

Expediente: T-9.342.216

M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

Sala Cuarta de Revisión

SENTENCIA T-127 DE 2024

Expediente: T-9.342.216

Acción de tutela instaurada por MRZ en representación de su hija EZ contra el Ministerio de Relaciones Exteriores – Consulado de Colombia en Orlando, Florida, Estados Unidos

Magistrado ponente: Jorge Enrique Ibáñez Najar

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

El presente caso involucra a una niña. Por este motivo, la Sala advierte que, como medida de protección de su intimidad, se ordenará suprimir de esta providencia y de toda futura publicación, el nombre de la niña y los datos e información que permitan su identificación como su lugar de residencia, documento de identidad e información de sus familiares. En consecuencia, para efectos de identificar a las personas se utilizarán siglas. Por ello, la Sala Cuarta de Revisión emitirá dos copias de esta providencia, con la diferencia de que en el fallo que se publique se omitirán los nombres de las partes.

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Vladimir Fernández Andrade, Antonio José Lizarazo Ocampo y Jorge Enrique Ibáñez Najar, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales, legales y reglamentarias, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela del Juzgado 24 de Ejecución de Penas y

Medidas de Seguridad de Bogotá D.C., dictado el 20 de enero de 2023, respecto de la acción de tutela presentada por el señor MRZ en representación de su hija EZ en contra del Ministerio de Relaciones Exteriores, el cual, no fue objeto de impugnación.

I. ANTECEDENTES

Hechos probados

1. La niña EZ nació el X de Y de 2020 en la ciudad de Bogotá, D.C. y fue registrada en la Notaría X del Círculo de Bogotá. En el registro civil de nacimiento constaba que sus padres biológicos eran el señor MRZ, nacido en Cuba y de nacionalidad estadounidense, y la señora BGO, de nacionalidad colombiana. Lo anterior, producto de que la señora BGO y el señor MRZ suscribieron un acuerdo de gestación subrogada, el cual fue adelantado a través del Centro Latinoamericano de Diagnóstico Genético Molecular (CELAGEM.)
2. El 7 de octubre de 2020, el Ministerio de Relaciones Exteriores expidió el Pasaporte No. XXX a nombre de la niña EZ.
3. El 5 de febrero de 2021 se admitió la demanda de impugnación de la maternidad presentada por el señor MRZ contra la señora BGO, con el propósito de que se declarara que la demandada no era la madre de la niña, puesto que su nacimiento se derivó de un proceso de gestación subrogada y, por consiguiente, que se le excluyera del registro civil de nacimiento de su hija.
4. El 20 de mayo de 2021, el Juzgado Décimo de Familia de Bogotá dictó sentencia y accedió a las pretensiones de la demanda y, en consecuencia, declaró que la señora BGO no era la madre de la niña y ofició a la Notaría y/o a la Registraduría a realizar las anotaciones correspondientes en el registro civil. En cumplimiento del fallo en mención, el 22 de junio de 2021, se expidió un nuevo registro civil de nacimiento que modificó el nombre de la niña a EZ y respecto a la madre, se indicó “sin información.”
5. En razón al cambio de nombre de la niña, el 3 de diciembre de 2022, MRZ solicitó ante el Consulado de Colombia en Orlando, Florida, la expedición de un pasaporte con el nuevo nombre de su hija. El accionante manifestó que esta solicitud le fue negada por el Consulado de manera verbal afirmando que la niña no era colombiana por haber nacido mediante un

proceso de gestación subrogada.

Solicitud de tutela

7. Sobre la procedencia de la acción de tutela, afirmó que ya ha agotado todos los mecanismos para obtener el nuevo pasaporte de la niña y que en el transcurso de estas solicitudes, solo ha encontrado obstáculos de parte de las autoridades competentes. Por ello, indicó que no existe otro mecanismo contra la arbitrariedad del Ministerio de Relaciones Exteriores. Además, afirmó que el derecho al nombre y a la nacionalidad gozan de carácter fundamental y son susceptibles de ser protegidos vía tutela cuando su vulneración compromete otros derechos fundamentales como la vida, la integridad o la identidad.

8. Como fundamento jurídico de sus pretensiones, acudió a las siguientes disposiciones normativas: (i) artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos sobre el derecho a la igualdad y la prohibición de no discriminación y artículo 13 sobre el derecho a circular libremente; (ii) artículo 8 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre sobre el derecho de las personas a fijar su residencia y al tránsito libre; (iii) artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño que establece el derecho de los niños a tener un nombre y a adquirir una nacionalidad; (iv) artículo 42 de la Constitución Política que establece el derecho a tener una familia; artículo 44 sobre los derechos fundamentales de los niños; artículo 96 respecto a quiénes son nacionales colombianos; y (v) artículo 3 de la Ley 43 de 1993 (derogada por el artículo 54 de la Ley 2332 de 2023) que lista los documentos que prueban la nacionalidad y los artículos 23 y 24 sobre la renuncia y pérdida de la nacionalidad. También acudió al precedente constitucional en materia de confianza legítima, al vacío normativo existente en materia de gestación subrogada y a la prelación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que se deriva de su interés superior, entre otras consideraciones.

9. Por último, sostuvo que el Ministerio de Relaciones Exteriores se está “inventando formas en las que se puede perder la nacionalidad, pasando por encima del legislador.” Esto es, en tanto aseguró que un niño que nace fruto de un procedimiento de vientre subrogado adquiere la nacionalidad de la mujer gestante y la única forma de perderla es renunciando a ella. A su turno, indicó que afirmar que los nacidos de una mujer gestante colombiana no son nacionales colombianos constituye una discriminación en contra de una población vulnerable

como lo son los niños, niñas y adolescentes, supuesto que no está contemplado en la Ley 43 de 1993.

10. El 5 de enero de 2023, el Juzgado 24 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá D.C. admitió la acción de tutela. Por medio del Auto del 6 de enero de 2023, el despacho judicial avocó el conocimiento de la acción de tutela y corrió traslado al Ministerio de Relaciones Exteriores, tanto de la demanda como de sus anexos para que, en el término de dos días, ejerciera sus derechos de contradicción y defensa. Sobre la medida provisional incoada por el accionante, el Juzgado determinó que esta no es procedente, pues no se vislumbra una afectación que torne en urgente la intervención del juez constitucional.

Contestación de la entidad accionada y el vinculado

11. Ministerio de Relaciones Exteriores. Durante el trámite de la acción de tutela, la Directora de Asuntos Migratorios, Consulares y Servicio al Ciudadano del Ministerio de Relaciones Exteriores le solicitó al juez de instancia la desvinculación de la entidad y que de conformidad con la Circular Única de la Registraduría, se requiera a la Registraduría Nacional del Estado Civil para que inscriba en el registro civil de nacimiento de la niña la nota de “no válido para demostrar nacionalidad.” Manifestó que el Consulado de Colombia en Orlando no negó de manera injustificada el trámite del pasaporte colombiano de la niña, y por consiguiente tampoco su nacionalidad, pues adujo que éste debe expedirse en cumplimiento de la normativa vigente, cuestión que no se acreditó en el caso concreto. Además, precisó que dio aplicación a lo señalado en el artículo 96 de la Constitución, a la Circular Única de la Registraduría y al artículo 17 de la Resolución 6888 de 2021 relativo a las inconsistencias o deterioro en los documentos requeridos para el trámite de expedición del pasaporte.

12. Adicionalmente, manifestó que la nacionalidad colombiana de la niña no debía analizarse bajo la óptica de un derecho adquirido y que el fallo que resolvió la impugnación de la maternidad tiene efectos retroactivos frente al estado civil de la niña. En consecuencia, la solicitud del accionante debía ser estudiada conforme a los documentos de identidad vigentes y no los anulados, los cuales indicaban que la niña no es hija de madre colombiana sino de padre extranjero de nacionalidad cubana. Por esta razón, para poder obtener un nuevo pasaporte colombiano, el padre debió aportar su visa vigente al momento del nacimiento de la niña de tal forma que se pudiera comprobar su domicilio y su permanencia

en el territorio nacional para acreditar las condiciones exigidas para ser colombiana por nacimiento. A su turno, aclaró que no hay lugar a acudir a las disposiciones normativas relacionadas con la pérdida o renuncia de la nacionalidad colombiana, pues “al no configurarse los preceptos constitucionales para acreditar la nacionalidad colombiana de la [niña], no se puede pretender que ella pueda renunciar a la nacionalidad que no le corresponde.”

13. Por último, le solicitó al accionante que aportara el sustento legal de la afirmación según la cual asegura que un niño que nace de un vientre subrogado colombiano adquiere la nacionalidad por nacer de una mujer gestante colombiana y que acudiera a la representación consular de su país para gestionar el pasaporte de su hija. Asimismo, aprovechó la oportunidad para comunicar que de acuerdo con el artículo 16 de la Resolución 6888 de 2021, notificará al accionante que procederá con la cancelación del pasaporte No. XXX a nombre de EZ.

Sentencia de instancia

14. El Juzgado 24 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá D.C., en sentencia del 20 de enero de 2023, negó el amparo de los derechos fundamentales incoados por el accionante. El Juzgado determinó que la niña no cumple con las condiciones para ser colombiana por nacimiento porque ni la madre ni el padre son nacionales colombianos, pues de acuerdo con el registro civil de la niña, no existe información sobre la madre y el padre es extranjero. Por otro lado, concluyó que contrario a lo afirmado por el accionante, la nacionalidad de la niña no puede interpretarse como un derecho adquirido, pues la impugnación de la maternidad tiene efectos retroactivos sobre su estado civil y, dado que quien le había hecho extensivo el derecho a la nacionalidad colombiana dejó de ser considerada como su madre, este derecho desapareció.

15. Además, indicó que está demostrado que el padre no es nacional colombiano pues según su pasaporte, nació en Cuba y tampoco se acreditó que el padre estuviera domiciliado en Colombia en el momento del nacimiento de la niña. A su turno, afirmó que, por las características propias de un proceso de gestación subrogada, no puede considerarse que la nacionalidad de la mujer gestante se extiende de manera automática a la niña que dio a luz, pues dicha “circunstancia no determina per se la maternidad y en tales circunstancias no

puede menos que concluirse que para [la niña] desde su nacimiento no ha existido madre.” Por todo lo anterior, concluyó que la negativa del Ministerio de Relaciones Exteriores obedece a los mandatos constitucionales y legales, por lo cual, no vulneró los derechos de la accionante.

16. El fallo no fue objeto de impugnación.

Actuaciones en sede de revisión

Decreto y práctica de pruebas

17. Mediante Auto del 10 de julio de 2023, se decretaron pruebas con el propósito de profundizar en los antecedentes fácticos y las problemáticas constitucionales que se derivan del caso. En concreto, se ordenó solicitar al Centro Latinoamericano de Diagnóstico Genético información sobre: (i) las nacionalidades de las donantes de óvulos en el Centro; (ii) las nacionalidades de los extranjeros que acuden a la fertilización asistida con gestación subrogada; (iii) los criterios de elección de las donantes de óvulos; (iv) los controles y el sistema de alertas frente a casos de trata de personas o indebida injerencia en el consentimiento de las mujeres que prestan su vientre para la gestación subrogada; y, (v) la nacionalidad de la donante del óvulo que culminó con el nacimiento de la niña registrada con el nombre de EZ. También solicitó al accionante indicar la nacionalidad o nacionalidades de la niña y allegar copia tanto del acuerdo de gestación subrogada celebrado con BGO como del acuerdo suscrito con el Centro Latinoamericano de Diagnóstico Genético Molecular.

18. Adicionalmente, para ahondar en los derechos de los padres de niños nacidos en Colombia por medio de la fertilización asistida y los mecanismos para evitar la trata de personas y el tráfico de niños, formuló a Migración Colombia cuestionamientos sobre: (i) cómo se realiza la salida de un niño que nació mediante la fertilización asistida, sin nacionalidad colombiana y de padres extranjeros; y, (ii) cuáles son las medidas que implementa para evitar la trata de personas y el tráfico de niños. El primer cuestionamiento también fue dirigido a la Registraduría Nacional del Estado Civil, a la que además se le solicitó información sobre los documentos expedidos por dicha entidad para garantizar la salida regular del país de un niño o niña con las características anteriormente descritas.

19. De otra parte, se invitó al Ministro de Justicia, a la Directora General del Instituto

Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF y a la Asociación de Centros Colombianos de Reproducción – ACCER Colombia a rendir concepto sobre la maternidad subrogada en Colombia y respecto a estas dos últimas, su rol en la protección de los derechos de los niños y niñas concebidos mediante fertilización asistida.

20. En sentido similar, invitó a la Clínica Bioética de la Universidad de la Sabana, al Grupo de Acciones Públicas de la Universidad del Rosario, al Centro de Estudios sobre Genética y Derecho de la Universidad Externado y a la Universidad de los Andes para rendir concepto sobre: (i) el número de casos de maternidad subrogada en Colombia durante los últimos 5 años; (ii) la prevalencia de la celebración de acuerdos de gestación subrogada en determinadas ciudades; (iii) los criterios para seleccionar a las mujeres que actúan como mujeres gestantes; (iv) la relación existente entre la gestación subrogada y la trata de personas; y, (v) propuestas de alternativas y mecanismos para regular la gestación subrogada y para disminuir sus índices de clandestinidad.

21. Por último, invitó a la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida –REDLARA a rendir concepto sobre: (i) el número de casos de gestación subrogada en Latinoamérica en los últimos 5 años; (ii) en qué países es prevalente la celebración de acuerdos de gestación subrogada; y, (iii) cuál es la nacionalidad de los padres y madres gestantes.

22. Ministerio de Justicia y del Derecho. En escrito del 27 de julio de 2023, la Viceministra de Promoción y Justicia del Ministerio de Justicia y del Derecho dio respuesta al auto de referencia y sostuvo que la gestación subrogada debe ser analizada de acuerdo al contexto colombiano, esto es, una admisión tolerada de esta figura ante la ausencia de regulación. No obstante, hizo énfasis en la importancia de generar condiciones dignas y seguras, entre ellas, el derecho de la mujer gestante y el recién nacido y el consentimiento informado para quienes realicen esta práctica. Señaló que es necesario regular esta práctica a través de un marco jurídico, por lo que acudió al derecho comparado para identificar los países que han regulado este asunto, sea desde la óptica de la prohibición absoluta o la permisión con o sin fines comerciales.

23. Anotó que el 24 de febrero de 2023, el Ministro de Justicia y del Derecho y el Ministro de Salud y Protección Social, presentaron el Proyecto de Ley 345/2023C “Por medio del cual se regula la subrogación uterina para la gestación en Colombia,” el cual durante el tránsito de la

legislatura fue archivado. En resumen, precisó que el mencionado proyecto buscaba regular la práctica de gestación subrogada con fines altruistas y no comerciales y prohibía el desarrollo transnacional de esta práctica, “buscando la implementación de márgenes y requisitos que incidían en la disminución de los abusos y las injusticias, favoreciendo la eliminación de la temida explotación, y desincentivando economías de mercado que puedan genera (sic) comportamientos de turismo reproductivo y abusos.” En razón de todo lo anterior, adujo que la regulación que se expida debe considerar los parámetros desarrollados previamente.

24. Registraduría Nacional del Estado Civil. En escrito del 27 de julio de 2023, el Jefe de la Oficina Jurídica recalcó que la entidad no tiene injerencia en el trámite de salida del país de los niños y niñas, competencia que le corresponde al Ministerio de Relaciones Exteriores. No obstante, sobre la nacionalidad precisó que el numeral 1 del artículo 96 de la Constitución, establece quiénes son nacionales colombianos por nacimiento, por lo que sus competencias se limitan a verificar si se cumplen o no con los requisitos allí consagrados con el fin de expedir el correspondiente registro civil. Por último, adujo que para la expedición del registro civil de nacimiento de un niño cuyos padres son extranjeros, se debe probar el domicilio en el país a través del estatus migratorio correspondiente a alguno de los siguientes tipos de visa: TP3, TP4, TP5, TP9, TP10, TP15, visa de residente o visa tipo M. Agregó que en ausencia de los mencionados documentos, el ánimo de permanencia también podrá acreditarse con el contrato de trabajo o de prestación de servicios, el certificado de existencia o representación legal de la empresa que el extranjero constituyó en Colombia con el ánimo de permanecer en el país, el certificado de libertad y tradición de inmueble cuya propiedad ostente o con la inscripción en el registro mercantil.

25. MRZ. En escrito enviado el 26 de julio de 2023, el accionante manifestó que no tuvo conocimiento de la actuación surtida por el Juzgado 24 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad con motivo de la acción de tutela por él impetrada, pues únicamente se le comunicó que se estaban adelantando las gestiones tendientes a obtener el pasaporte colombiano de su hija. También indicó que le otorgó poder amplio a su apoderado para adelantar otros trámites en Colombia, poder que indicó revocar mediante esta comunicación. A su turno, solicitó a esta Corte no continuar con el trámite de revisión de la decisión judicial resultante de la acción de tutela, pues señaló que los derechos fundamentales de su hija al nombre, a la nacionalidad, a la igualdad y al interés superior no le fueron vulnerados, en

tanto como ciudadana norteamericana goza de esas mismas prerrogativas. Aunado a lo anterior, solicitó que se mantuviera la confidencialidad de su nombre y toda información que permita su identificación.

26. Sin perjuicio de lo anterior, mediante escrito remitido a la Secretaría de esta Corporación el 27 de julio de 2023, el accionante dio respuesta a los requerimientos del Auto de pruebas. El accionante precisó que su hija cuenta con nacionalidad estadounidense y adjuntó la copia del acuerdo celebrado con la señora BGO. Sobre la copia del acuerdo suscrito con el Centro Latinoamericano de diagnóstico Genético Molecular, adujo no tener acceso a ella.

27. Del acuerdo celebrado entre el accionante MRZ y la mujer gestante BGO, se destaca lo siguiente: (i) el objeto fue “la realización del método de reproducción humana asistida científicamente denominada Maternidad Subrogada o Maternidad por Sustitución, definido como el acto reproductor que genera el nacimiento de un o unos niños gestados por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido; sin que la mujer que gesta aporte sus óvulos o material genético propio alguno. (...);” (ii) el señor MRZ es quien aporta el material genético y quien aporta los óvulos es una donante anónima; (iii) el señor OZ será la persona designada en caso de muerte del padre biológico, quien también reside en el Estado de la Florida; (iv) respecto a las disposiciones legales aplicables, el acuerdo precisó que únicamente se registrará por las cláusulas allí contenidas, así como por lo dispuesto en la Sentencia T-968 de 2009, proferida por la Corte Constitucional; (v) en razón al deseo del padre biológico de formar una familia y de no tener la posibilidad de procrear un hijo, requiere de la “colaboración altruista” de la mujer gestante para que preste su vientre, quien aduce haber brindado su consentimiento con sujeción a la regulación y jurisprudencia aplicables; (vi) la madre no tiene interés en consolidar una relación madre e hijo con el bebé gestado en su vientre ni posee fines lucrativos; (vii) ambas partes se han sometido a evaluaciones físicas y mentales con el fin de establecer que están en condiciones de realizar el objeto del contrato y cumplir con sus obligaciones; (viii) la prohibición expresa para el padre biológico de rechazar al recién nacido y para la madre subrogada de retractarse de la entrega del recién nacido, so pena de informar a las autoridades gubernamentales competentes; (ix) se exponen los riesgos a los que se encuentran expuestas las partes en razón del procedimiento médico; y, (x) la prohibición expresa de no interrumpirse el embarazo, salvo prescripción médica que corrobore alguna de las causales dispuestas por la legislación y la jurisprudencia, así como

de ceder el contrato.

28. Asociación de Centros Colombianos de Reproducción Humana – ACCER. Mediante comunicación del 25 de julio de 2023, el presidente de la corporación señaló que ACCER es una agremiación médica fundada en 2015 que integra 32 de las 35 clínicas de fertilidad en Colombia, dentro de las cuales no se encuentra el Centro Latinoamericano de Diagnóstico Genético Molecular – CELAGEM. Agregó que la entidad se creó para agrupar a las clínicas de reproducción asistida en el país, las cuales deben cumplir con los requisitos de funcionamiento adecuados y promover los mejores estándares de calidad en la prestación de servicios de medicina reproductiva, entre los cuales se encuentran los señalados en las Sentencias T-968 de 2009 y T-275 de 2022 expedidas por esta Corporación. Asimismo, indicó que ha estado en contacto permanente con varias entidades del orden nacional con el fin de avanzar en la normativa médica que se expida en la materia.

29. Seguidamente, señaló que los centros médicos que conforman ACCER elaboraron un documento llamado “Manual de recomendaciones para subrogación uterina” publicado el 28 de octubre de 2022, el cual se utilizó como insumo para el Ministerio de Justicia y los entes legislativos. El objetivo de este Manual es recomendar las mejores condiciones para el tratamiento de reproducción asistida, tanto para la mujer gestante como para el(los) padres intencionales y el neonato por nacer. De igual manera, permite lograr un embarazo por medio de gestación subrogada, cumplidas las indicaciones establecidas en el Manual, entre las cuales se encuentran las condiciones médicas y jurídicas del caso. Este documento también dispone los requisitos que debe cumplir la mujer gestante, el consentimiento informado que deben firmar las partes del proceso y el paso a paso del tratamiento de gestación subrogada.

