmediatez temporal y con la víctima directa. 2) No se puede perder de vista que lo registrado en el proceso penal tuvo lugar en un proceso que no buscaba la reparación del Estado, luego, se trató de razonamientos desprovistos de todo interés, en el que diferentes profesionales que tuvieron contacto directo con Valeria Sierra (sicóloga del CTI, defensor de familia, trabajadora social, apoderada de la menor en el proceso penal) describieron lo que reflejaba, en ese momento, la menor de edad.

91. **Respecto de los perjuicios morales de los demás familiares.** La Sala encuentra que no se probaron; frente a sus padres, hermana y hermano los testimonios contienen afirmaciones vagas, abstractas y genéricas que refieren al estado de *“toda la familia”*, sin explicar de manera clara, desarrollada y comprensible (condiciones que debe reunir la prueba testimonial para que tenga aptitud demostrativa) como afectó a cada uno de los demandantes esa situación. Adicionalmente, el certificado otorgado por la sicóloga se limita a indicar que realizó dos sesiones con *“los familiares”* de la menor, sin describir quiénes participaron y cuál fue su afectación⁷⁸.

92. Frente al padecimiento de la hermana y el hermano, únicamente se refiere: *“Ella tenía hermanos menores pues la veían es ese estado y se ponían a llorar de verla en ese estado”*. Otro tipo de afirmaciones respecto de la familia son las siguientes: *“Sí sé que la familia y [Valeria] se vieron moralmente afectados ante la sociedad por el señalamiento de la Fiscalía incurriendo en tratamientos psicológicos y terapias que los ayudaron a salir de esa situación”*, *“pues no me consta el proceso que siguieron [la familia] pero sé que duro mucho tiempo”*, *“Sé que ellos estuvieron muy mal a nivel psicológico y afectivo ya que por ser compañera [la mamá de Valeria] de la oficina ella constantemente lloraba y mostraba su tristeza por todo lo que estaba pasando”*. Lo anterior permite concluir a la Sala que no están probados los perjuicios de los demás demandantes comoquiera que no fueron individualizados de manera fehaciente.

93. Si bien, sobre su madre, un único testigo (compañero del trabajo) refirió que constantemente lloraba, no se desarrolló cómo percibió la afectación, ni explicó cómo fue testigo de su congoja. Además, no existen otros testimonios o, en general, otras pruebas que permitan efectuar una valoración conjunta que lleve a la Sala a su convencimiento. En consecuencia, tales afirmaciones no permiten dar por acreditado, de manera incontestable, el perjuicio cuya indemnización demandaron.

⁷⁸ Folio 226 del Expediente.

94. Ahora bien, dado que únicamente se acreditaron los perjuicios morales de la víctima directa, la Sala advierte que la suma pedida, esto es, 100 SMMLV puede resultar excesiva, por las siguientes razones: 1) La reparación de los perjuicios morales debe estar en consonancia con el daño padecido. Así, no puede obtener igual reparación el perjuicio moral padecido por la muerte de una persona o por la restricción a la libertad que el padecido por la investigación soportada dentro de un proceso penal⁷⁹. 2) Esta Corporación, en sentencias de unificación⁸⁰, ha definido que, por regla general, cuando se afecte el derecho a la vida o a la libertad, el tope máximo para el reconocimiento de perjuicios morales es de 100 SMMLV. 3) En esa medida, al tener en cuenta ese referente, para la Sala no resulta ajustado, otorgar 100 SMMLV por los perjuicios morales derivados del daño consistente en haber sido investigado dentro de un proceso penal, cuando ese valor se aproxima al valor máximo que se reconoce por violaciones a derechos fundamentales tales como la vida o la libertad.

95. En ese orden, para la Sala, es necesario adecuar lo solicitado como reparación al daño, especialmente, con los estándares que han sido fijados por esta Corporación y que no pueden ser desconocidos.

96. Sin embargo, con ello tampoco se puede dejar de lado que, a quien se le causó el daño fue a una mujer menor de edad y que la intensidad de su padecimiento resultó muy grave y desproporcionada. En esa medida, por equidad y justicia se reconocerá 50 SMMLV por los perjuicios morales que le pudo causar a la menor edad haber padecido una investigación penal, en los términos descritos. Adicionalmente, la Sala consciente de la gravedad de la afectación en el contexto ya señalado, ordenará otra medida de reparación.

2.3.2 Respetto de otras medidas de reparación

97. La Sala, para cumplir con el principio constitucional y convencional de reparación integral⁸¹, dado que el solo reconocimiento de perjuicios morales no resulta suficiente, reconocerá una medida no pecuniaria.

98. Dada la gravedad de la afectación y la importancia de obtener una verdadera reivindicación de los derechos de la víctima, por parte de la

⁷⁹ (Proceso disciplinario en el que no ha existido restricción de la libertad. Incluso en el que, de acuerdo con lo expuesto, aunque fue suspendido de su trabajo, su retiro definitivo obedeció al uso de la facultad discrecional de su nominadora).