31. Centro de Estudios sobre Genética y Derecho de la Universidad Externado de Colombia. En oficio enviado el 2 de agosto de 2023, los representantes del Centro de Estudios sobre Genética y Derecho de la Universidad Externado de Colombia allegaron respuesta al Auto de pruebas del 10 de julio de 2023. Como aclaración previa, adujeron que no existen fuentes oficiales de información estadística sobre la gestación subrogada en Colombia y las entidades que cuentan con la información suelen ser estrictamente reservadas, por motivos de confidencialidad y protección de datos.

32. Realizada esta acotación, el Centro procedió a responder a las preguntas formuladas. En primer lugar, afirmó que de acuerdo con la doctrina citada en el Proyecto de Ley 263 de 2020, el Ministerio de Relaciones Exteriores, de marzo a septiembre de 2020, recibió 16 solicitudes de extranjeros, que buscaban recoger un bebé recién nacido en virtud de acuerdos celebrados con clínicas de fertilidad. También indicó que en el 2019, se realizaron alrededor de 830 procesos de gestación subrogada, de los cuales el 74% fueron promovidos por nacionales y el 26% por extranjeros.

33. En segundo lugar, en lo que se refiere a la ubicación geográfica en donde se realizan estos procedimientos, precisó que estas pueden ser Bogotá y Medellín. Señaló que existen agencias que señalan de forma expresa que las mujeres subrogadas gestantes viven en Bogotá y son colombianas, y además, que la mayor parte de ellas son de origen latino, pues estiman que “convertirse en subrogada se alinea con muchos valores de las comunidades Latina (sic),” descartando las mujeres de nacionalidad venezolana, por considerar que se encuentran en un estado de mayor vulnerabilidad por su condición de inmigrantes. Sobre la priorización de las mujeres gestantes, anotó que las agencias suelen tener diferentes criterios de selección, entre los que se encuentra la regulación del Estado en que resida la mujer.

34. En tercer lugar, sobre la pregunta de si la maternidad subrogada puede ser empleada como una forma de trata de personas, luego de hacer referencia a la normativa nacional e internacional en la materia, sostuvo que esta debe ser analizada a la luz del tipo penal consagrado en el artículo 188^a del Código Penal colombiano. Dijo que si bien se podría pensar que en los procesos de gestación subrogada se ejecutan dos de los verbos descritos en el tipo penal, esto es, recibir y trasladar, no es claro si en todos los casos estas acciones se realizan con fines de explotación, máxime, cuando no existen mecanismos de seguimiento, vigilancia y control una vez culminados los procesos y después de la salida del país de los neonatos. No obstante, hizo hincapié en que existen iniciativas alrededor del mundo en las que se sostiene que este procedimiento “viola la dignidad humana y contribuye a la mercantilización de las mujeres y los niños.” A su turno, trajo a colación los países que sostienen que existe un vínculo entre estos procesos de reproducción asistida y la trata de personas, entre los que se encuentran India, Tailandia, Ucrania y México.

35. Aunado a lo anterior, expresó que la doctrina ha argumentado que la globalización de la

industria de la fertilización ha aprovechado las desigualdades sociales, lo que ha generado preocupaciones alrededor de la explotación y la trata de personas por parte de la comunidad internacional, así como la tesis de que las redes criminales de trata de personas han aprovechado la oportunidad para ampliar su negocio incorporando la “exploración reproductiva.” Sin embargo, precisó que existen quienes niegan el vínculo entre ellas, por la dificultad de probar el elemento subjetivo de ánimo de lucro. A su vez, aclaró que los casos en que los padres o alguno de ellos, comparten material genético con el hijo concebido, no representan mayor inconveniente, situación distinta con los inversores que no lo comparten. Por último, resaltó los criterios establecidos en la Sentencia T-968 de 2009, debido a las posibles prácticas abusivas de algunos intermediarios que pretenden recaudar réditos económicos en detrimento de mujeres en estados de necesidad y pobreza.

36. En cuarto lugar, sobre la alternativa para regular la gestación subrogada en Colombia, refirió que existen varios modelos regulatorios adoptados a nivel internacional, entre los que se encuentran la prohibición total y la permisión con fines altruistas o comerciales. Frente al caso colombiano, propuso que el punto de partida de esta iniciativa debe ser definir la licitud o ilicitud de esta práctica y, en caso de que se avale, se podrán incorporar los criterios dispuestos por la jurisprudencia constitucional, así como algunas disposiciones contenidas en la Constitución, como lo son el derecho a la familia, al reconocimiento a la personería jurídica, a la prohibición de trata de personas y al reconocimiento de la nacionalidad, entre otras. Asimismo, sugirió que deberá incluir los elementos del acuerdo suscrito entre las partes, entre los que se encuentran la capacidad, el contenido del consentimiento informado, el objeto y la causa del negocio jurídico.

37. A su turno precisó la importancia de que el cuerpo normativo a desarrollar contemple las garantías de los derechos fundamentales de las mujeres y los niños, entre los cuales están los derechos a la dignidad humana, a la libertad, a la salud, a la integridad física, a la interrupción voluntaria del embarazo y a la familia, entre otros. Finalmente, recomendó que se aclare lo atiniente a la filiación, pues a la fecha, los procesos de gestación subrogada se han hecho a través de medios no contemplados en la ley, lo que los torna ilícitos.

38. En quinto y último lugar, la Universidad Externado explicó que la expedición de una regulación clara, precisa y completa es el punto de partida para combatir la clandestinidad de estos procesos. Entre los elementos que debe contemplar la normativa a desarrollar, se

encuentra la creación de un sistema de información que le reporte al Instituto Colombiano de Bienestar familiar (ICBF), con el objetivo de que sea esta entidad quien realice el seguimiento, vigilancia y control de la gestación subrogada en Colombia y garantice la protección de los datos de las personas. Sugirió que el sistema de seguimiento incorpore visitas de trabajo social, videollamadas o visitas a consulados, así como control a las agencias que fungen como intermediarias.

39. Grupo de Acciones Públicas y la Clínica Jurídica contra la Violencia Intrafamiliar del Consultorio Jurídico de la Universidad del Rosario. En comunicación del 3 de agosto de 2023, los invitados solicitaron, en primera medida, que se proscriba la visión comercialista de la gestación subrogada en Colombia, de cara a las obligaciones constitucionales e internacionales en materia de derechos humanos. No obstante, considerando los retos que esto puede conllevar, sugirieron que se expida una regulación transitoria en pro de los derechos fundamentales de las mujeres y de los nasciturus.

40. Los referidos centros académicos se pronunciaron sobre dos cuestiones principales: (i) la gestación subrogada como forma de trata de personas y (ii) las alternativas para su regulación en Colombia. Con relación al primer punto, la Universidad adujo que los tres elementos de la trata de personas, estos son, el acto, los medios y el fin de explotación, se materializan en la práctica de gestación subrogada. Esto es, en particular, frente al acto de reclusión y traslado de la mujer que sirve como gestante, ya que se evidencia la posibilidad de que exista un abuso de la condición de vulnerabilidad de la mujer, pues impulsadas por una decisión económica, deciden alquilar sus vientres.

41. Los grupos de investigación hicieron precisión en que el hecho de que exista una contraprestación económica no excluye la posibilidad de que la maternidad subrogada sea constitutiva de una práctica de trata de personas. De hecho, adujeron que el hecho de recibir una suma de dinero como contraprestación por el traslado físico o jurídico de un bebé después de que nazca, materializan el elemento de intercambio, característico del delito de venta de niños, pues estos últimos son concebidos como objetos de una transacción contractual.

42. A su turno, reseñaron una serie de prácticas abusivas alrededor del mundo que ocurren en el contexto de la gestación subrogada, las cuales fueron previamente identificadas por el

Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, así: (i) el abandono de un recién nacido con discapacidad gestado en un vientre de alquiler; (ii) el abandono o venta de recién nacidos sobrantes; y, (iii) la condena de dos abogados por pertenecer a una red de venta de recién nacidos. Además, mencionaron que existe una diferencia sustancial entre el derecho fundamental a tener una familia y el derecho a “tener un hijo,” pues este último se opone a la idea de concebir a los niños como sujetos titulares de derechos.

43. Respecto al segundo, empezó por distinguir las diferentes formas de regulación conforme se observa del derecho comparado, entre las que se encuentran la regulación altruista, la teoría comercial que avala la posibilidad de que la madre reciba una contraprestación económica y la teoría abolicionista. Recalcó que las prácticas comercialistas de la gestación subrogada pueden generar una vulneración masiva de los derechos humanos de las mujeres y de los nasciturus. Respecto a las primeras, porque se encuentran en una situación de inferioridad en la que se le exige renunciar a su autonomía y que limita su integridad física y moral, pues se les somete a cláusulas que condicionan sus hábitos de vida y salud y, en caso de materializarse la trata de seres humanos, se demerita su dignidad humana. En cuanto a los segundos, porque pueden verse comprometidos sus derechos a tener un nombre desde el nacimiento, a adquirir una nacionalidad, a conocer a sus padres, a ser cuidados por ellos y a la filiación legal.

44. Centro de Fertilidad Repronat S.A. En comunicación del 24 de julio de 2023, el representante del Centro de Fertilidad Repronat S.A., que opera bajo la marca y establecimiento de comercio CELAGEM, dio respuesta al Auto del 10 de julio de 2023 y contestó lo siguiente:

i. (i) El 100% de las donantes de óvulos son colombianas;

() Para el año 2022, de las personas que acudieron a los procesos de fertilización asistida, el 3,22% fueron colombianos y el 96,78% fueron extranjeros;

() Los criterios de asignación de óvulos donados responden a los principios de anonimidad y compatibilidad, a la función del grupo sanguíneo, a los indicadores genéticos, a su historia clínica, así como a los criterios contenidos en el manual de procedimiento interno denominado “Procedimiento Asistencia Clínica Inicio Clínico Donantes,” el cual, a su vez, cumple con lo previsto en el Decreto 1546 de 1998 y la Resolución 3199 del mismo año;

() Sobre el control y alertas frente a casos de trata de personas o indebida injerencia en el consentimiento informado de las madres gestantes, agregó que el personal recibe capacitación en atención integral en salida de personas víctimas de violencia sexual y de género y además cuentan con un equipo de psicólogos y sociólogos que facilitan la comunicación entre futuros padres y las mujeres gestantes;

() Respecto al consentimiento informado, informó que este cumple con la normativa aplicable y que previo al procedimiento de transferencia embrionaria, se verifica que exista un acuerdo firmado de gestación subrogada en el que se acredite la voluntad libre y decisión informada de las partes; y,

45. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. En comunicación del 8 de agosto de 2023, el Jefe de la Oficina Jurídica de esa entidad dio respuesta al requerimiento contenido en el Auto de pruebas. En primer lugar, adujo que si bien el Ministro de Justicia y del Derecho había radicado ante el Congreso de la República un proyecto de ley para regular la materia, este fue archivado por vencimiento de términos en el trámite legislativo. Así, ante la ausencia de regulación legal, la práctica de las actividades de gestación subrogada se está realizando dentro del territorio nacional por parte de clínicas de fertilidad con fundamento en lo dispuesto en el artículo 6 de la Constitución según el cual “los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes.”

46. De otro lado, el ICBF señaló que a causa del vacío legislativo, la atención de los niños y niñas que nacen como resultado de estos procesos tampoco cuenta con un marco legal que defina las reglas claras, más allá de los mínimos contenidos en la Sentencia T-968 de 2009. En consecuencia, precisó que las autoridades actúan en el marco de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia), en concreto, en la verificación de situaciones de amenaza o vulneración de los derechos de los niños y niñas, previo al inicio del procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos.

47. Asimismo, explicó que la competencia con la que actúan las autoridades se circunscribe a los niños y niñas, más no frente al nasciturus, y que el proceso de gestación subrogada en sí, no constituye una situación de amenaza, dado que no existe prohibición legal expresa. Sin perjuicio de lo anterior, precisó que hay situaciones y variables que pueden poner en riesgo los derechos de los niños y niñas, como las siguientes.

48. En primer lugar, la filiación, pues si bien la mujer gestante subrogada no es la madre biológica del niño o niña, es la persona que aparece en el certificado de nacido vivo, y como consecuencia de una presunción legal, es la persona a la que se le reconoce como madre en el registro civil de nacimiento, lo que deviene en implicaciones jurídicas para el niño o niña relacionadas con su estado civil y con los atributos de la personalidad, de los cuales se derivan derechos y obligaciones, por lo cual se hace necesario incurrir en un trámite jurídico adicional: la impugnación de la maternidad o la paternidad para determinar la verdadera filiación del niño.

49. En segundo lugar, como consecuencia de lo anterior, la madre gestante subrogada podría firmar el permiso de salida del país del niño o la niña, lo que entorpece la continuidad y resolución de los trámites a los que hubiere lugar en el país y afecta negativamente la protección de sus derechos fundamentales.

50. En tercer lugar, el ICBF hizo especial énfasis en la preocupación que existe de que la mayoría de los padres biológicos sean personas extranjeras porque alguna de las partes del proceso podría salir del país sin que se culmine el proceso de impugnación de la maternidad o cualquier otra actuación administrativa o judicial, lo que repercute en generar derechos y obligaciones de parentesco como consecuencia de vínculos de filiación que no son reales.

51. En cuarto lugar, indicó que el Ministerio de Relaciones Exteriores ha rechazado visas de extranjeros que pretenden ingresar al territorio nacional para hacerse presentes en el marco del proceso de gestación subrogada, lo que implica que la mujer gestante subrogada deba asumir el cuidado del recién nacido y que no se realice la entrega del niño de manera inmediata. A su juicio, esto transgrede el artículo 44 de la Constitución que consagra el derecho fundamental a conformar una familia y a no ser separada de ella. Aquí trajo a colación la problemática de aplicar el artículo 66 del Código de Infancia y Adolescencia a los procesos de gestación subrogada.

52. Por último, el ICBF hizo hincapié en el deber que tienen las autoridades administrativas de adelantar una verificación de la garantía de los derechos fundamentales de los niños y niñas que nacieron como resultado de un proceso de gestación subrogada, en aras de garantizar los principios de integridad e interés superior de los niños, en particular, constatar si para el caso concreto se está ante la presunta comisión de un delito, si hay alguna

amenaza que ponga en riesgo sus derechos fundamentales o si se identifican otras irregularidades. Por ello, reiteró la importancia de regular la gestación subrogada en Colombia, la cual debe considerar presupuestos tales como que el acuerdo se realice como un acto altruista y no comercial, que se observe el principio de dignidad humana que percibe al ser humano como un fin en sí mismo y que se le dé un enfoque diferencial de género.

53. Ministerio de Relaciones Exteriores. La Dirección de Asuntos Migratorios, Consulares y Servicio al Ciudadano de la entidad accionada, en comunicación del 6 de septiembre de 2023, dio respuesta al Auto de pruebas del 10 de julio de 2023. Sobre el caso sub examine, precisó que en concordancia con lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 43 de 1993 (derogada por el artículo 54 de la Ley 2332 de 2023), el documento que reconoció la nacionalidad por nacimiento de la niña fue el registro civil de nacimiento y no el pasaporte, que es un documento de viaje. Por lo anterior, adujo que el presupuesto fáctico cambió, pues el registro civil que sirvió como prueba para expedir el pasaporte, se modificó en su esencia y ahora no permite acreditar el requisito de ser colombiana, tal como lo refiere la Resolución 3659 de 2020. Además, tampoco se cumplió con el requisito de incluir una anotación que acredite el requisito constitucional de domicilio de uno de los padres en territorio nacional, cuando ambos son extranjeros. Por ello, se procedió a dar aplicación al artículo 17 de la Resolución 6888 de 2021, según el cual, al presentarse inconsistencias en el pasaporte, no procede su expedición.

54. Aunado a lo anterior, aclaró que los presupuestos que consideró para otorgar el pasaporte y luego cancelarlo fueron los siguientes: (i) en un primer momento, se expidió el pasaporte ya que se contaba con un registro civil de nacimiento que acreditaba la nacionalidad de la niña, pues contaba con madre colombiana; (ii) sin embargo, luego de que el accionante impugnara la maternidad y se modificara el registro civil de nacimiento, ya no se cumple con una de las dos condiciones para ser colombiano por nacimiento (ser hijo de padre colombiano o que alguno de los padres extranjeros estuviese domiciliado en Colombia al momento del nacimiento).

55. A su turno, agregó que consultó el Sistema Integral de Trámites al Ciudadano (SITAC) y no encontró ninguna solicitud de visa a nombre del accionante. También consultó al Grupo interno de Trabajo de Nacionalidad de la Dirección de Asuntos Jurídicos Internacionales y tampoco encontró solicitud sobre una posible condición de apatridia. Además, refirió que no

le compete a la entidad pronunciarse sobre la adquisición de la nacionalidad colombiana por nacimiento, pues esta es una competencia propia de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Traslado y reiteración de pruebas

56. Por medio de Auto del 14 de agosto de 2023, se dio cumplimiento al artículo 64 del Acuerdo 2 de 2015, en el sentido de poner a disposición de las partes por el término de tres días, el material probatorio hasta ese momento recibido.

57. A su vez, con fundamento en el artículo 65 del Reglamento de la Corte Constitucional y dada su relevancia para efectos de emitir una decisión de mérito, mediante Auto del 30 de agosto de 2023, se insistió en la práctica de las siguientes pruebas decretadas y no recaudadas para que las siguientes entidades rindieran concepto sobre las preguntas formuladas en el Auto del 10 de julio de 2023: (i) Unidad Administrativa Especial Migración Colombia; (ii) Clínica de Bioética de la Universidad de la Sabana; y, (iii) Red Latinoamericana de Reproducción Asistida –REDLARA.

58. Unidad Administrativa Especial Migración Colombia. En comunicación enviada a la Secretaría General el 5 de septiembre de 2023, el Jefe de la Oficina Jurídica de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia (UAEMC) dio respuesta a los Autos de pruebas y su reiteración. La entidad inició por referir sus competencias de vigilancia y control migratorio de nacionales y extranjeros en Colombia y en relación con la pregunta sobre el procedimiento de salida del país de un niño nacido a través de un proceso de fertilización asistida, precisó que dentro de los criterios para permitir o negar la salida de un niño o niña del territorio nacional no se encuentra su origen biológico, sino únicamente los requisitos contenidos en la Guía para el Control Migratorio a Niños, Niñas y Adolescentes, sin perjuicio de poner en conocimiento de las autoridades competentes cualquier situación que implique la vulneración de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

59. Además de lo anterior, adujo que la entidad no tiene competencia para asignar consecuencias jurídicas a la práctica de gestación subrogada en Colombia, pues la discusión sobre la existencia de una relación paterno o materno filial derivada de estos procedimientos no le compete. Lo anterior, dijo, puesto que para el ingreso o salida del territorio nacional, “es obligación del viajero acreditar el cumplimiento de los requisitos exigidos”, que para el

caso de un niño nacido a través de este procedimiento de reproducción humana es la presentación del registro civil de nacimiento y el permiso de salida del país otorgado por el padre que no viaja con él. Por último, sugirió solicitarle concepto al ICBF con el fin de contar con información que permitan establecer protocolos adicionales para el control migratorio en estos casos.

60. Respecto de los mecanismos para evitar la trata de personas y el tráfico de niños en el marco de los acuerdos de gestación subrogada, informó que la “Guía de procedimientos, acciones y estrategias de Intervención en Derechos Humanos” proporciona instrucciones para atender posibles vulneraciones a los derechos humanos, entre ellos, la trata de personas. De igual forma, anotó que la entidad hace parte del Comité Interinstitucional para la Lucha Contra la Trata de Personas, el cual brinda capacitaciones a los funcionarios para prevenir y asistir estos fenómenos. A su turno, adujo que cuenta con 45 puestos de control migratorio a través de los cuales se realizan charlas sobre las formas de identificar el delito y persuadir a presuntas víctimas de que no salgan del país, ante lo cual se activa inmediatamente el Centro Operativo Antitrata del Ministerio del Interior. Para los casos de los niños, niñas y adolescentes víctimas de tráfico de migrantes, tan pronto se tiene conocimiento del caso, la autoridad migratoria procede a informar a la Policía de Infancia y Adolescencia y/o Bienestar Familiar para el restablecimiento de sus derechos.

61. Clínica Jurídica de Interés Público y Derechos Humanos de la Universidad de La Sabana – Línea de investigación en Persona y Familia. En comunicación del 6 de septiembre de 2023, la Clínica Jurídica le solicitó a la Corte: (i) ordenar que se expida una regulación que proteja los derechos fundamentales de las partes involucradas; (ii) que se resuelva el presente caso en procura del interés superior del niño; (iii) que le ordene al Gobierno nacional que diseñe una política que regule, vigile y controle a las agencias que ofrecen estos servicios en Colombia y que el Congreso de la República proceda a prohibir esta práctica; y, (iv) que declare el estado de cosas inconstitucional, con el propósito de prohibir tajantemente esta actividad, y subsidiariamente, disponer de medidas que fiscalicen y controlen a las empresas que prestan estos servicios. Así mismo, sostuvo que es inaceptable que el Estado colombiano no cuente con cifras sobre las mujeres gestantes subrogadas y respecto a los casos de gestación subrogada de padres extranjeros, datos indispensables para cumplir con sus obligaciones internacionales en materia de prevención, investigación y sanción de los casos de trata de personas, entre otras.

62. Los miembros de la Clínica Jurídica concluyeron que la gestación subrogada es una figura que va en contravía de la dignidad humana y la integridad física en razón a que instrumentaliza el cuerpo de la mujer y establece una contraprestación económica por la entrega del niño o niña. Señalaron que declarar válidos los contratos de gestación subrogada implicaría considerar al ser humano como una cosa, “puesto que sólo las cosas que están en comercio pueden ser objeto de contrato.”

63. A su turno, adujeron que los países donde la práctica es legal son mayoritariamente países en desarrollo, “donde las condiciones son más laxas y las tarifas mucho más reducidas, lo que genera un auténtico ‘turismo reproductivo’”, que pone en evidencia que la maternidad altruista es un mito que encubre un negocio a nivel mundial y una forma de garantizar la herencia genética. Por ello, recomendaron que la iniciativa legislativa que se adelante prohíba esta figura de reproducción asistida, e incluso, que se suscriba un tratado que así lo disponga a nivel internacional.

64. Adicional a lo anterior, manifestaron que el cumplimiento de este tipo de acuerdos comerciales puede verse frustrado, entre otras, por las siguientes circunstancias: (i) que la mujer gestante se abstenga de entregar el niño o (ii) que los padres renuncien a recibir al niño o niña por padecer una enfermedad. Asimismo, adujeron que existen otros elementos a considerar, como el dominio de la vida de la mujer gestante en estos procesos, el incumplimiento de prevenciones médicas provocando que algunos bebés mueran o que se desatienda a la mujer.

65. También pusieron de presente que la autonomía de la mujer, constantemente aducida en este tipo de contratos, no puede amparar conductas que sean contrarias a la dignidad humana de las personas, condición irrenunciable del ser humano. En palabras de la Clínica Jurídica, “[e]n la medida en que la gestación por sustitución implica el empleo de los órganos reproductivos para satisfacer fines ajenos, la misma es claramente contraria a la dignidad humana en cuanto despoja de todo valor a la dimensión personal de la madre gestante y al propio proceso de gestación.” Adicionalmente, sostuvieron que la integridad física y psicológica de la mujer gestante también se ve afectada, “porque quien dispone realmente de su cuerpo no es ella misma sino los solicitantes en tanto en este tipo de contratos ellos tienen todas las facultades a su favor en orden a supervisar la óptima gestación y alumbramiento.”

66. A su vez, mencionaron que el trabajo realizado por las agencias que promueven estos servicios también es cuestionado, pues ofrecen una gran gama de posibilidades, entre las que está el seguimiento al embarazo, la modalidad de parto y las características del niño, así como la cotización de las mujeres que consiguen mejores tasas de implantación, lo que muchas veces perjudica su salud. Lo anterior, dijo, sin contar con que los solicitantes muchas veces deciden que se deben implantar dos embriones, lo cual desde una perspectiva médica constituye un embarazo de alto riesgo.

67. No obstante lo anterior, reconocieron que es una práctica presente y no regulada, por lo que propusieron los siguientes criterios constitucionales para humanizar la práctica de gestación subrogada: (i) un enfoque interseccional con perspectiva de género y de derechos humanos; (ii) la primacía del interés superior del niño; y, (iii) la consideración de los derechos del no nacido, enfocado al principio de igualdad.

68. En relación con el primero, señalaron que la maternidad subrogada debe ser examinada atendiendo a la existencia de factores de discriminación existentes que pueden confluir en la mujer, entre ellos, la edad, el sexo, la situación socioeconómica de las mujeres como el acceso a empleo, la baja escolaridad, el lugar de origen y la etnia, entre otras condiciones, que sitúan a las mujeres en condición de vulnerabilidad, por lo que se requiere de un enfoque interseccional. Precisarón que la gestación subrogada es un proceso que afecta particularmente a las mujeres, “en tanto es su cuerpo y función reproductiva la que se ve comprometida para dar vida a un nuevo ser humano.” Al respecto, hicieron referencia a lo dicho por la Corte Constitucional en la Sentencia T-357 de 2022, en el sentido de que las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante TRHA”) se traducen en “interferencias agudas en el cuerpo de la mujer, por lo que los efectos se acentúan significativamente en ellas, sin desconocer que tienen efectos de diferente naturaleza para los hombres.”

69. Además, observaron que: (i) el cuerpo de la mujer es la única vía por medio de la cual el procedimiento se puede considerar como “exitoso”; (ii) la gestación subrogada se considera como un tipo de violencia contra la mujer que promueve su explotación y representa la “feminización de la pobreza”; y, (iii) es una forma de materialización de la desigualdad económica entre la mujer gestante de bajos recursos y quienes acuden a estas prácticas, que suelen ser en su mayoría extranjeros que cuentan con altas sumas de dinero para costear

estos procedimientos. Por último, adujeron que la gestación subrogada también vulnera los derechos humanos de la mujer, entre ellos, a su dignidad, a su vida, a su salud y a su integridad personal.

71. Seguidamente, recalcaron en que al ser la gestación subrogada un proceso que tiene como propósito procrear, debe ser regulado con fundamento en el interés superior del niño. Señalaron que de acuerdo con el Comité sobre los Derechos del Niño, existe una preocupación constante sobre el uso comercial generalizado de la gestación subrogada, pues puede conducir a la venta de niños y a que las cuestiones filiales se decidan exclusivamente desde una perspectiva comercial y previo a la concepción y al nacimiento. Por lo cual, recomendaron aplicar los criterios relacionados con el interés superior del niño, entre los que se encuentran: (i) que se trata de un principio rector del ordenamiento jurídico colombiano; (ii) se trata de una consideración especial en función de los intereses del niño; (iii) prima en caso de conflicto con otros principios; y (iv) debe atender a las circunstancias específicas de cada caso.

72. La Clínica Jurídica concluyó que dados los altos riesgos asociados a la gestación subrogada y debido a la ausencia de regulación en Colombia, es primordial proteger los derechos de los niñas y niños, en especial, mediante el cumplimiento de las obligaciones contenidas en los instrumentos internacionales que contemplan obligaciones en relación con la prevención, investigación, juzgamiento y sanción de la trata de personas y la explotación de estos, así como las relacionadas con la fiscalización y regulación de las empresas privadas que prestan servicios médicos.

73. En cuanto al tercero, la Clínica afirmó que los no nacidos no solamente son titulares de derechos fundamentales, sino que son considerados niños bajo la órbita del derecho internacional de los derechos humanos. Por ello, concluyó que “los derechos de los niños que están por nacer -que han sido concebidos en situaciones de maternidad subrogada-, deben ser protegidos de igual manera a los derechos de los niños que han sido concebidos en otras situaciones.” Sobre el particular, adujo que la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 1.2, estableció que la definición de “persona” se refiere a cualquier ser humano, lo que se extiende a todos los individuos desde el momento de su concepción.

74. A su turno, el artículo 4.1. de la Convención dispone que toda persona tiene derecho a

que se le respete su vida a partir del momento de la concepción. Por último, refirió que la Convención sobre los Derechos de los Niños reconoce la existencia de niños y niñas antes de su nacimiento, quienes demandan un tratamiento especial. En resumen, adujo que estas normas son vinculantes para Colombia en virtud del bloque de constitucionalidad, y además, dicha perspectiva ha sido reiterada por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, corporaciones que han reconocido la titularidad de los derechos a la salud y a la seguridad social de los no nacidos.

75. Sobre los no nacidos mediante procesos de gestación subrogada, manifestó que se encuentran en la misma posición que aquellos concebidos mediante cualquier otro método de reproducción, pues “[d]esde una perspectiva estrictamente biológica, todos los no nacidos comparten similitudes esenciales en su proceso de gestación, desarrollo y necesidades básicas.” Por consiguiente, señaló la Clínica Jurídica, los no nacidos que han sido gestados mediante la gestación subrogada, gozan de los mismos derechos fundamentales que el resto de los no nacidos, incluidos el derecho a la salud y a la seguridad social, y la aplicación y respeto del principio del interés superior.

76. Para finalizar su intervención, presentó como una alternativa a la gestación subrogada, el fortalecimiento del sistema de adopciones en Colombia.

II. CONSIDERACIONES

A. A. Competencia

77. Con fundamento en lo previsto en el artículo 86 de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para revisar la acción de tutela de la referencia. También lo es por lo dispuesto en el Auto del 28 de abril de 2023, mediante el cual la Sala de Selección Número Cuatro escogió para su revisión el expediente T-9.342.216.

B. Cuestión previa: improcedencia del desistimiento de la acción de tutela en sede de revisión de la decisión judicial que la resolvió

78. En comunicación enviada el pasado 26 de julio de 2023, el señor MRZ, al dar respuesta al Auto de pruebas, solicitó a la Corte que: (i) desistiera del trámite de revisión de la presente tutela, pues los derechos fundamentales de su hija al nombre, a la nacionalidad, a la igualdad

y al interés superior del niño no le fueron vulnerados, en tanto es ciudadana norteamericana y (ii) se mantengan bajo confidencialidad sus nombres y toda la información que permita su identificación.

79. Sobre el desistimiento en sede de tutela, esta Corte ha interpretado el artículo 26 del Decreto 2591 de 1991, el cual dicta que "[e]l recurrente podrá desistir de la tutela, en cuyo caso se archivará el expediente", en el sentido de precisar que ninguna persona distinta del titular de los derechos fundamentales objeto de análisis constitucional puede retirar la demanda. Por ello, no lo son las personas que efectúan el acto de interponer la demanda, entre los que se encuentran los agentes oficiosos, los apoderados o los representantes legales. Por lo tanto, ha dicho la Corte, el juez de tutela no puede basarse en lo dicho por un tercero, por más próximo que sea al titular de los derechos fundamentales invocados, para negar la protección que se requiere.

80. A su vez, la Corte ha sostenido que al ser seleccionada para revisión la sentencia de instancia que la resolvió, la acción de tutela deja de disponer únicamente del interés particular de las personas que requieren la protección de sus derechos fundamentales y pasa a adquirir una transcendencia constitucional y un interés público que desborda lo requerido exclusivamente por las partes y pasa a pertenecer a toda la comunidad. Sumado a lo anterior, ha reiterado que la etapa de revisión de las sentencias de tutela no es una tercera instancia, por lo que prima la unificación de los criterios judiciales en materia constitucional.

81. A su turno, la solicitud de desistimiento de la acción de tutela también debe observarse de cara a los derechos fundamentales y el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, así como al deber del Estado de exigir su cumplimiento, en virtud de lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución. Por tanto, sería un sinsentido que, ante una obligación que no admite discusión, se aceptara un desistimiento en detrimento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, lo cual no es optativo para el Estado colombiano y, por consiguiente, tampoco para la Corte Constitucional y los jueces de tutela.

82. Entonces, siguiendo los criterios dispuestos por la Constitución, la ley y la jurisprudencia en materia de desistimiento en sede de tutela, la Sala Cuarta de Revisión declarará improcedente la solicitud de desistir de la acción de tutela presentada por el accionante, por cuanto: (i) el asunto materia de análisis sobre el que recae la tutela, esto es, la gestación

subrogada y la presunta vulneración de los derechos fundamentales de la niña EZ, revisten interés público y relevancia constitucional y no únicamente particular; (ii) la sentencia que resolvió la acción de tutela ya había sido seleccionada y repartida para revisión por esta Corte cuando se presentó la solicitud del desistimiento y (iii) prevalece el deber del Estado – y de esta Corporación – de exigir el cumplimiento del desarrollo armónico e integral de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes. En consecuencia, procederá la Sala a adelantar el análisis de fondo correspondiente, el cual involucra los derechos fundamentales de una niña.

C. Análisis de procedibilidad de la acción de tutela

83. De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991, son requisitos para la procedencia o estudio de fondo de la acción de tutela: la legitimación en la causa por activa y por pasiva, la inmediatez y la subsidiariedad. Por lo anterior, le corresponde a la Sala Cuarta de Revisión constatar si para el presente caso se acreditan estos requisitos y, en caso de superar dicho estudio, proceder a definir y resolver el problema jurídico de fondo.

Legitimación en la causa

84. Por el extremo activo. Según lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución y el artículo 1 del Decreto 2591 de 1991, “[t]oda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales (...).” A su vez, el inciso 2 del artículo 44 de la Constitución dispone que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de proteger a los niños, niñas y adolescentes, asistirlos en el goce efectivo de sus derechos fundamentales y exigirles a las autoridades competentes su garantía.

85. De igual forma, tal como lo ha dicho la jurisprudencia constitucional, en caso de que la controversia constitucional involucre la protección de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, los padres están debidamente legitimados para promover la acción de tutela, en tanto ostentan su representación judicial y extrajudicial mediante la patria potestad. Así mismo, de acuerdo con el artículo 288 del Código Civil, los padres son los representantes de sus hijos y quienes ejercen su patria potestad, por lo que los habilita

para interponer la acción de tutela en su representación. En consecuencia, por regla general, los padres son las personas llamadas a ejercer las acciones legales necesarias para garantizar los derechos fundamentales de sus hijos.

86. Aunado a lo anterior, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela puede interponerse a nombre propio, a través de representante judicial, por medio de apoderado o mediante agente oficioso. A su turno, la Corte Constitucional ha dicho que a la luz del artículo 100 de la Constitución Política, tanto los nacionales como los extranjeros pueden interponer una acción de tutela, en el entendido de que esta disposición hace extensiva la garantía de los derechos civiles de los ciudadanos colombianos a los extranjeros, por lo que “el extranjero tiene el pleno ejercicio de la citada acción de amparo sin limitación alguna.”

87. Esta Sala estima cumplido el requisito de legitimación en la causa por activa, toda vez que el señor MRZ, de nacionalidad estadounidense, está facultado para interponer la acción de tutela en representación de su hija EZ. Pues bien, tal como lo dicta el registro civil de nacimiento aportado como prueba al expediente, él figura como padre de la niña, quien es la titular de los derechos fundamentales al nombre, a la nacionalidad, a la igualdad y al interés superior del niño presuntamente vulnerados.

88. Lo anterior, sin perjuicio de que el accionante afirmara, en escrito del 26 de julio de 2023, que no tuvo conocimiento de la actuación surtida en el trámite de la acción de tutela y que le revocaba el poder a su abogado. Ello es así, porque primero, como se dijo previamente, la controversia objeto de análisis involucra prevalentemente el interés superior y los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes; segundo, porque la misma pasó a la órbita del interés general y tercero, porque como se evidenciará más adelante, el asunto reviste de un vacío jurídico que justifica un pronunciamiento ultra y extra petita de parte del juez constitucional.

89. Por la parte pasiva. Conforme lo señala el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es procedente contra cualquier acción u omisión de las autoridades públicas que presuntamente haya vulnerado o amenazado cualquier derecho fundamental. En el caso particular, la acción de tutela se dirige contra el Ministerio de Relaciones Exteriores – Consulado de Colombia en Orlando, Florida, por la presunta vulneración de los derechos

fundamentales de la niña EZ al nombre, a la nacionalidad, a la igualdad y al interés superior del niño. Según lo dicta el artículo 4 del Decreto 869 de 2016, son funciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, entre otras, la de “tramitar la naturalización de extranjeros y aplicar el régimen legal de nacionalidad en lo pertinente (...) [y] expedir los pasaportes y autorizar mediante convenios con otras entidades públicas, su expedición, cuando lo estime necesario.”

90. Así mismo, con base en los numerales 10 y 11 del artículo 21 del mencionado Decreto, son funciones de la Dirección de Asuntos Migratorios, Consulares y Servicio al Ciudadano, planear y dirigir la gestión consular, así como coordinar la expedición de pasaportes y visas. A su turno, de acuerdo con la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares del 24 de abril de 1963, son funciones de las Oficinas Consulares, entre otras, la de expedir pasaportes y documentos de viaje a los nacionales del Estado que envía, así como los visados o documentos adecuados a las personas que desean viajar a dicho Estado.

91. Con fundamento en lo anterior, la Sala observa el cumplimiento del mencionado requisito, toda vez que el caso sub examine se relaciona con la presunta vulneración de los derechos fundamentales de la niña EZ, en razón a la negativa del Ministerio de Relaciones Exteriores, actuando a través del Consulado de Colombia en Orlando, Florida, de expedirle su pasaporte con su nuevo nombre, función que recae exclusivamente en ella. Por lo tanto, para esta Sala resulta factible que el Ministerio de Relaciones Exteriores funja como entidad accionada.

92. Inmediatez. En reiterada jurisprudencia constitucional, la Corte ha sido uniforme en sostener que el objetivo último de la acción de tutela es asegurar la protección inmediata de los derechos fundamentales. Por ello, insiste en la obligación de procurar su activación dentro de un plazo razonable y expedito. Si bien la Corte no ha dispuesto de un plazo razonable para interponer la acción de tutela, sí ha sostenido que le atañe al juez constitucional determinar si para el caso concreto, el amparo se interpuso oportunamente, esto es, transcurrido un plazo razonable entre el momento en que se genera la vulneración y la presentación de la acción de tutela. Sin perjuicio de lo anterior, ha señalado que como parámetro general, se podría considerar que un plazo oportuno y prudente es de seis meses.

93. La Sala Cuarta de Revisión encuentra satisfecho el requisito de inmediatez, puesto que

entre la negativa del Consulado de Colombia en Orlando de expedir el pasaporte de la niña EZ con su nuevo nombre, la cual fue expresada verbalmente el 3 de diciembre de 2022 según el accionante – hecho que no fue controvertido por la entidad accionada – y la presentación de la acción de tutela el 5 de enero de 2023, transcurrió un poco más de un mes.

94. Subsidiariedad. De acuerdo con los hechos descritos en los Antecedentes, las pretensiones del demandante fueron: (i) que se tutelaran los derechos fundamentales de su hija; (ii) que se ratificara a su hija como nacional colombiana; (iii) que se le ordenara al Ministerio de Relaciones Exteriores expedir el pasaporte colombiano de su hija; y, (iv) que se requiriera al Ministerio de Relaciones Exteriores para que en un futuro no interponga obstáculos administrativos o impedimentos a la expedición de pasaportes de los niños nacidos por medio de procesos de gestación subrogada. Además, solicitó que en atención a la desprotección actual e inminente en que se encuentra su hija, se otorgue la medida provisional consistente en expedir inmediatamente el pasaporte.

95. Esta Sala de Revisión concluye que esta acción de tutela es procedente para proteger los derechos fundamentales de la niña EZ al nombre, a la nacionalidad, a la igualdad y al interés superior del niño. Con base en lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es procedente de forma directa siempre que no se cuente con otro mecanismo judicial idóneo y efectivo, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Asimismo, esta Corte ha señalado que cuando la acción de tutela versa sobre derechos fundamentales de sujetos de especial protección constitucional, entre los que se encuentran los niños, niñas y adolescentes, el examen de procedibilidad debe flexibilizarse. Esto es, en aplicación del derecho fundamental a la igualdad, pues el Estado es responsable de garantizarles un tratamiento diferencial positivo y porque junto con la familia y la sociedad, tienen el deber de garantizarles el goce efectivo de sus derechos fundamentales.

96. El caso sub examine presenta una controversia de especial relevancia constitucional, pues tal como fue planteado ante el juez de tutela, éste se refiere a la presunta vulneración de los derechos al nombre, a la nacionalidad, a la igualdad y al interés superior de la niña EZ. En efecto, de los hechos del caso se desprende que el accionante, en representación de su hija, acudió al Consulado de Colombia en Orlando, Florida para solicitar la expedición de un

nuevo pasaporte, luego de que un juez ordenara, en el marco de un proceso de impugnación de la maternidad, la modificación del nombre de la niña y, en consecuencia, de su registro civil de nacimiento para dejar en la columna de la madre “sin información,” pues la niña nació como resultado de un proceso de gestación subrogada.

97. Al respecto, la Sala observa que el accionante empleó todos los mecanismos de defensa judicial idóneos y eficaces para solicitar la expedición del nuevo pasaporte para su hija, sin que hubiera obtenido respuesta favorable por lo que, se infiere, declinó de su propósito y según él mismo lo informó a esta Corte, procedió a tramitar toda la actuación requerida para su reconocimiento como nacional de los Estados Unidos de América; además, no hay prueba siquiera sumaria de la existencia de un perjuicio irremediable, pues ya la niña cuenta con nacionalidad estadounidense.

98. Se destaca que el procedimiento que tiene previsto el Ministerio de Relaciones Exteriores para que las personas que residen en el exterior soliciten su documento de viaje es por conducto de las Misiones Diplomáticas y Consulares. En este caso particular, mientras existía prueba de la nacionalidad colombiana de la niña según su registro civil y su identificación contenida en el pasaporte original, su padre acudió al Consulado de Colombia en Orlando, Florida para tramitar y obtener su nuevo pasaporte. El Consulado de Colombia en Orlando, respondió negativamente la solicitud de forma verbal, motivo por el cual no hubo lugar a la expedición de un acto administrativo escrito en el cual conste la motivación correspondiente y la decisión de notificarlo junto con la indicación de los recursos procedentes, por lo que el actor no acudió directamente a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

99. Ahora, con independencia de lo anterior, le llama la atención a esta Sala que como resultado de los procesos de gestación subrogada, puede haber lugar a la salida de los niños y niñas del país, y con ello, al riesgo de situarlos en una condición de apatridia y/o de cualquier otro tipo de desprotección. Entonces, al revestir el asunto de un componente que compromete los derechos fundamentales de una infante que nació como resultado de un procedimiento de TRHA, quien es un sujeto de especial protección constitucional que reside en el exterior y a quien su padre dice haberle tramitado una nueva nacionalidad, se estima cumplido el mencionado requisito de subsidiariedad, además, porque de él se desprende un elemento novedoso en términos constitucionales que amerita un pronunciamiento oportuno de esta Sala.