⁸⁰ Consejo de Estado. Sala Plena. Sección Tercera. 66001-23-31-000-2001-00731-01(26251). Agosto 28 de 2014 y 18001-23-31-000-2006-00178-01(46681). Noviembre 29 de 2021

⁸¹ El ponente considera que esta reparación resulta procedente a través del reconocimiento de los perjuicios a los bienes constitucional y convencionalmente protegidos (resulta evidente, la afectación a los derechos previstos en el artículo 44 Constitucional y los artículos 37 y 40 de la Convención Americana de los Derechos del Niño: derechos fundamentales de los niños – interés superior del menor - integridad física – salud – nombre – dignidad del menor – respeto a su vida privada). Perjuicio que, por demás, podían ser activados de oficio. No obstante, se acoge la posición mayoritaria que considera improcedente acudir a esta categoría de perjuicios.

autoridad que los atropelló se ordenará a la Fiscalía General de la Nación que, previa aceptación de Valeria, a través de su máxima autoridad, esto es, la Fiscal General de la Nación, realice una audiencia de desagravio con la presencia de Valeria Sierra (que en la actualidad es una mujer de 35 años) y de, al menos, 5 representantes de organizaciones que protejan los derechos de la mujer en casos de investigaciones penales por el delito de aborto⁸².

99. En la audiencia deberá: 1. Reconocer que existió un atropello hacia sus derechos, en la forma descrita en esta decisión. 2. Ofrecer disculpas a Valeria Sierra por lo ocurrido durante el tiempo que la Fiscalía adelantó la investigación penal. 3. Cuidar su intervención para no re victimizar a Valeria Sierra e 4. Informarle cuántas mujeres menores de edad, desde 2004 a la fecha, han sido investigadas por la Fiscalía por el delito de aborto y qué medidas ha adoptado la Fiscalía para evitar que se adelanten este tipo de investigaciones sin competencia.

100. La Fiscalía deberá asumir los costos de su traslado a la audiencia junto con dos acompañantes, con las que Valeria Sierra estime asistir a la audiencia de desagravio. Adicionalmente, la demandante elegirá si la audiencia se desarrollara de manera pública o privada.

2.4 Sobre la condena en costas

101. En la medida que no se observa en este caso temeridad o mala fe en el actuar de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo previsto en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

3. DECISIÓN

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

⁸² La Fiscalía elegirá estas organizaciones con base en un informe que presente la unidad competente de los temas de género de esa autoridad y en la necesidad de reparar a la mujer. Lo anterior, sin perjuicio de que, si Valeria Sierra sugiere alguna organización, la misma pueda hacer presencia en la audiencia de desagravio.

RESUELVE:

MODIFICAR la Sentencia de 20 de noviembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá que declaró la falta de legitimación de la Nación – Rama Judicial y negó las demás pretensiones. En consecuencia, la decisión quedará así:

PRIMERO: Declarar probada la falta de legitimación en la causa por pasiva en relación con la Nación – Rama Judicial

SEGUNDO: Declarar patrimonialmente responsable a la Fiscalía General de la Nación por el daño antijurídico ocasionado con ocasión de la investigación penal abiertamente ilegal en contra de la menor Valeria Sierra Aguilar.

TERCERO: En consecuencia, la Fiscalía General de la Nación deberá reconocer a Valeria Sierra Aguilar, a título de perjuicios morales, la suma de 50 SMMLV.

CUARTO: Como medida no pecuniaria, previa aceptación de Valeria Sierra, la Fiscalía General de la Nación, en audiencia desarrollada a través de su máxima autoridad, esto es, la Fiscal General de la Nación, deberá: 1. Reconocer que existió un atropello hacia sus derechos, en la forma descrita en esta decisión. 2. Ofrecer disculpas a Valeria Sierra por lo ocurrido durante el tiempo que la Fiscalía adelantó la investigación penal. 3. Cuidar su intervención para no re victimizar a Valeria Sierra e 4. Informarle cuántas mujeres menores de edad, desde 2004 a la fecha, han sido investigadas por la Fiscalía por el delito de aborto y qué medidas ha adoptado la Fiscalía para evitar que se adelanten este tipo de investigaciones sin competencia.

La audiencia se realizará con la presencia de Valeria Sierra (que en la actualidad es una mujer de 35 años) y de, al menos, 5 representantes de organizaciones que protejan los derechos de la mujer en casos de investigaciones penales por el delito de aborto⁸³. Adicionalmente, la menor elegirá si la audiencia se desarrollará de manera pública o privada. La Fiscalía deberá asumir los costos de su traslado a la audiencia de desagravio junto con dos acompañantes, con las que Valeria Sierra estime asistir a la audiencia.

Para cumplir lo anterior, se le concede el término improrrogable de dos meses, contados a partir de la ejecutoria de la presente providencia. La

⁸³ La Fiscalía elegirá estas organizaciones con base en un informe que presente la unidad competente de los temas de género de esa autoridad y en la necesidad de reparar a la mujer. Lo anterior, sin perjuicio de que, si Valeria Sierra sugiere alguna organización, la misma pueda hacer presencia en la audiencia de desagravio.

Fiscalía informará a la Sala de Subsección la fecha, hora y el lugar en el que tendrá lugar la audiencia de desagravio.

QUINTO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: Sin condena en costas

SÉPTIMO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría **DEVUÉLVASE** el expediente a su tribunal de origen.

OCTAVO: ORDENAR a la Secretaría de la Sección Tercera que haga entrega de la sentencia con los nombres de los demandantes únicamente al apoderado de la parte demandante y al apoderado de la parte demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
ACLARA VOTO

Firmado electrónicamente
FREDY IBARRA MARTÍNEZ
ACLARA VOTO

Firmado electrónicamente
ALBERTO MONTAÑA PLATA