D. Delimitación del caso, planteamiento del problema jurídico y metodología de la decisión

100. Superado el análisis de procedibilidad de la acción de tutela, pasa la Sala a realizar el análisis de fondo del asunto. Para ello, le corresponde resolver dos problemas jurídicos; el primero, relacionado con la presunta vulneración de los derechos fundamentales de la niña EZ incoados en el caso concreto, y el segundo, con las obligaciones que tienen las entidades del orden nacional con miras a proteger los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes que nacen como resultado de los procesos de gestación subrogada en Colombia. Sobre el segundo problema jurídico, el juez hará uso de sus facultades para fallar ultra y extra petita. Si bien la acción de tutela no mencionó una pretensión en este sentido, si refirió tangencialmente una solicitud general relacionada con la situación de los niños nacidos por medio de procesos de gestación subrogada. Además, como se verá más adelante, con independencia de la situación de la niña EZ, la realidad es que existe un vacío legal en la materia que conlleva a que exista un déficit de protección de los derechos fundamentales de estos niños, lo que hace necesario que el juez haga uso de sus facultades para fallar ultra y extra petita.

101. Así las cosas, los problemas jurídicos que resolverá la Sala son los siguientes:

* ¿El Ministerio de Relaciones Exteriores – Consulado de Colombia en Orlando, Florida vulneró los derechos fundamentales al nombre, a la nacionalidad, a la igualdad y al interés superior de la niña EZ, hija del accionante y nacida como resultado de un proceso de gestación subrogada, al negarle la expedición del pasaporte colombiano con su nuevo nombre?

– En cuanto a la práctica general de la gestación subrogada en Colombia, ¿las entidades del orden nacional, en particular, el Congreso de la República, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia y la Registraduría Nacional del Estado Civil – entre las demás que se consideren competentes – cumplen con las obligaciones impuestas en virtud del artículo 44 de la Constitución y del derecho internacional de los derechos humanos para proteger a los niños, niñas y adolescentes que nacen como resultado de los procesos de gestación subrogada en Colombia?

102. Para proceder a resolver los problemas jurídicos, la Sala: (i) hará referencia al interés superior y los derechos prevalentes de la niñez; (ii) reiterará la jurisprudencia sobre el

derecho fundamental al nombre y la nacionalidad de los niños y niñas; (iii) se referirá al derecho a la igualdad y no discriminación de los niños y niñas nacidos mediante procesos de gestación subrogada; (iv) estudiará los avances normativos de la gestación subrogada en Colombia; (v) hará un análisis de derecho comparado de la figura de gestación subrogada; (vi) hará referencia a los pronunciamientos de tribunales internacionales de derechos humanos en la materia; (vii) se pronunciará sobre la protección del que está por nacer mediante procesos de gestación subrogada; (viii) desarrollará los posibles riesgos de la gestación subrogada y su impacto en materia de derechos humanos y, finalmente, (ix) resolverá el caso concreto.

i. (i) El interés superior y los derechos prevalentes de la niñez

103. De conformidad con el artículo 44 de la Constitución Política, los derechos de los niños, niñas y adolescentes prevalecen sobre los de los demás. En sentido similar, el Código de la Infancia y la Adolescencia incorpora el interés superior de la niñez como una regla de interpretación y lo define como “el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”. Así, según esta normativa, en todo acto o decisión de naturaleza administrativa, judicial o de otra índole que involucre a los niños, sus derechos prevalecerán y en caso de existir un conflicto normativo, se aplicará la más favorable para ellos.

104. Estas disposiciones nacionales se armonizan con diversos instrumentos internacionales que reconocen la necesidad de proporcionar una protección especial a la niñez. En particular, la Convención sobre los Derechos del Niño establece que el interés superior de la niñez será una consideración primordial en “todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos”. El Comité de los Derechos del Niño ha señalado que el interés superior del niño es un concepto triple, en tanto es: (i) un derecho sustantivo de los niños y niñas a que su interés superior sea una consideración principal que se evalúe en todas las decisiones que los afecten; (ii) un principio jurídico interpretativo, en virtud del cual cuando una disposición admita más de una interpretación, se deberá elegir aquella que satisfaga en mayor medida el interés superior y (iii) una norma de procedimiento, según la cual siempre que se deba tomar una decisión que afecte a un niño o niña, la decisión incluya

una estimación de las posibles repercusiones que ésta puede tener en la vida del niño o niña.

105. Esta Corporación ha reconocido que, aunque existe un consenso sobre el interés superior de la niñez como una consideración primordial a tener en cuenta en las medidas que involucren sus derechos, en diversas ocasiones no resulta sencillo determinar en qué consiste dicho interés superior, por lo que ha considerado los parámetros que han sido desarrollados tanto por el Comité de los Derechos del Niño como por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

107. Por último, la Sala Cuarta de Revisión destaca que, en atención al principio de corresponsabilidad, en la búsqueda y materialización del interés superior de los niños, niñas y adolescentes y en la garantía de sus derechos, concurren diversos actores, por lo cual la “familia, la sociedad y el Estado son corresponsables en su atención, cuidado y protección.”

() El derecho fundamental a la nacionalidad y al nombre de los niños y las niñas. Reiteración de jurisprudencia

108. El artículo 96 de la Constitución Política establece que son colombianos por nacimiento: “[l]os naturales de Colombia, que con una de dos condiciones: que el padre o la madre hayan sido naturales o nacionales colombianos o que, siendo hijos de extranjeros, alguno de sus padres estuviere domiciliado en la República en el momento del nacimiento (...)”. La Ley 2332 de 2023 derogó la Ley 43 de 1993 —disposición normativa que regulaba el artículo 96 de la Constitución Política— y estableció los requisitos y el procedimiento para la adquisición, pérdida y recuperación de la nacionalidad colombiana. De acuerdo con su artículo 4, “[s]on naturales de Colombia las personas nacidas dentro de los límites del territorio nacional conforme a lo establecido en el artículo 101 de la Constitución Política, según la costumbre y lo dispuesto en tratados internacionales, siempre y cuando el padre y/o la madre hayan sido naturales o nacionales colombianos; o que, siendo hijos de extranjeros, el padre y/o la madre estuvieren domiciliados en Colombia al momento del nacimiento.”

109. De conformidad con lo anterior, la nacionalidad por nacimiento se otorga a quienes nacieron en el territorio colombiano (*ius soli*) cuando acrediten alguna de dos condiciones: (i) que su padre o madre sean naturales colombianos (*ius sanguini*) o (ii) que siendo hijos de extranjeros, alguno de sus padres estuviese domiciliado en Colombia al momento del nacimiento (*ius domicili*), entendido este último como la estancia regular en Colombia

acompañada del ánimo de permanecer en el territorio nacional, el cual se prueba habiendo sido titular por tres años continuos de una visa vigente, atendiendo a las normas dispuestas por el Ministerio de Relaciones Exteriores. Por lo cual, según lo dicta la Ley 2332 de 2023, no se presume ni se demuestra el ánimo de permanecer en el país por el hecho de habitar por un periodo de tiempo si la persona tiene su hogar en otro lugar, si por otras circunstancias la residencia es accidental, como es el caso de los viajeros o la permanencia es irregular.

110. Por su parte, el artículo 44 de la Constitución señala que son derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, entre otros, el nombre y la nacionalidad. Además, el Código de la Infancia y Adolescencia establece que: “Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener una identidad y a conservar los elementos que la constituyen como el nombre, la nacionalidad y filiación conformes a la ley. Para estos efectos deberán ser inscritos inmediatamente después de su nacimiento, en el registro del estado civil.” (Subrayado fuera del texto). Específicamente frente al nombre, el artículo 3 del Decreto 1260 de 1970, dispone que “[t]oda persona tiene derecho a su individualidad, y por consiguiente, al nombre que por ley le corresponde. El nombre comprende, el nombre, los apellidos, y en su caso, el seudónimo.”

111. Los tratados internacionales de derechos humanos también reconocen el derecho a la nacionalidad y al nombre de los niños, niñas y adolescentes, a saber: (i) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que “[t]odo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre [y] tiene derecho a adquirir una nacionalidad;” (ii) la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el derecho de toda persona a tener una nacionalidad y a no ser privado arbitrariamente de ella o del derecho a cambiarla y el derecho a tener un nombre propio y los apellidos de uno o ambos padres; y, (iii) la Convención sobre los Derechos del Niño establece, por un lado, el derecho de los niños a ser inscritos tras su nacimiento, tener un nombre y adquirir una nacionalidad y por otro, el deber de los Estados de respetar su derecho a “preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares.”

112. La Corte Constitucional ha afirmado que el derecho a la nacionalidad se refiere al “vínculo legal que une a un Estado con un individuo y que significa su existencia jurídica y el disfrute de los derechos fundamentales, económicos, sociales y culturales, así como la delimitación de las responsabilidades políticas, sociales, tanto del Estado, como de la

persona.” Adicionalmente, la Corte ha indicado que el derecho a la nacionalidad tiene tres dimensiones: a adquirirla, a no ser privado de ella y, a cambiarla. Así, por medio de la nacionalidad, el Estado reconoce la capacidad de los ciudadanos de ejercer sus derechos humanos y, en el caso de los niños, niñas y adolescentes, “existe un deber de diligencia y protección estatal que debe remover cualquier obstáculo administrativo para su reconocimiento ágil y eficaz.”

113. Así mismo, la Corte ha aclarado que el nombre, uno de los atributos de la personalidad, es una figura jurídica de naturaleza plural. Por un lado, es un derecho fundamental inherente a todas las personas y, por otro, es un signo distintivo de la personalidad de los individuos. Este permite que “el individuo en desarrollo de su libertad y autonomía determine como desea identificarse y ser distinguido en la vida social y en las actuaciones frente al Estado.”

114. En consecuencia, el nombre es un elemento fundamental en la construcción de la identidad individual de cada persona y debido a su rango constitucional y legal, el Estado tiene el deber de garantizar las condiciones para que todas las personas tengan un nombre, asegurando su identificación a través de un signo que las individualice. Además, la Corte ha reconocido que “el derecho a tener un nombre y un apellido, no solo se relaciona con aspectos propios del derecho civil, sino que implica también esferas constitucionales, pues a través de él, se hace explícito y externo frente a toda la sociedad, elementos como la procedencia familiar (filiación), los ancestros (parentesco), y la nacionalidad.”

115. Finalmente, resulta importante destacar que, en armonía con lo establecido en el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño y de los demás instrumentos internacionales mencionados anteriormente, la Relatora Especial de las Naciones Unidas ha afirmado que los derechos de los niños a que se registre su nacimiento, a tener un nombre, una nacionalidad y a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos no deberían verse afectados por su método de nacimiento, incluyendo a la gestación subrogada. Adicionalmente, la Corte IDH ha señalado que: (i) el nombre y el apellido resultan esenciales para “establecer formalmente el vínculo existente entre los diferentes miembros de la familia con la sociedad y con el Estado” y (ii) este derecho implica garantizar que “la persona sea registrada con el nombre elegido por ella o por sus padres (...) sin ningún tipo de restricción ni interferencia en la decisión de escoger el nombre y, una vez registrada la persona, que sea posible preservar y restablecer su nombre y su apellido”.

() El derecho a la igualdad y no discriminación de los niños y niñas nacidos mediante procesos de gestación subrogada

116. Según el artículo 13 de la Constitución Política, “todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.” A partir de una interpretación sistemática de este artículo, la Corte Constitucional ha entendido que de esta lectura se deriva: (i) una regla de igualdad ante la ley, que supone el deber del Estado de aplicar las leyes de manera imparcial frente a todas las personas; (ii) una prohibición de discriminación, la cual implica que ni el Estado ni los particulares pueden aplicar tratos discriminatorios a partir de criterios sospechosos; y, (iii) un mandato de promoción de la igualdad material, es decir, de implementar acciones afirmativas para beneficiar a aquellos grupos de personas que han sido marginados de manera sistemática o histórica.

117. Por su parte, el artículo 42 de la Constitución reconoce que todos los hijos que se tengan dentro o fuera del matrimonio, “adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes.” (Subrayado fuera del texto original) Con base en esta disposición, la Corte Constitucional ha afirmado que: (i) en materia de filiación rige un principio absoluto de igualdad consistente en que frente a los hijos no es posible aceptar ningún tipo de distinción o diferenciación; (ii) cualquier forma de discriminación basada en la forma de filiación está prohibida; y, (iii) los niños que nacen mediante una TRHA, como la gestación subrogada, tienen iguales derechos que los demás niños.

118. El derecho a la igualdad y el principio de no discriminación también se encuentran reconocidos en múltiples instrumentos internacionales, dentro de los cuales se destaca especialmente el artículo 2 de Convención sobre los Derechos del Niño que establece que los Estados deben respetar todos los derechos reconocidos en la Convención y asegurar su aplicación a cada niño “sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.” (Subrayado fuera del texto original)

119. Ahora bien, en el caso específico de los niños y niñas que nacen a través de los procesos de gestación subrogada, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) ha afirmado que tienen los mismos derechos que todos los niños y niñas en virtud de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, con independencia de las posiciones que tengan los Estados frente a la gestación subrogada. Por ello, los Estados “tienen el deber de proteger los derechos humanos de todos los niños y niñas nacidos por medio de la gestación subrogada sin discriminación, lo que incluye garantizar la existencia de marcos legales y reglamentarios apropiados a nivel nacional para proteger y promover sus derechos”. (Subrayado fuera del texto original)

120. En sentido similar, la Relatora Especial se ha pronunciado sobre el derecho a la no discriminación de los niños nacidos mediante gestación subrogada. En particular, ha destacado, por un lado, que las leyes, políticas y prácticas relativas a esta TRHA deberían respetar “los principios de no discriminación, el interés superior del niño y el derecho a la vida a la supervivencia y al desarrollo.” Por otro lado, en consonancia con el artículo 2 de la Convención de los Derechos del Niño, los Estados deben garantizar a los niños todos los derechos sin discriminación y con independencia del nacimiento. Por consiguiente, según la Relatora, el principio general de no discriminación supone que “ninguno de los derechos del niño debe verse afectado por el método de su nacimiento, inclusive un contrato de gestación por sustitución.”

121. De lo anterior es posible derivar dos conclusiones principales. Primero, los niños y niñas que nacen mediante procesos de gestación subrogada tienen los mismos derechos de todos los niños, y segundo, tienen derecho a la igualdad y, por tanto, no pueden ser discriminados en razón al método de su nacimiento. Además, a estos niños, se les debe garantizar una igualdad de trato frente a su núcleo familiar, frente a la sociedad y frente al Estado.

() La gestación subrogada en Colombia. Reiteración de jurisprudencia y avances normativos

122. Con fundamento en la doctrina, la gestación subrogada ha sido entendida por la Corte Constitucional como “el acto reproductor [de] genera[r] el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste.” Según la Asociación de Centros Colombianos de Reproducción Humana – ACCER, la gestación

subrogada es una TRHA asistida a través de la cual, una mujer, comúnmente denominada como madre gestante, sin aportar su material genético y de manera voluntaria “es portadora de un embarazo que se generó por la transferencia, a su útero, de un embrión conformado con material genético de(los) [padre(s) intencional(e)s] y/o de terceras personas donantes de gametos.”

123. A partir de la Sentencia T-968 de 2009, la Corte Constitucional advirtió el vacío legislativo existente en materia de gestación subrogada en Colombia. Precisó que aunque la gestación subrogada no está prohibida en el ordenamiento jurídico colombiano, sí existe un vacío normativo frente a su regulación. En este sentido, resaltó que la doctrina ha reconocido a la gestación subrogada como un mecanismo que puede contribuir a resolver los problemas de infertilidad de las parejas, por lo que su regulación resulta necesaria para evitar, entre otras cosas, la mediación lucrativa entre las partes, la desprotección de los derechos e intereses del recién nacido, los actos de disposición del propio cuerpo que pueden ir en contravía de la ley y los conflictos que surgen por los desacuerdos entre las partes involucradas en el acuerdo.

124. A partir de lo anterior y acudiendo a la doctrina, la Corte evidenció la necesidad de emitir una regulación exhaustiva en la materia, que cumpla con una serie de requisitos y condiciones, a saber: “(i) que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir; (ii) que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante (quien facilita su vientre); (iii) que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas; (iv) que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos como mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos, etc.; (v) que la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes antes, durante y después del embarazo, así como a valoraciones psicológicas; (vi) que se preserve la identidad de las partes; (vii) que la mujer gestante, una vez firmado el consentimiento informado, e implantado el material reproductor o gametos, no pueda retractarse de la entrega del menor; (viii) que los padres biológicos no pueden rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia; (ix) que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor; y, (x) que la mujer gestante sólo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica, entre otros.”

125. Posteriormente, la Corte Constitucional observó que el vacío legislativo no se predica

únicamente de la utilización de la fecundación in vitro como TRHA sino también de cuestiones o aspectos que están íntimamente ligados a la gestación subrogada, como la donación de óvulos, la congelación de embriones sobrantes y la inexistencia de protocolos en la materia, entre otros. Por lo anterior, y al encontrar que alrededor de la fecundación in vitro como una TRHA también existen otras cuestiones complejas que no han sido abordadas democráticamente ni desarrolladas por el legislador, señaló que resultaba necesario que el legislador estatuario regulara las siguientes cuestiones:

“i) la donación de óvulos; ii) la congelación de embriones sobrantes; iii) la filiación legal que resulta de la utilización de embriones después de la muerte de los padres; iv) la inexistencia de limitaciones o protocolos para la implantación de óvulos fecundados en vientres distintos de las madres biológicas, lo que es conocido también como “maternidad subrogada” o “maternidad sustituta”; v) las cuestiones relativas al registro de la identidad de los donantes de espermatozoides u óvulos; vi) el número de descendientes de cada donante; vii) la obligatoriedad en que estarían las entidades promotoras de salud de conseguir óvulos cuando quien solicita la fecundación in vitro, no los produce; y, la posibilidad de comercio óvulos, entre otras”. (Subrayado fuera del texto original)

126. La Corte evidenció la necesidad de que exista una regulación legislativa que fije las condiciones, límites y efectos de las TRHA. En efecto, mediante la Sentencia T-275 de 2022, al pronunciarse sobre una acción de tutela en la que el accionante buscaba que su EPS le reconociera licencia de paternidad de 18 semanas para el cuidado de su hija, quien había sido gestada por una mujer con la que celebró un acuerdo de gestación subrogada mediante fecundación in vitro, la Corte reiteró la existencia de un vacío normativo respecto de la maternidad subrogada y señaló la imperiosa necesidad de que “el Congreso de la República cumpla con su obligación de legislar no solamente sobre la maternidad subrogada, sino sobre los aspectos que están directamente relacionados con esta figura.”

127. Al respecto, encontró que desde 1998 hasta el 2021, se han radicado 16 proyectos de ley relacionados con la gestación subrogada, los cuales han resultado archivados en su totalidad. Por ello, con la Sentencia T-275 de 2022, la Corte exhortó al Gobierno nacional para que, en los próximos seis meses desde la notificación de esa sentencia, presentara ante el Congreso de la República un proyecto de ley orientado a regular la “maternidad subrogada” en Colombia, al tiempo que exhortó al Congreso de la República para que legisle

sobre ella en Colombia.

128. Así mismo, al estudiar el conflicto suscitado por la implantación de un embrión resultante de la unión de gametos aportados por una mujer (la accionante) y su expareja, luego de que este último retirara su consentimiento, la Corte puso de presente la necesidad de regular de manera detallada y desde un enfoque de género el asunto, por lo que de nuevo exhortó al Gobierno nacional y al Congreso para adelantar todas las gestiones para que en la próxima legislatura presente y tramite, respectivamente, un proyecto de ley que regule integralmente la materia relativa a las TRHA, la cual debe incorporar un enfoque de género y ocuparse, entre otras cosas, de “(a) las etapas de las TRHA, (b) los intervinientes en ellas, sus derechos y obligaciones, (c) la naturaleza, alcance y efectos de los acuerdos celebrados para su desarrollo, (d) las condiciones para prestar el consentimiento, las posibilidades de modificarlo y la oportunidad para hacerlo, (e) el destino posible de los gametos y embriones conservados así como el tiempo durante el cual ello puede ocurrir, (f) la responsabilidad de las clínicas y del personal sanitario que participa en el proceso y (g) los efectos en materia de filiación.”

129. Tras estas sentencias y durante el año 2023, se presentaron dos proyectos de ley, los cuales también fueron archivados.

130. El primero de ellos fue presentado por el representante a la Cámara Jorge Alejandro Ocampo Giraldo. Su finalidad era permitir la “subrogación gestacional” con fines altruistas, prohibiendo su práctica con fines de lucro y, a su vez, garantizando la protección de los derechos a la dignidad humana, la igualdad, la autonomía, la salud y la protección de la mujer y el nasciturus. De este proyecto de ley se destacan los siguientes aspectos:

i. i) La creación de dos tipos penales: constreñimiento a la gestación subrogada y constreñimiento a la gestación subrogada en niños y niñas.

) Las obligaciones en cabeza del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de: (a) velar por la garantía de los derechos del nasciturus y del recién nacido, producto de la gestación subrogada, desde el inicio del procedimiento hasta la entrega del recién nacido al encargante y (b) realizar un seguimiento del recién nacido para verificar su situación de bienestar.

) En cuanto a la nacionalidad, que el “niño o niña nacido en territorio colombiano cuya

gestante subrogada haya sido colombiana al momento del parto será nacional colombiano.”

) La inclusión de requisitos mínimos para ser gestante subrogada, a saber: (a) tener mínimo 24 años; (b) tener al menos un hijo previo al inicio del proceso de fertilización in vitro de gestación subrogada; (c) contar con un concepto médico, ginecológico y psicológico emitido por la IPS en donde conste la idoneidad del estado de salud de la gestante y (d) solo podrá tenerse un embarazo por gestación subrogada.

) Los requisitos mínimos para ser encargante: (a) tener entre 28 y 50 años; (b) haber conformado una familia en matrimonio o unión marital de hecho declarada, (c) tener ingresos mensuales de al menos 5 salarios mínimos mensuales legales vigentes; (d) tener condiciones óptimas de salud física y mental acreditadas por la IPS, (e) no haber sido condenado o estar siendo investigado por delitos de violencia sexual o delitos contra la familia y (f) asistir a una charla sobre el proceso de adopción colombiano.

) La obligación en cabeza del encargante de brindar sostenimiento económico a la gestante subrogada durante la gestación y hasta la finalización de los (40) cuarenta días de puerperio después del nacimiento de acuerdo con su capacidad adquisitiva, el cual no podía ser menor a 1.5 SMMLV.

) El registro civil de nacimiento del niño tendrá los apellidos del encargante y, si se trata de un encargante doble, sería registrado con el primer apellido de ambos.

) El deber de la IPS de realizar evaluaciones médico-psicológicas a la mujer gestante antes, durante y después del parto.

131. El segundo proyecto, fue el presentado por el Ministro de Justicia y del Derecho y el Ministro de Salud y Protección Social. Su finalidad era regular la “subrogación uterina para la gestación,” estableciendo parámetros para regular el proceso y la protección de la mujer gestante y el “producto de la gestación” garantizando los derechos a la libertad de desarrollo de la personalidad y los derechos sexuales y reproductivos. De este proyecto, se destacan los siguientes elementos:

i. i) Una serie de prohibiciones para prevenir la explotación de la mujer gestante y promover el interés superior del niño. En particular, prohibía la “subrogación uterina” comercial, es

decir, que implique ánimo de lucro y sea transfronteriza o transnacional.

) Dentro de los requisitos habilitantes para la parte comitente, incluía: (a) ser nacional colombiano, colombiano casado con extranjero o en el caso de ser extranjero, ser residente en el país; (b) ser una persona soltera o una pareja con imposibilidad de concebir o llevar a término un embarazo; (c) tener entre 25 y 50 años; (d) estar afiliado a seguridad social y (e) tener “idoneidad” para la crianza del niño o niña.

) En los requisitos habilitantes para la mujer gestante, listaba: (a) ser nacional colombiano o extranjero residente, (b) tener entre 25 y 30 años, (c) estar afiliada al sistema de seguridad social colombiano, (d) tener aptitud física y psicológica para gestar y (e) no hacerse sometido a un proceso similar más de una vez;

) Frente a la filiación, señalaba que esta se reconocería entre el niño o niña y los padres comitentes —independientemente del aporte genético, pues la base es la voluntad procreacional— y que la parte comitente no podría impugnar la filiación del que está por nacer.

) En los casos de subrogación uterina, el certificado de nacido vivo debía diligenciarse de manera diferencial, y

) Preveía una compensación a cargo de la parte comitente para costear los gastos médicos de traslados, asesoramiento legal y psicológico, y todos aquellos que se surtan con ocasión del procedimiento, incluidos los derivados de tratamientos para el embarazo, parto y posparto. Además, según el proyecto, esta compensación incluía el daño emergente y el lucro cesante causados por los esfuerzos que deba realizar la persona gestante para cumplir con el acuerdo.

132. De la revisión de ambos proyectos se pueden destacar tres similitudes: (i) ambos proponían una regulación con un enfoque altruista, esto es, que permita el desarrollo de la gestación subrogada siempre que no medien fines comerciales entre las partes; (ii) en todo caso, contemplaban un deber de compensación o soporte económico para la mujer durante el embarazo y tras el parto; y, (iii) contemplaban requisitos mínimos y habilitantes para ser madre gestante y para ser “encargante” o “parte comitente.”

133. A su vez, se pueden evidenciar algunas divergencias en relación con la propuesta de regulación de la gestación subrogada. Particularmente, en el primer proyecto de ley, a diferencia del segundo, se contemplaba: (i) la creación de dos tipos penales para sancionar el constreñimiento hacia mujeres y niños para realizar un proceso de gestación subrogada; (ii) una serie de obligaciones en cabeza del ICBF en favor de los derechos del nasciturus y de los niños recién nacidos; (iii) la nacionalidad colombiana del recién nacido al momento del parto, cuando la madre gestante es colombiana y (iv) aspectos relacionados con el registro civil de nacimiento. En el segundo proyecto de ley se contemplaban aspectos relacionados con: (i) la filiación de los niños y niñas que nacen a través de la gestación subrogada; (ii) un certificado de nacido vivo diferenciado; y, (iii) una serie de prohibiciones que buscan evitar la explotación de las mujeres gestantes y el interés superior del niño, como la gestación subrogada transfronteriza o trasnacional y el retracto bilateral de las partes involucradas en el acuerdo.

() La gestación subrogada en el derecho comparado

134. En el derecho comparado se pueden evidenciar diversos enfoques de regulación frente a la gestación subrogada. Entre ellos: (i) la prohibición absoluta, (ii) la regulación altruista y (iii) la regulación comercial o libre. Adicionalmente, también es dable evidenciar varios países de América Latina en donde no existe una regulación expresa de la materia, como sucede en Colombia.

135. En primer lugar, entre los países que prohíben la gestación subrogada se encuentran, entre otros, España, Italia y Francia, cuyas regulaciones disponen:

País

Disposición que prohíbe la gestación subrogada

El artículo 10 de la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida, establece que “será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.”

Aunque la gestación subrogada no se encuentra tipificada expresamente como delito, dentro

de los delitos relativos a “la suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor,” en el artículo 221.1 del Código Penal, se establece que: “Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años.”

Italia

El artículo 4.3 de la Ley N.º 40, sobre normas en materia de procreación médica asistida, establece una prohibición frente al “uso de técnicas heterólogas de procreación médicamente asistida,” lo cual supone la prohibición de las THRA que utilicen gametos ajenos a la pareja o persona que ejercerá la maternidad o paternidad. Además, en el artículo 12.6 de la misma norma, se establece que “quien, en cualquier forma, realice, organice o publicite la comercialización de gametos o embriones o la maternidad subrogada será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años y multa de 600.000 a 1 millón de euros.”

De manera reciente, la Cámara de Diputados de Italia aprobó un proyecto de ley para modificar el artículo en mención y a su vez prohibir la maternidad subrogada realizada por ciudadanos italianos en el extranjero. De ser aprobado por el Senado, los italianos que recurran a esta TRHA en el extranjero serán sancionados según la ley italiana.

Francia

El artículo 16.7 de la Ley 94-653, relativa al respeto del cuerpo humano, establece que “todo acuerdo relativo a la procreación o a la maternidad subrogada es nulo.” Esta norma fue introducida en el Código Penal francés, según el cual se castigará con penas de prisión y multas al “acto de mediación entre una persona o una pareja que desea acoger a un niño y una mujer que acepta gestar a este niño con el fin de entregárselo. Cuando estos actos se cometan de forma habitual o con ánimo de lucro, las penas se duplicarán.”

136. En segundo lugar, dentro de los países con regulaciones altruistas de esta práctica se

destacan Brasil, Uruguay, Sudáfrica, Reino Unido, México (Estado de Tabasco) y Nueva Zelanda. Estas regulaciones establecen:

País

Disposición normativa que regula la gestación subrogada

Brasil

La Resolución 2320, expedida en el 2022 por el Consejo Federal de Medicina de Brasil, contiene en el capítulo VII de su anexo técnico indicaciones sobre “la gestación por sustitución.” En esta se establece, entre otras cosas, que: (i) debe existir un problema que impida o contraindique el embarazo, (ii) la mujer subrogante debe tener al menos un hijo vivo y pertenecer a la familia de uno de los convivientes hasta el cuarto grado; (iii) en caso de imposibilidad de cumplir con la anterior condición, se debe solicitar autorización del Consejo Regional de Medicina; (iv) los acuerdos de gestación por sustitución no pueden tener un carácter lucrativo o comercial y (iv) en la historia clínica se debe incluir el consentimiento informado firmado por todos los involucrados, un informe sobre la idoneidad física y mental de las partes, la determinación de aspectos relacionados con la filiación del niño y un compromiso con el seguimiento médico de la mujer subrogante hasta el puerperio.

Uruguay

El artículo 25 de la Ley 19.167 de 2013 establece que los contratos a título gratuito u oneroso de “gestación subrogada” se entienden nulos absolutos, salvo en los eventos en que una mujer no pueda llevar un embarazo a término debido a enfermedades genéticas o adquiridas. En este supuesto, “podrá acordar con un familiar suyo de segundo grado de consanguinidad, o de su pareja en su caso, la implantación y gestación del embrión propio.” Este acuerdo deberá ser gratuito y la filiación del nacido será de quienes hayan solicitado y acordado la subrogación de la gestación.

Sudáfrica

Según el artículo 19 del Children’s Act 38 of 2005, la maternidad subrogada está permitida, pero los “pagos respecto a la subrogación están prohibidos.”

México (Estado de Tabasco)

En el 2016, se adicionó al Código Civil del Estado de Tabasco un capítulo denominado “De la gestación asistida y subrogada”, según el cual se permite la gestación subrogada cuando “la madre pactante padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero”. En esta regulación, se admiten dos modalidades de gestación subrogada: (i) la subrogada, que implica que la gestante aporte sus propios óvulos y después entregue al recién nacido mediante la adopción plena y (ii) la sustituta, que implica que la gestante solo presta su vientre para portar un embrión obtenido por la fecundación de la pareja o persona contratante.

Adicionalmente, los contratantes deben ser ciudadanos mexicanos y el contrato será nulo si se establecen compromisos que atenten contra el interés superior del niño, la dignidad humana o el orden público y si intervienen agencias o intermediarios.

Reino Unido

En el Surrogacy Arrangements Act 1985 se prohíben los acuerdos de gestación subrogada que tengan una base comercial y se sanciona la actividad comercial relacionada (los intermediarios y la publicidad). No obstante, se admiten los pagos a la gestante relacionados con los gastos razonables que se deriven de la gestación.

Nueva Zelanda

En el Human Assisted Reproductive Technology Act 2004 se establece que los acuerdos de maternidad subrogada no son ilegales en sí mismos pero no son exigibles por o contra ninguna persona. Además, establece que comete delito toda persona que dé, reciba o acuerde recibir una contraprestación económica por su participación o la de un tercero en un acuerdo de maternidad subrogada. Esta contraprestación no incluye los pagos “razonables y necesarios” relacionados con el proceso de la concepción, gestación y/o asesoría al respecto.

137. En tercer lugar, Ucrania y Rusia disponen de regulaciones comerciales que permiten la práctica de gestación subrogada:

Disposición normativa que regula la gestación subrogada

Ucrania

Según el artículo 281.1 del Código Civil, “una mujer adulta o un hombre tiene derecho a ser curado por medio de técnicas de reproducción asistida sujetas a las indicaciones médicas y en los términos y según el procedimiento prescrito por la ley.” Con base en esta disposición normativa, en la Instrucción sobre la Aplicación de Técnicas de Reproducción Asistida del Ministerio de Salud, se incluye dentro de las tecnologías reproductivas a la gestación subrogada. En la sección seis de la Orden 787 de 2013 del Ministerio de Salud, se permitió la práctica de la gestación por subrogación siempre y cuando: (i) exista relación genética entre al menos uno de los padres y el feto y (ii) la pareja tenga infertilidad y cuente con indicación médica.

Adicionalmente, el artículo 123.2, sobre la determinación del origen de un niño nacido como resultado del uso de TRHA, establece que “si un embrión humano concebido por una pareja (hombre y mujer) como resultado del uso de tecnologías de reproducción asistida se transfiere al cuerpo de otra mujer, los padres del niño serán los cónyuges,”

Rusia

La Ley Federal sobre los Fundamentos de la Protección de la Salud de los Ciudadanos de la Federación Rusa incluye la gestación subrogada como una de las tecnologías de reproducción asistida. Esta ley permite que accedan a esta técnica tanto parejas como mujeres que no puedan llevar un embarazo a término. Además, como requisitos para ser madre subrogada, establece que la mujer debe tener entre 20 y 35 años, tener un hijo propio, un informe médico sobre su estado de salud y debe dar su consentimiento informado y voluntario por escrito.

138. Finalmente, como se anticipó, al igual que en Colombia, existen otros países de la región que no cuentan con una regulación expresa en materia de gestación subrogada. Con independencia de este vacío, esta TRHA ha sido empleada en la práctica y, en algunas ocasiones, ha dado lugar a pronunciamientos de los tribunales nacionales, como es el caso de Chile y Argentina.

139. En Chile, por ejemplo, el Segundo Juzgado de Familia de Santiago conoció un caso de una mujer (la demandante) que, tras un aborto espontáneo, la pérdida de un bebé recién

nacido y una histerectomía, decide junto con su pareja acudir a la gestación subrogada altruista como alternativa para cumplir su sueño de ser padres, con la particularidad de que la gestante subrogada era la madre de la demandante y la FIV se realizó con los óvulos de la demandante y los espermatozoides de su pareja. En esta oportunidad, el Juzgado estudió la reclamación e impugnación de maternidad realizada por la demandante, pues las niñas que nacieron como resultado del proceso de gestación subrogada eran legalmente hijas de su madre —la mujer gestante— y no de ella —madre biológica por aportar su material genético, quien tenía la intención de ser madre y había cuidado y amamantado a las niñas desde su nacimiento—.

140. El Juzgado acogió las pretensiones de la demanda, declaró que las niñas eran hijas de la demandante y ordenó la respectiva modificación en la partida de nacimiento. Esta decisión obedeció, principalmente, a que a juicio de la juez: (i) resultaba “ilógico atribuir la maternidad a una mujer que jamás tuvo el deseo de engendrar un hijo para sí, ni asumir las responsabilidades que de ello derivan” y (ii) se debía preservar la identidad de las niñas para materializar su interés superior, teniendo en cuenta que quien ejercía la maternidad afectiva y social era la demandante.

() La gestación subrogada en la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos

141. Los tribunales internacionales de derechos humanos también se han pronunciado sobre la gestación subrogada y las TRHA. Por una parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH), en el caso *Artavia Murillo y otros vs Costa Rica*, se pronunció sobre los efectos de una sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica que prohibió la fecundación in vitro (FIV) en el país y, en consecuencia, generó que algunas de las víctimas del caso tuvieran que interrumpir los tratamientos médicos de fertilidad que habían iniciado o salir a otros países para terminarlos. En esta oportunidad, la Corte IDH afirmó que las TRHA son un grupo de tratamientos médicos que son utilizados para ayudar a las personas y a las parejas infértiles a lograr un embarazo y que, dentro de estas, se encuentra el “útero subrogado.”

142. Adicionalmente, afirmó que el derecho a la vida privada: (i) comprende la decisión de ser o no ser madre o padre e incluye la decisión de serlo en sentido genético o biológico y (ii)

se relaciona con el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el acceso a la tecnología médica necesaria para ejercer el derecho. Siendo así y considerando el reconocimiento del derecho al goce de los beneficios del progreso científico en diversos instrumentos internacionales, la Corte IDH reconoció que “del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona.”

143. Posteriormente, en el caso Gómez Murillo y otros vs Costa Rica, también relacionado con la prohibición de la FIV en Costa Rica, la Corte IDH decidió homologar el “Acuerdo de arreglo amistoso suscrito entre el Estado de Costa Rica y la parte demandante” que suscribió el Estado con el representante de las víctimas. De conformidad con el Acuerdo, el Estado de Costa Rica debía, como una de las medidas de reparación, “iniciar, en un plazo razonable, una discusión amplia y participativa acerca de la maternidad por subrogación como procedimiento para la procreación”.

144. Seguidamente, en la supervisión de cumplimiento de la sentencia, la Corte IDH encontró que los esfuerzos del Estado para realizar un foro virtual sobre la maternidad por subrogación demostraban la voluntad de adoptar acciones para iniciar una discusión sobre la temática, por lo cual, encontraba cumplida la medida de reparación que fue homologada. A su turno, la Corte consideró beneficioso que el Estado continuara “fortaleciendo la discusión sobre la maternidad por subrogación como procedimiento de procreación.”

145. Por otra parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante el TEDH) también se ha pronunciado específicamente sobre la gestación subrogada en algunos casos, en particular, en el marco de una opinión consultiva solicitada por el Tribunal de Casación Francés. En primer lugar, en el caso Menesson c. Francia, el TEDH conoció el caso de una pareja francesa que tuvo dos hijos a través de un acuerdo de gestación subrogada en California y que, al intentar registrar a los niños en el consulado francés, las autoridades consulares rechazaron la solicitud debido a que existía una sospecha de que se trataba de un acuerdo de gestación subrogada, el cual no se reconocía en Francia y envió el expediente a la Fiscalía para que iniciara las investigaciones penales correspondientes.

146. En este caso, el TEDH encontró que la gestación subrogada plantea cuestiones éticas complejas. Observó que no existe un consenso en cuanto a su legalidad y frente al reconocimiento jurídico de la relación entre los padres intencionales y los niños concebidos con ayuda de este método en el extranjero. En este sentido, los Estados tienen, en principio, un amplio margen de apreciación para decidir si autorizan o no la gestación subrogada y si reconocen o no las relaciones jurídicas paternofiliales entre los padres intencionales y los niños. No obstante, afirmó que, como la relación jurídica paternofilial es un aspecto esencial de la identidad de las personas, resulta admisible que este margen de apreciación sea reducido. En ese sentido, en el caso concreto, concluyó que el respeto a la vida privada “exige que toda persona pueda establecer los detalles de su identidad como ser humano individual, lo que incluye la relación legal paternofilial.” Por ello, al negarse a inscribir los datos de los niños en las partidas de nacimiento a pesar de que habían sido reconocidos en otro país como hijos de los demandantes, Francia menoscabó la identidad de los niños. Así, aunque acepta que Francia desee disuadir a sus nacionales de ir al extranjero a acudir a TRHA prohibidas en su territorio, los efectos de no reconocer la relación jurídica paternofilial entre los niños concebidos mediante la gestación subrogada y los padres intencionales afectan de manera sustancial el derecho a la vida privada de los niños.

147. En segundo lugar, en el caso *Paradiso y Campanelli c. Italia*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronunció sobre el caso de una pareja italiana que, ante la imposibilidad de tener un hijo a través de la FIV, celebraron un acuerdo de gestación subrogada con una compañía en Rusia. El bebé nació en 2010, fue registrado como hijo de los italianos de conformidad con la legislación rusa y fue llevado al territorio italiano infringiendo la legislación italiana relativa a la adopción y a la gestación subrogada. Por lo anterior, se iniciaron investigaciones a nivel interno y, al encontrar que no existía ningún vínculo genético entre el señor Campanelli y el niño, el tribunal de menores decidió separarlo de la pareja y ordenar la emisión de un nuevo certificado de nacimiento. En este caso, el TEDH concluyó, por un lado, que no había existido vida familiar, debido a la ausencia de un vínculo biológico y la poca duración de la relación de la pareja con el niño. Por otro lado, que si bien había existido una interferencia a la vida privada de la pareja, no existió una violación al artículo 8 del CEDH pues esta había sido conforme a la ley y perseguía objetivos legítimos, de manera que las cortes italianas equilibraron adecuadamente los intereses en juego. Adicionalmente, afirmó que, frente a los temas éticamente sensibles como la adopción, las técnicas de reproducción asistida y la maternidad subrogada, los Estados cuentan con un

amplio margen de apreciación.

148. Por último, el TEDH emitió una opinión consultiva relacionada con el reconocimiento en el derecho interno de una relación jurídica paterno filial entre un niño nacido mediante gestación subrogada en un país extranjero y la madre comitente o intencional a raíz de una solicitud presentada por el Tribunal de Casación francés. En esta oportunidad, el Tribunal Europeo limitó la opinión al escenario en que un niño nace en el extranjero a través de un acuerdo de gestación subrogada y fue concebido utilizando los gametos del padre comitente y de una tercera donante y en la que la relación jurídica paterno filial con el padre comitente ha sido reconocida en la legislación nacional. A su turno, estudió si el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) exige que el derecho interno prevea la posibilidad de reconocer la relación entre un niño que nace en el extranjero mediante un acuerdo de gestación subrogada y la madre comitente. Para esto, el TEDH tuvo en cuenta tanto el principio del interés superior del niño como el alcance del margen de discrecionalidad del que disponen los Estados contratantes.

149. Así, por un lado, afirmó que la falta de reconocimiento de la relación jurídica entre un niño o niña y la madre comitente tiene un impacto negativo en varios aspectos del derecho a la vida privada de estos niños, toda vez que los pone en una situación de inseguridad jurídica frente a su identidad en la sociedad y, a su vez, los pone en riesgo de que se les niegue la nacionalidad de la madre comitente, de no poder permanecer en el país de residencia de la madre comitente o incluso, de heredar su patrimonio. Por ello, la imposibilidad general y absoluta de reconocer la relación entre un niño y la madre comitente es incompatible con el interés superior del niño y exige que cada caso sea examinado a la luz de sus circunstancias particulares. Por otro lado, consideró que el margen de discrecionalidad del que disponen los Estados variará según los hechos, el objeto y el contexto del caso. Así, si el Consejo de Europa no llega a un consenso sobre cómo proceder cuando el caso involucra cuestiones éticas o morales de alta complejidad, el margen de discrecionalidad será amplio, pero si el asunto se relaciona con una faceta de la identidad de la persona, como la relación paterno filial, dicho margen es limitado. Por lo anterior, el TEDH concluyó que el derecho de un niño a que se respete su vida privada demanda que la legislación nacional prevea la posibilidad de reconocer una relación jurídica paterno filial con la madre comitente o intencional, designada en el certificado de nacimiento legalmente establecido en el extranjero como “madre legítima.”

150. Adicionalmente, el TEDH estudió si en las circunstancias descritas anteriormente, el respeto por el derecho a la vida privada de un niño requiere que el reconocimiento de la relación paternofilial con la madre comitente sea mediante la inscripción de los datos del certificado de nacimiento extranjero en el registro de nacimiento, matrimonio y defunción nacional o si se admiten otros medios, como la adopción del niño o niña por la madre comitente. Al respecto, el Tribunal consideró que los Estados cuentan con un margen de apreciación para elegir los medios que reconocen la relación jurídica paternofilial, dentro de los cuales se encuentra la adopción. Lo importante es que, en cada caso concreto, los medios elegidos puedan ser aplicados con prontitud y eficacia, de tal forma que los niños no permanezcan un largo periodo en una situación de inseguridad jurídica frente a su relación con la madre comitente.

151. Se destaca que, para dar respuesta a las anteriores preguntas, el TEDH realizó un estudio de derecho comparado que abarcó 43 Estados parte del CEDH sin incluir a Francia. En este análisis, encontró que no existe un consenso frente a la gestación subrogada —nueve Estados la permiten, diez la toleran y veinticuatro la prohíben explícita o implícitamente— y tampoco sobre el procedimiento para establecer o reconocer la relación jurídica entre los niños que nacen a través de la gestación subrogada y los padres comitentes o intencionales, pues en algunos Estados es posible la inscripción del certificado de nacimiento extranjero, la adopción o existen procedimientos judiciales que no implican la adopción.

() La protección del que está por nacer mediante procesos de gestación subrogada

152. La Corte Constitucional, a partir de diversos mandatos constitucionales y disposiciones de tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad y que protegen el derecho a la vida, ha afirmado que “la vida del nasciturus es un bien constitucionalmente protegido y por esa razón el legislador está obligado a adoptar medidas para su protección.”

153. La protección de la vida del que está por nacer es una finalidad constitucionalmente imperiosa y se encuentra expresamente reconocida en normas nacionales e internacionales. A nivel nacional, la Ley 1098 de 2006 dispone que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la vida, a una buena calidad de vida y a un ambiente sano en condiciones de dignidad. Según esta norma, este derecho implica “la generación de condiciones que les

aseguren desde la concepción cuidado, protección, alimentación nutritiva y equilibrada, acceso a los servicios de salud, educación, vestuario adecuado, recreación y vivienda segura dotada de servicios públicos esenciales en un ambiente sano.” (Subrayado fuera del texto original).

154. A nivel internacional, la protección del que está por nacer se encuentra reconocida en diversos instrumentos internacionales. Primero, el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) establece que: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción.” (Subrayado fuera del texto original). Segundo, la Convención sobre los Derechos del niño, en su preámbulo, reconoce que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.” (Subrayado fuera del texto original). Tercero, la Declaración de los Derechos del niño indica, en su principio número 4, que “[e]l niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin deberán proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal.” (Subrayado fuera del texto original)

155. Ahora bien, la interpretación del artículo 4.1 de la CADH fue estudiada por la Corte IDH en el caso *Artavia Murillo y otros vs Costa Rica*. Tras acudir a diversos métodos de interpretación, concluyó que la “concepción” tiene lugar desde la implantación del embrión en el útero y que la protección de la vida en gestación “no es absoluta sino gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general.”

156. La protección del que está por nacer, a su vez, encuentra fundamento en: (i) la dignidad humana como uno de los valores que inspiran e irradian el ordenamiento jurídico colombiano; (ii) la protección del genoma humano como “la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad intrínseca” y (iii) el reconocimiento de “la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana”, dentro de los cuales se encuentra el ser en gestación.

157. Asimismo, como lo ha reconocido la Corte Constitucional, el Estado colombiano tiene un deber de protección amplio que se materializa de diferentes maneras. Por un lado, en la

adopción de medidas de carácter prestacional a favor de la mujer gestante y orientadas también a proteger la vida del no nacido. Por otro, en la adopción de normas que sean “necesarias para prohibir la directa intervención tanto del Estado como de terceros en la vida que se está desarrollando”. Así, corresponde al legislador “determinar en cada caso específico la extensión, el tipo y la modalidad de la protección a la vida del que está por nacer” y “establecer las medidas apropiadas para garantizar que dicha protección sea efectiva”.

158. De una lectura conjunta de las normas nacionales e internacionales referidas anteriormente, es oportuno afirmar que la vida del que está por nacer es un bien constitucionalmente protegido que amerita la protección del Estado. Lo que incluiría, en procura del derecho fundamental a la igualdad y no discriminación, a los niños que nacen como resultado de un procedimiento de gestación subrogada. Además, en los casos como el que ocupa la atención de la Sala, le corresponde al legislador materializar el deber de protección del no nacido, entre otras cosas, mediante la adopción de normas que resulten necesarias para que la protección gradual e incremental del que está por nacer sea efectiva en el marco de las técnicas de reproducción humana asistida como la gestación subrogada, “siendo especialmente relevante su garantía en la etapa más avanzada del periodo de gestación”.

159. Por último, esta Sala considera pertinente aclarar que la protección gradual de la vida en gestación — en el marco de los procesos de gestación subrogada — no entraría necesariamente en tensión con la autonomía sexual y reproductiva de la mujer, y con ella, su intención de interrumpir voluntariamente el embarazo. Esto, en tanto en los acuerdos de gestación subrogada —cuando están debidamente regulados y garantizan los derechos humanos—, la mujer gestante de manera autónoma y voluntaria decide llevar a término un embarazo que se generó por la transferencia a su útero de un embrión conformado por el material genético de los padres intencionales o terceros donantes. Por lo tanto, no existiría una voluntad de interrumpir el embarazo que pueda entrar en tensión con la protección a la vida del que está por nacer.

() Los posibles riesgos de la gestación subrogada y su impacto en materia de derechos humanos

160. Diferentes organismos internacionales han observado que cuando la figura de la gestación subrogada no se encuentra debidamente regulada, puede dar lugar a potencializar riesgos que afectan el goce efectivo de los derechos fundamentales de las mujeres gestantes y de los niños y niñas que nacen como resultado de estos procedimientos de reproducción asistida. A continuación, y por las características del presente caso, se resaltarán algunos de los riesgos en materia de derechos humanos que puede tener esta figura en la práctica.

* Vulneración de los derechos humanos de los niños y niñas

161. En primer lugar, UNICEF ha alertado sobre la exposición de los niños y niñas a sufrir múltiples violaciones a los derechos humanos cuando nacen como resultado de un proceso de gestación subrogada, especialmente cuando se trata de acuerdos internacionales de gestación subrogada (AIS). De un lado, destacó los siguientes riesgos: (i) la posible vulneración del derecho de los niños y niñas a la identidad y a la posibilidad de conocer sus orígenes; (ii) la falta de certeza frente a la filiación legal; (iii) la posibilidad de ser apátridas, especialmente en los AIS, cuando los niños no son reconocidos como nacionales por ningún Estado y (iv) el riesgo de ser vendidos, pues “[u]na relación contractual jurídicamente vinculante entre la mujer gestante y los futuros padres establecida antes del nacimiento, en la que la cesión del niño o niña se condiciona al pago, constituiría la venta de un niño o niña.”

162. Pues bien, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la identidad, a conocer sus orígenes y a su turno, a que se inscriba su nacimiento. Al respecto, UNICEF alertó sobre la posibilidad de que los mencionados derechos se vean afectados negativamente con las decisiones que se toman en el marco de los procesos de gestación subrogada. Ello, en razón a que no siempre se considera la importancia de “recopilar, almacenar y preservar la información sobre la identidad de los niños y niñas nacidos por gestación subrogada, para que el niño o niña pueda conocer sus orígenes”, a pesar de que conservar la información relevante para su identidad y la posibilidad de conocer sus orígenes resulta fundamental para su desarrollo físico, psicológico. De hecho, la Corte IDH también ha alertado sobre los efectos negativos que puede tener la supresión y sustitución de la identidad de una niña, llegando incluso a considerar que, en circunstancias extremas, se trata de una forma particular de desaparición forzada.

163. Con el propósito de mitigar los riesgos descritos previamente y garantizar la protección

efectiva de los derechos de los niños y niñas, UNICEF realizó las siguientes recomendaciones; (i) conservar la información de cada niño nacido por gestación subrogada en los sistemas de registro civil y recopilar datos estadísticos sobre esta TRHA; (ii) incluir en la legislación nacional la prohibición de la venta y tráfico de niños y niñas, extendiendo su prohibición a los acuerdos de gestación subrogada; (iii) asegurar que los niños reciban una nacionalidad desde su nacimiento y (iv) tener como consideración primordial, en cualquier decisión que involucre a los niños, su interés superior. Adicionalmente, también se puso de presente que, para proteger los derechos de las mujeres gestantes y las niñas, se debe evitar la posibilidad de explotación en los acuerdos de gestación subrogada, escenarios que se pueden dar cuando existe coacción y falta de consentimiento informado.

164. La Corte Constitucional ya ha reconocido la existencia de desafíos en materia de la filiación legal de los niños y niñas que se conciben por medio de técnicas de reproducción humana asistida. Al respecto, ha afirmado que la filiación es un elemento central para definir el estado civil de las personas y que, teniendo en cuenta las particularidades de las THRA, en su determinación se le debe dar prevalencia a la voluntad o deseo de ser padre o madre frente a la relación genética con un donante que no tiene voluntad de emprender un proyecto parental.

□ Prohibición de la venta de niños y niñas

165. En segundo lugar, la Relatora sobre la venta y la explotación sexual de niños ha reafirmado que en los procesos de gestación subrogada resultan aplicables la mayoría de principios de los derechos humanos propios de los procesos de adopción, entre ellos, el de la prohibición de la venta de niños, la preservación del interés superior del niño, las limitaciones en cuanto a las transacciones financieras y la protección frente a la explotación. Además, ha resaltado la importancia de que la regulación nacional en la materia se fundamente en un marco de derechos humanos, de tal forma que se garanticen los derechos fundamentales de todas las partes implicadas.

166. A su vez, la Relatora ha alertado sobre el incremento de los contratos internacionales de gestación subrogada. Esto es, ante la ausencia de normas internacionales en la materia y, a su vez, el surgimiento de una actividad comercial no regulada que puede acarrear prácticas de explotación. De hecho, en el informe que publicó en el 2018, afirmó que “[l]a gestación

por sustitución de carácter comercial que se practica actualmente constituye venta de niños conforme a la definición prevista en el derecho internacional de los derechos humanos.” Por lo cual, incluso ante las opiniones diversas frente a la gestación subrogada, en virtud del artículo 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados tienen la obligación de “prohibir la venta de niños y a crear salvaguardias para su prevención”.

167. A su turno, la Relatora interpretó el artículo 2.a) del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía y concluyó que la gestación subrogada puede constituir venta de niños “siempre que la madre de alquiler o un tercero reciban ‘remuneración o cualquier otra retribución’ a cambio de trasladar al niño”. Esto, en tanto los tres elementos de la definición de venta de niños están presentes en la mayoría de los contratos comerciales de maternidad subrogada, a saber: (a) la remuneración o pago; (b) el traslado físico o jurídico del niño y (c) el intercambio del pago por el traslado.

168. Según la Relatora, la gestación subrogada de carácter comercial puede llevarse a cabo sin que constituya venta de niños si queda claro que no hay pago por el traslado del niño. Preciso que para ello se requiere del cumplimiento de dos condiciones. Por un lado, que la mujer gestante tenga la calidad de madre al momento del parto y que no esté obligada contractualmente a participar en el traslado jurídico o físico del niño o niña, pues este acto debe ser gratuito y altruista y no puede derivarse de obligaciones jurídicas o contractuales, y de otro lado, que la mujer reciba todos los pagos por el “servicio” de gestación “antes del traslado jurídico o físico del niño con posterioridad al parto, y todos los pagos deberán tener carácter no reembolsable, aunque la madre de alquiler opte por conservar la patria potestad y la responsabilidad paterna, condiciones que deben establecerse expresamente en el contrato.” Las consideraciones sobre la importancia de regular la gestación subrogada, en particular cuando se trata de AIS fueron reiterados en su informe de 2019.

□ Explotación sexual de las mujeres

169. En tercer lugar, el Grupo de trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra mujeres y niñas en la legislación y la práctica también alertó sobre la posibilidad de que la gestación subrogada se convierta en una forma de explotación reproductiva de la mujer en escenarios en los que, debido a la pobreza y la falta de oportunidades y de opciones, las

mujeres se ven empujadas hacia “el mundo de la trata de personas, las formas contemporáneas de esclavitud y los contratos de gestación subrogada con fines de explotación, que pueden dar lugar a diversas formas de confinamiento, explotación y violencia.” (Subrayado fuera del texto original)

170. A este riesgo de explotación están especialmente expuestas las mujeres que se encuentran en contextos de vulnerabilidad como consecuencia de la pobreza, la falta de educación y diversas formas de discriminación. Además, se ha reconocido que las prácticas abusivas de gestación subrogada “tienen lugar en contextos no regulados, a menudo en casos en que aspirantes a progenitor de países occidentales emplean intermediarios con ánimo de lucro para contratar a madres de alquiler vulnerables de países en desarrollo.”

□ Delito de trata de personas

171. En cuarto lugar e intrínsecamente relacionado con los riesgos descritos anteriormente, se ha alertado sobre el riesgo de trata de personas, del cual pueden ser víctimas tanto las mujeres gestantes como los niños que nacen de la aplicación de esta TRHA. Esto es, porque como se explicó, en el caso de las mujeres, por las condiciones de vulnerabilidad que las rodean, así como la posibilidad de que a través de la gestación subrogada sean sometidas a explotación sexual, pueden ser víctimas a su vez de trata de personas. Además, porque existe una prohibición para el caso de la mujer gestante que aporta sus propios óvulos, pues esto supondría entregar a su hijo biológico a cambio de una contraprestación económica, lo que constituye trata de personas. Y en el caso de los niños y niñas, por el riesgo de que esta práctica de lugar a la venta de niños, en razón al pago de una remuneración económica y al traslado del niño de un lugar a otro. Avizoradas estas alertas, tanto la comunidad internacional como esta Corporación han expresado su preocupación, máxime cuando persiste una ausencia de regulación en la materia, sobre todo, en países en vías de desarrollo.

172. El delito de trata de personas se encuentra tipificado en el artículo 188-A del Código Penal y, a su vez, definido en el Protocolo para Prevenir, Reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Protocolo de Palermo). De acuerdo con el Código Penal colombiano, quien capte, traslade, acoja o reciba a una persona con fines

de explotación incurrirá en el delito de trata de personas. A su vez, el Protocolo dispuso que el consentimiento de la víctima a toda forma de explotación no se tendrá en cuenta cuando se recurra a los medios señalados anteriormente, y para el caso de los niños, aunque no se recurra a ninguno de estos medios, su captación, traslado, transporte, acogida o recepción con fines de explotación será considerada trata de personas.

173. Ahora, en el marco de acuerdos de gestación subrogada, se ha alertado sobre la posible configuración de trata de personas. Al respecto, desde la Sentencia T-968 de 2009 y tras aclarar, con base en la doctrina, la definición de la gestación subrogada, la Corte Constitucional aclaró que la mujer que gesta y da a luz no puede aportar sus óvulos, pues esto supondría que una mujer “se compromete a entregar su hijo biológico a cambio de una suma de dinero, la cual si está prohibida en nuestro ordenamiento por constituir trata de seres humanos.”

174. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia se pronunció en casación sobre un caso en el cual le entregaron a una mujer que deseaba ser madre un bebé recién nacido a cambio de siete millones de pesos exigidos como “honorarios” por la gestión de la supuesta adopción por parte de los intermediarios. Aunque el origen del bebé no era claro, en esta oportunidad, la Corte Suprema de Justicia concluyó que se configuró el delito de trata de personas, en el cual “la acción prohibida es la de instrumentalizar o cosificar a una persona como si fuera una mercancía.”

175. En conclusión, en países con vacíos normativos, el delito de trata de personas ha sido catalogado, tanto por esta Corporación como por la comunidad internacional, como un potencial riesgo derivado de la práctica de maternidad subrogada. Por lo cual, el Comité CEDAW ha recomendado aplicar una legislación de lucha contra la trata de personas amplia de tal forma que se pueda combatir la trata con fines de, entre otras cosas, “prácticas abusivas de gestación subrogada y venta de niños.”

176. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Sala concluye con preocupación que la falta de regulación gestación subrogada, puede generar y aumentar riesgos que afectan los derechos fundamentales de las mujeres y de los niños y niñas que nacen como resultado de la gestación subrogada, especialmente cuando no se encuentra debidamente delimitada en la legislación. En particular, la Sala Cuarta de Revisión encuentra que la gestación subrogada:

i. (i) Puede exponer a los niños y niñas a ser apátridas, a una incertidumbre sobre su filiación legal y a sufrir violaciones a sus derechos a la identidad y a conocer sus orígenes.

() Puede generar escenarios propicios para la explotación reproductiva e instrumentalización del cuerpo de la mujer, especialmente cuando las mujeres que se involucran en acuerdos de gestación subrogada viven en condiciones de vulnerabilidad.

() Puede dar lugar al delito de trata de personas bajo una modalidad que en la práctica escapa a todo tipo de tipificación por cuanto no existe ningún tipo de control sobre “el producto de la gestación” del acuerdo. Esto es, el neonato.

() Análisis del caso concreto

177. La Sala Cuarta de Revisión resolverá en orden ambos problemas jurídicos. En primer lugar, comenzará por analizar si el Ministerio de Relaciones Exteriores, por conducto del Consulado de Colombia en Orlando, Florida, le vulneró los derechos fundamentales a la nacionalidad, a la igualdad y al interés superior de la niña EZ, hija del accionante y quien nació como resultado de un proceso de gestación subrogada, al negarle la expedición del pasaporte con su nuevo nombre. En segundo lugar, resolverá si las entidades del orden nacional cumplen con las obligaciones impuestas en virtud del artículo 44 de la Constitución y derivadas del derecho internacional de los derechos humanos para proteger a los niños, niñas y adolescentes que nacen como resultado de la gestación subrogada.

178. En primer lugar, la Sala encuentra que el Ministerio de Relaciones Exteriores no desconoció el principio del interés superior de la niña EZ ni vulneró los derechos fundamentales a la nacionalidad, a la igualdad y al nombre de la niña, al negarle la expedición de su nuevo pasaporte.

El Ministerio de Relaciones Exteriores no desconoció el principio del interés superior de la niña EZ

179. Como fue desarrollado anteriormente, la comunidad internacional ha identificado los riesgos de que los niños y niñas que nacen como resultado de la gestación subrogada se vean expuestos a sufrir múltiples violaciones a sus derechos humanos. Entre ellos, el riesgo de que los niños nacidos en virtud de un AIS no sean reconocidos como nacionales de algún

Estado, y por consiguiente, se vean inmersos en una condición de apatridia. El término “apátrida” se refiere “a toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación”. Así, la Sala Cuarta de Revisión analizará si, en el momento en que se negó la expedición del nuevo pasaporte a la niña EZ, se configuró un riesgo de apatridia que haya vulnerado su interés superior.

180. Según consta en su registro civil, la niña EZ nació el X de Y de 2020 y fue registrada, por primera vez, el Z de X de 2020. Atendiendo a que en este registro se consignó a la señora BGO —gestante subrogada y nacional colombiana— como la madre de la niña, se le otorgó a esta última la nacionalidad colombiana. En consecuencia, el 7 de octubre de 2020, el Ministerio de Relaciones Exteriores le expidió un pasaporte colombiano a la niña EZ.

181. Ahora bien, según se registra en el pasaporte de la niña, el 4 de noviembre de 2020 salió del territorio colombiano con su padre, el señor MRZ. Así, fue luego de la salida del territorio colombiano que se impugnó la maternidad (demanda admitida el 05 de febrero de 2021) y que se emitió sentencia favorable, el 20 de mayo de 2021, en la cual el Juzgado Décimo de Familia de Bogotá decidió declarar que la señora BGO no era la madre de la niña y se ofició a la Notaría y/o a la Registraduría Nacional del Estado Civil a que realizara las anotaciones correspondientes en el registro civil. En atención a esto, el 22 de junio de 2021, la Notaría X de Bogotá expidió un nuevo registro civil de nacimiento en el cual se modificó el nombre de la niña eliminando el apellido de la gestante subrogada y respecto a la madre se indicó “sin información”.

182. En razón al cambio de nombre, el 3 de diciembre de 2022, MRZ solicitó ante el Consulado de Colombia en Orlando, Florida, la expedición de un pasaporte con el nuevo nombre de su hija. No obstante, según el accionante esta solicitud le fue negada de manera verbal afirmando que la niña no era colombiana por haber nacido mediante un proceso de gestación subrogada.

183. En este sentido, aunque pudo existir un riesgo de apatridia de la niña desde el momento en que se modificó su registro civil, y por consiguiente, se le privó de la nacionalidad colombiana, hasta que se le concede su nacionalidad estadounidense, la Sala advierte que dicho riesgo no se configuró. Pues bien, para la Sala es posible presumir que el padre la registró como nacional estadounidense después del 4 de noviembre de 2020 —fecha en la

que salieron del país— y antes del 22 de junio de 2021 —cuando se expidió el nuevo registro civil de nacimiento—. En cualquier caso, si bien la determinación de la condición de apátrida está en cabeza del Ministerio de Relaciones Exteriores, el riesgo de apatridia que se pudo haber materializado no es atribuible a la entidad accionada, sino al hecho jurídico de la impugnación de la maternidad y de la modificación del registro civil de la niña, en los cuales la entidad accionada no tuvo injerencia.

184. Por lo anterior, la Sala Cuarta de Revisión concluye que el Ministerio de Relaciones Exteriores no desconoció el principio del interés superior de la niña EZ al negar la expedición de un nuevo pasaporte colombiano. Sin embargo, como se explicará más adelante, la Sala advierte que la situación de los demás niños y niñas que nacen como resultado de los procesos de gestación subrogada puede no ser la misma, en tanto pueden arribar a países donde esta práctica está prohibida y queden en una situación de apatridia y desprotección, lo que hace necesario que se le dé prelación al interés superior de los niños y niñas que nacen a través de la gestación subrogada.

El Ministerio de Relaciones Exteriores no le vulneró los derechos fundamentales a la nacionalidad, a la igualdad y al nombre de la niña EZ al negarle la expedición de un nuevo pasaporte

185. La Sala Cuarta de Revisión concluye que el Ministerio de Relaciones Exteriores tampoco le vulneró los derechos fundamentales a la nacionalidad, a la igualdad y al nombre a EZ, hija del accionante. Esto es, por el hecho concreto de que la niña ya cuenta con otra nacionalidad y según la entidad accionada, conforme a la normativa actual, la niña no tiene derecho a la nacionalidad colombiana.

La niña EZ es nacional estadounidense, por lo que puede gozar efectivamente de sus derechos fundamentales a la nacionalidad y al nombre

186. Sobre el derecho fundamental a la nacionalidad. Con fundamento en el material probatorio obrante en el expediente, la Sala pudo constatar que la niña EZ es nacional estadounidense. Tal como lo informó el accionante el 27 de julio de 2023 en su respuesta al Auto de pruebas, la niña es estadounidense. A su turno, en la comunicación que remitió el día anterior —por medio de la cual desistió del proceso de tutela ya seleccionado para revisión por parte de esta Corporación— afirmó que los derechos fundamentales de su hija no fueron

vulnerados en tanto como ciudadana norteamericana goza de esas mismas prerrogativas. Por ello, no puede entonces endilgársele responsabilidad al Ministerio de Relaciones Exteriores por la vulneración de su derecho fundamental a la nacionalidad de EZ, cuando ella ya es titular de él, gracias a que el padre es nacional de Estados Unidos, lo que le confiere a ella el mismo derecho, razonamiento que realizó cuando quiso desistir del amparo constitucional.

187. Como se dispuso anteriormente, el derecho fundamental a la nacionalidad es el “vínculo legal que une a un Estado con un individuo” con independencia de cuál sea ese Estado. Dicho en otras palabras, para que se garantice el derecho fundamental a la nacionalidad, el Estado colombiano no debe, necesariamente, proveer la nacionalidad colombiana, sino que basta con que el individuo ostente cualquier otra nacionalidad que provea cualquier otro Estado. En parte, porque la desprotección derivada de una presunta transgresión del derecho fundamental a la nacionalidad se deriva no por el supuesto de no tener la nacionalidad colombiana, sino del hecho de que el individuo carezca de nacionalidad alguna, en cuyo caso, entraría en el escenario de la protección por su condición de apatridia. Y como lo expuso previamente la entidad accionada, al consultarle al Grupo Interno de Trabajo de Nacionalidad de la Dirección de Asuntos Jurídicos Internacionales, tampoco se encontró solicitud al respecto.

188. Sobre el derecho fundamental al nombre. Esta Corporación tampoco encuentra vulneración alguna al derecho fundamental al nombre de EZ por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores. La jurisprudencia constitucional ha sostenido que el nombre es un atributo de la personalidad que distingue a cada individuo, un derecho inherente a todas las personas y una garantía con dimensiones constitucionales, pues a través de él se goza de otras prerrogativas como la filiación, el parentesco y la nacionalidad. Al respecto, la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños de las Naciones Unidas señaló que los derechos de los niños a registrar su nacimiento, a tener un nombre, una nacionalidad y a tener una familia no debe verse mermada por su método de nacimiento, incluyendo la gestación subrogada.

189. Así, la Sala de Revisión considera que la entidad accionada no le vulneró el derecho fundamental al nombre a la hija del accionante. De una parte, porque no se avizora impedimento alguno para que la niña EZ pueda hacer uso de su nombre en Colombia, el cual

se encuentra debidamente consignado en su registro civil de nacimiento. Tan es así, que el Juzgado Décimo de Familia de Bogotá acogió las pretensiones del accionante de cambiarle el nombre a la niña y de consignarlo en un nuevo registro civil de nacimiento. De otra parte, porque aquel también goza de protección por parte del Gobierno de los Estados Unidos, quien le otorgó la nacionalidad, para que con él pudiese hacer uso de los atributos propios de su personalidad en ese país.

El Ministerio de Relaciones Exteriores no le vulneró el derecho fundamental a la igualdad a la niña, pues la negativa en la expedición del pasaporte se fundamentó en argumentos constitucionales y legales y no discriminatorios.

190. La Sala Cuarta de Revisión reitera que la negativa del Ministerio en expedir el pasaporte de la niña EZ se basó en que aquella no cumplía con las dos condiciones establecidas en el artículo 96 Superior y en el artículo 1 de la Ley 43 de 1993. Ninguna de estas condiciones hace referencia al método utilizado para procrear o a si se utilizó o no un TRHA, pues refieren únicamente los criterios de *ius soli*, *ius sangini* y *ius domicili*, los cuales se refieren a que los padres hayan nacido en Colombia, que alguno de ellos sea natural colombiano o que siendo los padres extranjeros, alguno de ellos estuviese domiciliado en el país al momento del nacimiento.

191. Al respecto, el accionante sostuvo que el Ministerio se está “inventando formas en las que se puede perder la nacionalidad” que no están contempladas en la Ley 49 de 1993. Pues, a su juicio, cuando un niño nace fruto de un vientre subrogado adquiere la nacionalidad de su madre subrogada y la única forma de perderla es renunciando a ella, por lo que afirmar que los nacidos de una madre subrogada colombiana no son nacionales colombianos constituye una discriminación. A su turno, señaló que el Consulado de Colombia en Orlando, cuando le negó la expedición del pasaporte a su hija, afirmó de manera verbal que la niña no era colombiana por haber nacido mediante un proceso de gestación subrogada.

192. En el caso sub judice, la Sala concluye que el Consulado no le vulneró el derecho a la igualdad a la niña EZ, pues la negativa de expedirle el pasaporte a la niña se fundamentó en lo que la Constitución y la ley establecen, por lo que no incurrió en ningún tratamiento diferenciado injustificado al momento de negar la expedición de su pasaporte. Si bien el señor MRZ argumentó que la respuesta dada por la Misión Diplomática se fundamentó en un

criterio discriminatorio consistente en que los niños nacidos como resultado de la gestación subrogada no tienen derecho a la nacionalidad colombiana, éste no adjunto prueba de ello, en parte porque ésta se dio verbalmente. Ahora, con independencia de lo anterior, durante el trámite de tutela, la entidad accionada confirmó por escrito que efectivamente había negado la solicitud de expedición del pasaporte, no con base en la razón referida por el accionante, sino con fundamento en las condiciones que establece la Constitución y la ley para adquirir la nacionalidad colombiana por nacimiento, lo que la Sala encuentra razonable.

193. En conclusión, en el caso sub judice, la actuación de la entidad accionada no conllevó la vulneración de los derechos fundamentales a la nacionalidad, a la igualdad y al nombre de la niña EZ, por el hecho concreto de que ella ya cuenta con otra nacionalidad y que según la entidad accionada, conforme a la normativa actual, la niña no tiene derecho a la nacionalidad colombiana, ni desconoció el interés superior de la niña, porque no se evidenció un riesgo de apatridia. Ello, a juicio de esta Sala, es suficiente para no amparar, y en consecuencia, confirmar la sentencia del 20 de enero de 2023 proferida por el Juzgado 24 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá.

194. Indistintamente de lo anterior, persiste la preocupación de la Sala de qué pasa con los demás niños que se encuentran en situaciones similares a las de la hija del accionante, pero que al no tener otra nacionalidad, al salir del país quedan en una situación de apatridia y de total desprotección. Máxime, cuando persiste el vacío regulatorio que le impide a las entidades del orden nacional que tienen alguna responsabilidad, directa o indirecta, en estos casos, actuar de conformidad. Sin embargo, a pesar de esta incertidumbre jurídica, la realidad es que conforme lo dicta la Constitución y los instrumentos que integran el bloque de constitucionalidad, el Estado —y por consiguiente las autoridades públicas— tienen la obligación de velar por el desarrollo armónico e integral de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, incluyendo a los que nacen por medio de procesos de gestación subrogada.

195. En consecuencia, procederá esta Sala —en uso de sus facultades ultra y extra petita— a pronunciarse sobre esta problemática en general y a hacerle un llamado a las entidades que tienen alguna incidencia en estos casos, para que actúen en consonancia con las obligaciones que les impone la Constitución y los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, en pro de los niños y niñas que nacen como resultado de este

mecanismo de reproducción humana asistida.

El Congreso de la República, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia y la Registraduría Nacional del Estado Civil —entre las demás entidades competentes— tienen el deber de cumplir con su obligación de corresponsabilidad y con las obligaciones internacionales en materia de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes que nacen producto de la gestación subrogada

196. Esta Corporación, después de analizar el caso sub examine, así como la situación de los niños, niñas y adolescentes que nacen como resultado de procesos de gestación subrogada transnacional en general, ha constatado varias situaciones constitucionalmente problemáticas que ameritan el pronunciamiento del juez constitucional. Y con él, un llamado a las entidades del orden nacional entre las que se encuentran el Congreso de la República, el ICBF y la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, para que actúen de cara a sus obligaciones constitucionales e internacionales y mitiguen —en lo posible— estas situaciones.

197. Conforme lo dicta el artículo 44 de la Constitución, “[l]a familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.” A su turno, conforme lo establece la Convención sobre los Derechos de los Niños, los Estados parte tienen la obligación de adoptar medidas contra el tráfico ilícito de niños al extranjero y aquellas de índole legislativa, administrativa, social o educativa para proteger a los niños de cualquier tipo de abuso. Entre ellas, se pueden incluir programas sociales que le brinden asistencia al niño a quienes cuidan de él, así como mecanismos de prevención, identificación, investigación, tratamiento y seguimiento a estos casos.

198. Ahora, las situaciones constitucionalmente problemáticas que llaman la atención de esta Sala son las siguientes. De un lado, la utilización de instituciones y/o procesos jurídicos que no son propios de los métodos de gestación subrogada, como lo es el proceso de impugnación de la maternidad y la consecuente modificación en el registro civil de nacimiento, la cual puede conllevar a un riesgo de apatridia de los niños y niñas que salen del país o de tráfico y/o explotación sexual, pues se suprimen datos personales de sus

documentos de identificación, lo que los sitúa en una condición de extrema vulnerabilidad, pues entorpece el vínculo que tiene el niño con el Estado, y con él, su posibilidad de protegerlo. Al respecto, como se dispuso anteriormente, esta Sala considera que los documentos de identidad no deberían alterarse por completo, al menos, para que el Estado pueda proteger la seguridad jurídica del niño y efectúe el debido control sobre su nacionalidad, filiación, nombre y, en general, refuerce el control migratorio correspondiente. A su vez, preservar la información sobre la identidad de estos niños y niñas resulta relevante para garantizar su derecho a la identidad y a conocer sus orígenes.

199. De otro lado, como se expuso previamente, existe un vacío jurídico en materia de gestación subrogada en Colombia, lo que impacta en el que hacer de las autoridades involucradas, sobre todo, cuando se enfrentan a tener que determinar con certeza cuándo la extracción internacional de los niños es regular o irregular. Por ello, se estima necesario propender por una intervención integral que le permita a las instituciones, conforme lo dicta la normativa actual, estar al tanto de cómo operan estos procedimientos, y sobre todo, cuándo hay lugar al traslado transnacional de niños. Al respecto, el ICBF señaló en su intervención que no existe un marco legal que defina reglas claras, que resulta problemático que la mayoría de los padres biológicos sean extranjeros —lo que impide resolver la situación jurídica del niño— y que la adopción no resuelve íntegramente el asunto. Ello reitera aún más la importancia de que el Estado verifique las circunstancias particulares de los niños, niñas y adolescentes que viven en Colombia, sean colombianos o extranjeros.

200. Por último, le preocupa a esta Sala la falta de información estadística de cuántos procesos de gestación subrogada que se llevan a cabo en el país, la calidad de sus intervinientes y sobre todo, la situación actual de los niños concebidos. En sede de revisión, se constató que en el 2020 se recibieron 16 solicitudes de extranjeros que buscaban recoger un bebé recién nacido en virtud de acuerdos de gestación subrogada, que en el 2019 se realizaron alrededor de 830 procesos de gestación subrogada, de los cuales el 74% fueron promovidos por nacionales y el 26% por extranjeros. Por lo demás, se adujo que no se tenían datos certeros que permitieran dar cumplimiento a las obligaciones internacionales. En este entendido, la Sala comparte esta preocupación, pues sin información certera y confiable, cualquier medida que se adelante de parte del Estado, es incierta.

201. Atendiendo a estas situaciones constitucionalmente problemáticas, esta Sala procede a

hacerle un llamado a las autoridades implicadas, en particular al Congreso de la República, al ICBF y a Migración Colombia, con el propósito de que sean ellas quienes adopten las medidas de contención necesarias de cara a dar cumplimiento a las obligaciones constitucionales y aquellas derivadas del derecho internacional de derechos humanos.

El Congreso de la República tiene la obligación de regular los procesos de gestación subrogada en Colombia

202. La Sala Cuarta de Revisión, en ejercicio de sus competencias constitucionales, le recuerda al Congreso de la República la necesidad de legislar la figura de gestación subrogada en Colombia, y en particular, incluir: (i) la forma en que se regulará la gestación subrogada, ya sea para prohibirla, permitirla libremente o limitarla a circunstancias específicas y (ii) la importancia de darle prelación al interés superior del niño y la garantía de los derechos de la niñez. Por último, se invita al legislativo a considerar otros elementos, entre ellos, (iii) el enfoque de género y la protección de los derechos de las mujeres gestantes.

203. En su jurisprudencia, la Corte Constitucional ha advertido la falta de regulación en cuanto a la gestación subrogada y otras TRHA y, en consecuencia, la imperiosa necesidad de que el Congreso cumpla con su obligación de legislar sobre la materia. Esto, en tanto estas técnicas de reproducción humana plantean una serie de cuestiones legales, éticas y sociales que requieren de un amplio debate en el legislativo. No obstante, pese a lo dictado por esta Corte y a los intentos por regular lo concerniente a la gestación subrogada en Colombia, los cuales han respondido —en cierta medida— a los lineamientos dictados por esta Corporación en la Sentencia T-968 de 2009, estos fueron archivados. Por lo cual, subsiste la preocupación de esta Corte por la inseguridad jurídica que existe en torno al tema, al igual que los riesgos en materia de derechos humanos previamente referidos, y la cual solamente se suple mediante la expedición de una regulación integral, asunto que escapa de la órbita del juez constitucional.

204. Ciertamente, el análisis del caso sub examine también le permitió a esta Sala advertir los riesgos que se derivan de que aprovechando el vacío legal existente, se emplee la figura de la gestación subrogada como un mecanismo para hacer el tránsito hacia el extranjero de niños concebidos y nacidos en territorio colombiano sin ningún tipo de control o seguimiento.

Al respecto, esta Sala de Revisión llama la atención de que si bien la niña obtuvo, en el momento de su nacimiento, un registro civil de nacimiento que le otorgó derecho a la nacionalidad colombiana, se hizo aprovechándose de un vacío normativo e incluso empleando una información errónea, pues, en el primer registro se manifestó como cierto que la madre biológica era BGO para contar con su anuencia y lograr ulteriormente transportar a la infante fuera del territorio colombiano. Y una vez en territorio extranjero, a sabiendas de quien dio la autorización de salida del país no era la madre biológica, se procedió a impugnar su maternidad. Situaciones constitucionalmente problemáticas que, a todas luces, pueden evitarse con la expedición de la debida reglamentación y el empleo de los controles adecuados.

205. Además, durante el trámite de la presente acción de tutela, se observó que diversos intervinientes como el Ministerio de Justicia y del Derecho, el ICBF, el Centro de Estudios de Genética y Derecho de la Universidad Externado y el Grupo de Acciones Públicas junto con la Clínica Jurídica contra la Violencia Intrafamiliar y de Género del Consultorio Jurídico de la Universidad del Rosario, también observaron la necesidad de regular la gestación subrogada en Colombia. Lo anterior, por medio de un marco jurídico garantista de los derechos humanos de las partes involucradas en estos acuerdos, especialmente de los niños y niñas que nacen concebidos mediante estos procedimientos.

206. En primer lugar, se le sugiere al Congreso de la República definir la forma en que regulará la gestación subrogada, ya sea para prohibirla, permitirla libremente o limitarla a circunstancias específicas. La primera cuestión que sugiere la Sala se relaciona con el enfoque que deberá tener la regulación. Como fue desarrollado anteriormente, en el derecho comparado se pueden evidenciar tres enfoques de regulación: la prohibición absoluta, la regulación altruista y la regulación comercial o libre.

207. En oportunidades anteriores, la Corte Constitucional ya ha indicado que, dentro de las condiciones para regular esta THRA, se requería que el móvil de la mujer gestante debía ser altruista —ayudar a otras personas— más no un fin lucrativo. Además, este enfoque fue acogido en los últimos dos proyectos de ley presentados en el Congreso y, aunque las posturas frente a la gestación subrogada son diversas, algunos intervinientes en el presente caso coincidieron en que la regulación debía tener un carácter altruista y proscribir visiones comercialistas.

208. En segundo lugar, la legislación debe propender por la garantía de los derechos de los niños y las niñas que nacen a través de la gestación subrogada y considerar su interés superior. En reiterada jurisprudencia, la Corte Constitucional ha reconocido que el interés superior del niño debe guiar las actuaciones de los particulares y los funcionarios públicos en las que se involucren niños y niñas. Este mandato se deriva de disposiciones constitucionales, legales y del bloque de constitucionalidad. Así, la prevalencia de los derechos de la niñez debe irradiar en la “expedición, interpretación y aplicación de todas las normas de justicia imputable a los menores” y orientar “la promoción de políticas y la realización de acciones concretas dirigidas al logro de su bienestar.” Sobre todo, de parte de las entidades del orden nacional.

209. Ahora bien, como fue desarrollado anteriormente, los acuerdos de gestación subrogada pueden suponer un riesgo para los derechos fundamentales de niños y niñas, sobre todo, cuando aquella es efectuada de forma transnacional. Por ello, en el supuesto de que el legislador admita esta práctica, resulta conveniente que incluya disposiciones orientadas a materializar el interés superior de los niños en estas situaciones concretas y velar porque la gestación subrogada no sea vista como un medio que los ponga en cualquier riesgo de desprotección. En línea con lo anterior, se señalan tres elementos concretos que pueden contribuir a materializar el interés superior de la niñez.

210. Primero, se debe reconocer expresamente que los niños y las niñas que nacen por medio de la gestación subrogada tienen los mismos derechos que todos los niños y que estos deben ser respetados y garantizados sin discriminación en razón a su forma de nacimiento.

211. Segundo, es necesario prevenir la vulneración de los derechos de niños y niñas a la nacionalidad, así como los riesgos de apatridia y la incertidumbre frente a la filiación legal. Para esto, en armonía con lo señalado por el TEDH y UNICEF, se deben incluir disposiciones normativas dirigidas a: (i) reconocer la relación jurídica paternofilial entre el niño o la niña y sus padres intencionales, esto es, quienes tienen la voluntad de emprender un proyecto parental y (ii) regular la nacionalidad de los niños y niñas concebidos mediante la gestación subrogada, especialmente cuando los padres intencionales son extranjeros, lo que puede incluir otorgarle la nacionalidad colombiana de la donante de óvulos, en caso de que ella sea colombiana y se evidencie un riesgo de apatridia.

212. Tercero, la protección de los derechos fundamentales de niños y niñas que nacen a través de acuerdos de gestación subrogada debe verse reforzada, a través de: (i) la incorporación de prohibiciones dirigidas a evitar que la gestación subrogada se convierta en un vehículo para la trata de personas, la venta de niños y, a su vez, la incorporación de salvaguardias para su prevención; (ii) la creación de un sistema de seguimiento, vigilancia y control de la garantía de los derechos de la niñez en los procesos de gestación subrogada a cargo del ICBF y (iii) la creación de protocolos de control migratorio para que, en caso de permitirse la gestación subrogada transnacional, se controle de manera estricta la salida del territorio nacional de los niños y niñas que nacen mediante esta TRHA. En cualquier escenario, la creación y aplicación de estas medidas deberá guiarse por el principio de colaboración armónica.

213. En tercer y último lugar, la legislación podría incluir un enfoque de género y protección de los derechos humanos de las mujeres gestantes. Esta Sala reconoce el impacto diferenciado que tienen las TRHA en las mujeres y por consiguiente, considera que la legislación podría: (i) reconocer la autonomía de las mujeres y su libertad de decidir si participan o no en este tipo de acuerdos, lo que demanda un consentimiento previo, libre e informado; (ii) evitar que se configuren escenarios de explotación reproductiva y proteger a las mujeres en condiciones de vulnerabilidad (pobreza, baja escolaridad y falta de oportunidades), exigiendo que los centros de reproducción humana asistida se encuentren acreditados, cumplan con altos estándares de calidad y que existan mecanismos de vigilancia y de unificación de información y (iii) incluir una asesoría y acompañamiento a las mujeres gestantes, así como capacitaciones a los funcionarios de los centros de reproducción humana asistida estén capacitados en materia de los derechos humanos de las mujeres.

214. La Sala constata que so pena de que exista un vacío normativo en materia de gestación subrogada en Colombia, las entidades como el ICBF, la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia y la Registraduría Nacional del Estado Civil — y las demás que tengan competencia en la materia— tienen la obligación constitucional e internacional de proteger los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, lo que incluye aquellos que nacen por medio de procesos de gestación subrogada. De hecho, así lo reconoció una de ellas en sede de revisión, pues constató que como consecuencia de la ausencia de regulación, no ha sido posible atender las problemáticas derivadas de la salida de los niños

concebidos mediante estos métodos de reproducción asistida. Por ello, procede la Sala a hacerle un llamado a las mencionadas entidades para que conforme lo dicta la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos, actúen armónicamente en el marco de la normativa actual y en el ámbito de sus competencias, y así, pongan en práctica un mecanismo de control más exigente y exhaustivo que atienda a los riesgos mencionados previamente, por lo menos, mientras el Congreso de la República expide la regulación correspondiente.

215. Así las cosas, por medio de una colaboración armónica y una integración institucional, la Sala insta al ICBF, a Migración Colombia y a la Registraduría Nacional del Estado Civil —y a las demás entidades que tengan competencia en la materia— para que, en lo posible, procedan a: (i) crear un sistema de información estadística que integre los datos de los procesos de gestación subrogada que se llevan a cabo en el país, las partes contratantes, entre otros elementos que se consideren relevantes; (ii) estructurar un sistema de seguimiento de los niños concebidos mediante gestación subrogada que salen del país; (iii) realizar un control estricto y exhaustivo que evite que los niños queden desprotegidos y/o en una posible condición de apatridia y (iv) diseñar capacitaciones en materia de los posibles riesgos que puede acarrear la gestación subrogada para los funcionarios estatales y los centros de reproducción humana asistida que operan en Colombia.

216. Por último, la Sala estima conveniente recordarle a los jueces de la república, en particular al Juzgado Décimo de Familia de Bogotá, que la utilización de instituciones jurídicas que no son propias de la gestación subrogada —como lo es el proceso de impugnación de la maternidad y la modificación en el registro civil de nacimiento— puede conllevar a un riesgo de apatridia, de tráfico y/o explotación sexual de los niños, pues al suprimir sus datos de identificación personales, se entorpece el vínculo que tienen con el Estado, y por consiguiente, la posibilidad de éste de protegerlos. En consecuencia, la Sala le sugiere a las entidades referidas que —mientras se expide la regulación correspondiente— se abstengan de alterar los documentos de identidad de los niños, niñas y adolescentes a los que se refiere esta decisión, con el propósito de que el Estado pueda protegerlos y efectúe el debido control sobre su nacionalidad, filiación, nombre y, en general, refuerce el control migratorio requerido.

Conclusiones

217. La Sala Cuarta de Revisión, en primer lugar, concluye que el Ministerio de Relaciones Exteriores, por conducto del Consulado de Colombia en Orlando no desconoció el interés superior de la niña EZ, hija del accionante. Esto, debido a que no se configuró un riesgo de apatridia para la niña y, en todo caso, dicho riesgo no se pudo derivar de una actuación de la entidad accionada. En segundo lugar, frente al derecho fundamental a la nacionalidad, al nombre y a la igualdad, la Sala no encontró vulneración alguna por parte de la entidad accionada, por el hecho concreto de que la niña ya cuenta con otra nacionalidad y que según la entidad accionada, conforme a la normativa actual, la niña no tiene derecho a la nacionalidad colombiana.

218. Por lo anterior, procederá a confirmar la sentencia del 20 de enero de 2023 proferida por el Juzgado 24 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá D.C., la cual negó el amparo solicitado por el accionante.

219. Por último, pese a que reconoce y valora positivamente los esfuerzos adelantados para legislar sobre la gestación subrogada, observa que las iniciativas presentadas han resultado en archivo y por ello, el vacío legislativo en materia de esta TRHA persiste, situación que tiene implicaciones en la garantía de los derechos humanos de niños, niñas y mujeres gestantes involucrados en el proceso. Atendiendo a lo anterior, la Sala reiterará el exhorto al Gobierno nacional relativo a la presentación de un proyecto de ley que regule la gestación subrogada y, a su vez, al Congreso de la República para que, en ejercicio de su potestad legislativa, tenga en cuenta (i) su deber de definir la forma en que regulará la gestación subrogada, ya sea para prohibirla, permitirla libremente o limitarla a circunstancias específicas: (ii) el interés superior del niño y la garantía de los derechos de la niñez y (iii) el enfoque de género y la protección de los derechos de las mujeres gestantes. Finalmente, le hará un llamado al ICBF, a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia y a la Registraduría Nacional —así como a las demás entidades que tengan competencia en la materia— para que conforme lo dicta la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos, actúen armónicamente en el marco de la normativa actual y del ámbito de sus competencias, y adopten —como mínimo— las medidas descritas en la parte motiva de esta sentencia.

Remedio constitucional

220. Advertida la situación de la práctica de la gestación subrogada en Colombia, esta Sala constata la necesidad de que el Congreso de la República, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, expida la regulación correspondiente. Ello, en lo posible, atendiendo a los lineamientos decantados en la Sentencia T-275 de 2022 y en esta providencia. Para lo cual, se le ordenará al Gobierno nacional —en particular al Ministerio de Justicia y del Derecho— para que, en la próxima legislatura, presente un proyecto de ley orientado a regular esta práctica en Colombia y a mitigar la ocurrencia de los riesgos que fueron previamente identificados en la parte motiva de la presente sentencia.

221. Sin perjuicio de lo anterior, y con el propósito de evitar que los impactos del vacío legislativo que existe en la materia se prolonguen en el tiempo y afecten negativamente el desarrollo armónico de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes que nacen como resultado de la gestación subrogada en el país, esta Sala instará al ICBF, a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia y a la Registraduría Nacional del Estado Civil para que en ejercicio de una integración institucional armónica entre ellas y con las demás entidades que se estimen competentes, procedan en un término de seis meses, a adoptar como mínimo, las medidas referidas en la parte motiva de esta sentencia.

E. Síntesis de la decisión

222. En sede de revisión, correspondió a la Sala Cuarta de Revisión conocer de la acción de tutela interpuesta por MRZ en representación de su hija EZ, quien nació como resultado de un procedimiento de gestación subrogada, en contra del Ministerio de Relaciones Exteriores – Consulado de Colombia en Orlando, Florida, con el propósito de obtener el amparo de sus derechos fundamentales al nombre, la nacionalidad, la igualdad y el interés superior del niño, en razón de la negativa de la entidad de expedirle un nuevo pasaporte a la niña en el que constara que es nacional colombiana.

223. Por medio de Auto del 10 de julio de 2023, el magistrado sustanciador consideró pertinente recaudar algunas pruebas con el propósito de profundizar en los antecedentes fácticos y las problemáticas constitucionales que se derivan del caso. En concreto, solicitó información sobre las particularidades del proceso de gestación subrogada, así como de las personas que intervienen, sobre posibles alertas en materia de trata de personas y tráfico de niños, información sobre el control migratorio y los documentos de la salida de los niños que

nacen como resultado de estos procesos de reproducción asistida, así como la protección y garantía de sus derechos fundamentales, alternativas para regular la gestación subrogada en Colombia, información estadística relevante, entre otras cuestiones.

225. Para resolver el problema jurídico de fondo del asunto, la Sala: (i) refirió la jurisprudencia en materia del interés superior de los niños, niñas y adolescentes; (ii) reiteró la jurisprudencia sobre el derecho fundamental al nombre y la nacionalidad de los niños y niñas; (iii) se pronunció sobre el derecho a la igualdad y no discriminación de los niños y niñas nacidos mediante procesos de gestación subrogada; (iv) estudió los avances normativos de la gestación subrogada en Colombia; (v) hizo un análisis de derecho comparado en la materia; (vi) hizo referencia a los pronunciamientos de tribunales internacionales de derechos humanos en materia de gestación subrogada; (vii) se pronunció sobre la protección del que está por nacer mediante estos procesos de reproducción asistida; (viii) desarrolló los posibles riesgos de la gestación subrogada y su impacto en materia de derechos humanos y finalmente (ix) resolvió el caso concreto.

226. La Sala Cuarta de Revisión resolvió dos problemas jurídicos. En primer lugar, analizó si el Ministerio de Relaciones Exteriores, por conducto del Consulado de Colombia en Orlando, Florida, le vulneró los derechos fundamentales a la nacionalidad, a la igualdad y al interés superior de la niña EZ, hija del accionante y quien nació como resultado de un proceso de gestación subrogada, al negarle la expedición del pasaporte con su nuevo nombre. Sobre el particular, concluyó que la entidad accionada: (i) no desconoció el interés superior de la niña EZ, al negar la expedición de un nuevo pasaporte porque no se configuró un riesgo de apatridia para la niña y (ii) no vulneró los derechos fundamentales a la nacionalidad, a la igualdad y al nombre de la niña, por el hecho concreto de que la niña ya cuenta con otra nacionalidad y que según la entidad accionada, conforme a la normativa actual, la niña no tiene derecho a la nacionalidad colombiana.

227. En segundo lugar, en ejercicio de sus facultades ultra y extra petita, se preguntó si frente a la práctica general de la gestación subrogada en Colombia, el Congreso de la República, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia y la Registraduría Nacional del Estado Civil —entre las demás que se consideren competentes— cumplen con sus obligaciones impuestas en virtud del artículo 44 de la Constitución y del derecho internacional de los derechos humanos para

proteger a los niños, niñas y adolescentes. Ante lo cual, consideró pertinente hacerles un llamado para que dieran cumplimiento a los mencionados deberes a partir de la realización —cómo mínimo— de las medidas listadas en la parte motiva de esta sentencia.

228. Por lo anterior, procedió a confirmar la sentencia del 20 de enero de 2023 proferida por el Juzgado 24 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá D.C., la cual negó el amparo solicitado por el accionante.

229. Aunado a lo anterior, en ejercicio de sus competencias constitucionales, la Sala Cuarta de Revisión reiteró la importancia y necesidad de regular la gestación subrogada en Colombia. Por lo cual, reiteró el exhorto al Gobierno nacional para que presente nuevamente un proyecto de ley que regule la gestación subrogada y, a su vez, reiteró que le corresponde al Congreso de la República tener en cuenta: (i) su deber de definir la forma en que regulará la gestación subrogada, ya sea para prohibirla, permitirla libremente o limitarla a circunstancias específicas; (ii) el interés superior del niño y la garantía prevalente de los derechos de la niñez y (iii) el enfoque de género y la protección de los derechos de las mujeres. Finalmente, dispuso un remedio constitucional para evitar que los impactos del vacío legislativo que existe en la materia se prolonguen en el tiempo y afecten negativamente el desarrollo armónico de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes que nacen como resultado de la gestación subrogada en el país.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

PRIMERO.- De acuerdo con la parte motiva de la presente sentencia, CONFIRMAR la sentencia del 20 de enero de 2023 proferida por el Juzgado 24 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá D.C., la cual negó el amparo solicitado por el señor MRZ en representación de su hija EZ.

SEGUNDO.- EXHORTAR al Ministro de Justicia y del Derecho, para que, en la próxima legislatura, presente ante el Congreso de la República un proyecto de ley orientado a regular

la gestación subrogada en Colombia, y en especial, los efectos en el registro civil de los niños concebidos mediante este método y nacidos en territorio colombiano a fin de que no se registre como madre biológica a la mujer que presta su vientre, teniendo en cuenta los lineamientos desarrollados en la parte motiva de la presente sentencia.

TERCERO.- REITERAR EL EXHORTO al Congreso de la República efectuado por esta Corte en la Sentencia T-275 de 2022, para que, en ejercicio de su potestad de configuración legislativa, regule de manera integral el procedimiento de gestación subrogada en Colombia, y tenga en cuenta: (i) su deber de definir la forma en que regulará la gestación subrogada, ya sea para prohibirla, permitirla libremente o limitarla a circunstancias específicas; (ii) el interés superior del niño y la garantía de los derechos de la niñez y (iii) el enfoque de género y la protección de los derechos de las mujeres gestantes.

CUARTO.- INSTAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia y a la Registraduría Nacional del Estado Civil para que en ejercicio de una integración institucional armónica entre ellas y con las demás entidades que se estimen competentes, procedan en un término de seis meses, a adoptar como mínimo las medidas referidas en la parte motiva de esta sentencia.

QUINTO.- Por Secretaría General de la Corte Constitucional, LÍBRESE las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

VLADIMIR FERNÁNDEZ ANDRADE

Magistrado

Aclaración de voto

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

Con salvamento de voto

ANDREA LILIANA ROMERO LOPEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

A LA SENTENCIA T-127/24

Referencia: expediente T-9.342.216

Con mi acostumbrado respeto por las decisiones de la mayoría, salvo mi voto por las siguientes razones. Considero que la Sala debió declarar improcedente la solicitud de tutela por falta de legitimación en la causa por activa, pues esta se presentó de manera irregular, suplantando la voluntad del accionante, padre de la niña titular de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados, como se pudo constatar en sede de revisión; de allí que la Sala ha debido compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación para que se investigaran los eventuales delito de falsedad en documento privado o suplantación de identidad que se infieren, al igual que para lo de su competencia a la Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Además, la mayoría de la Sala impartió directrices relacionadas con la eventual regulación de la gestación subrogada, que sólo le corresponde adoptar al Congreso de la República y a las autoridades competentes, y en contravía de la jurisprudencia reiterada y vigente de la Corte, sin que la mayoría cumpliera las cargas de transparencia y suficiencia para separarse de esta. A continuación, explico las razones de mi disenso.

1. La Sala debió declarar la improcedencia de la solicitud de tutela, por falta de legitimación en la causa por activa y compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación y a la Comisión Nacional de Disciplina Judicial. En sede de revisión, el supuesto tutelante, padre de la niña titular de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados, afirmó que no tenía conocimiento del contenido ni del trámite de la solicitud de tutela que se presentó a su nombre.

En sede de revisión, el presunto accionante expresamente indicó: “No tuve conocimiento del

contenido del trámite de la acción de tutela que se surtió ante el Juzgado 24 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, del contenido de la acción de tutela, ni de la sentencia proferida por ese Juzgado”. Esto, debido a que la persona a la que le otorgó “un poder amplio [...] para el trámite de otras acciones en Colombia” jamás se lo informó. Al respecto, agregó: “únicamente se me comunicó que adelantaban gestiones para la obtención de un pasaporte colombiano para mi hija, al cual según nos informó, tendría derecho”. Además, el padre de la niña solicitó “no continuar adelante con el trámite para revisión [de] la acción de tutela que reitero no solicité al abogado”, y advirtió que “[c]ualquier pronunciamiento en el trámite de esa acción iría en contra de la realidad, esto es que mi hija tiene plenamente garantizados sus derechos fundamentales y, por consiguiente, no se requiere la intervención de la Corte Constitucional para salvaguardar los mismos” (negritas por fuera del texto original).

Las afirmaciones del padre de la niña titular de los derechos presuntamente vulnerados permitían concluir que en el asunto examinado no existía legitimación en la causa por activa, pues, en realidad, la solicitud de tutela no fue presentada por él como representante legal de su hija. Por el contrario, su voluntad habría sido suplantada por el abogado al que le otorgó un “poder amplio” para tramitar otras acciones en Colombia, ya que se trata de un ciudadano estadounidense que no reside en el país.

Este hecho no solo impide la procedencia de la tutela por el incumplimiento del requisito de legitimación en la causa por activa, sino que reviste una gravedad mayúscula que la mayoría de la Sala, inexplicablemente, decidió pasar por alto, pues nada dijo al respecto. Simplemente, se limitó a afirmar que no era posible desistir de la solicitud de tutela en sede de revisión, lo cual, pese a ser acertado, desdibuja la gravedad de lo denunciado por el padre de la menor de edad.

El asunto es grave, pues el abogado que presentó la solicitud de tutela, a nombre y sin el consentimiento del supuesto actor, habría incurrido en faltas disciplinarias y delitos que la Sala debió poner en conocimiento de las autoridades competentes, para que adelantaran las indagaciones respectivas. Limitar el asunto a la imposibilidad de desistir de la tutela en sede de revisión es, además, errado, no solo porque lo que está en juego es la voluntad del padre de la menor de edad para solicitar la protección de los derechos fundamentales de su hija, sino también porque, en estricto sentido, no hay cabida a analizar el desistimiento de una acción que, en realidad, nunca fue ejercida.

Ahora bien, en lo estrictamente relacionado con la falta de legitimación en la causa por activa, vale la pena recordar lo siguiente. El artículo 86 de la Constitución dispone que toda persona puede invocar la protección de sus derechos fundamentales por sí misma o por quien actúe a su nombre. En el caso de los niños, las niñas y los adolescentes, la solicitud de tutela se puede presentar por medio de sus representantes legales, es decir, por sus padres o quienes ejerzan la potestad parental. Con todo, la legitimación de los representantes legales para presentar solicitudes de tutela a favor niños, niñas y adolescentes no impide que, de forma excepcional, otras personas agencien sus derechos, cuando los derechos fundamentales invocados y la gravedad de los hechos demuestren que el menor de edad está en riesgo de sufrir un perjuicio. En tales casos, le corresponde al juez de tutela determinar si estas condiciones están presentes. Si existe duda, esta debe resolverse otorgando eficacia al mandato de prevalencia del interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes.

En este caso, la solicitud de tutela fue supuestamente presentada por el padre de la niña titular de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados. En esa medida, en principio, se habría cumplido con el requisito de legitimación en la causa por activa. De hecho, así lo consideraron los jueces de instancia, quienes dieron trámite a la solicitud. Sin embargo, la legitimación por activa quedó absoluta y rotundamente desvirtuada en sede de revisión, pues el padre de la menor de edad aseguró que la solicitud de tutela se formuló sin su conocimiento, al parecer por un abogado al que le otorgó un “poder amplio” para el trámite de otras acciones. Estas afirmaciones no fueron desvirtuadas en el trámite de revisión de tutela ni tenidas en cuenta por la mayoría de la Sala.

Frente a lo anterior, es necesario hacer tres precisiones. Primero, la solicitud de tutela no fue presentada en virtud de poder alguno. En el escrito de tutela no se hace ninguna mención al respecto. Por el contrario, es el padre de la niña quien figura como accionante, en ejercicio de la representación legal de su hija. Esto, a pesar de que, según afirma, nunca dio su consentimiento para presentar dicha solicitud y no tenía conocimiento de ella; de hecho, la demanda de tutela no aparece firmada.

Segundo, de haberse presentado mediante poder, este debía ser especial, y no amplio. En efecto, en lo relacionado con el apoderamiento judicial en materia de tutela, esta Corte ha señalado, entre otras cosas, que (i) es un acto jurídico formal, que debe realizarse por

escrito; (ii) debe ser un poder especial, para adelantar el proceso de tutela y (iii) no se entiende conferido para instaurar procesos diferentes, aunque los hechos en que se fundamenten tengan origen en otro proceso. En este caso, el padre de la niña afirma que le otorgó un poder amplio a un abogado para que adelantara otras acciones en Colombia. De existir, ese poder no lo habilitaba para presentar la solicitud de tutela, pues, como lo ha señalado esta Corte, “la falta de poder especial para adelantar el proceso de tutela por parte de un apoderado judicial, aun cuando tenga poder específico o general en otros asuntos, no lo habilita para ejercer la acción constitucional a nombre de su mandante”. En todo caso, se insiste, en el asunto examinado la tutela no se presentó por intermedio de apoderado judicial, sino suplantando la voluntad del padre de la menor de edad titular de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados.

Tercero, lo expuesto por el padre de la niña en sede de revisión descarta que los derechos fundamentales de su hija estuvieran en grave riesgo de sufrir un perjuicio y que, por lo tanto, el juez constitucional debiera darle eficacia al mandato de prevalencia del interés superior de los menores de edad, en el entendido de que cualquier persona podría agenciar sus derechos. En efecto, según lo afirmó el supuesto accionante, su hija “tiene plenamente garantizados sus derechos fundamentales”. Esto se constata, además, con la decisión de la mayoría de confirmar la sentencia que negó el amparo de los derechos a la nacionalidad, el nombre, la igualdad y el interés superior de la niña, quien es nacional estadounidense y goza efectivamente de esas garantías.

2. La mayoría de la Sala impartió directrices que solo les compete definir y adoptar al Congreso de la República y a las autoridades competentes, además de ser contrarias a la jurisprudencia reiterada y vigente de la Corte en la materia, y que se plantearon sin cumplir las cargas de transparencia y suficiencia para separarse de esta. La mayoría de la Sala consideró necesario hacerles un llamado a las autoridades implicadas en la problemática que representa la falta de regulación de los procesos de gestación subrogada en Colombia, con el fin de que “sean ellas quienes adopten las medidas de contención necesarias de cara a dar cumplimiento a las obligaciones constitucionales y aquellas derivadas del derecho internacional de los derechos humanos”. Sin embargo, de manera contraria a esta declaración de intenciones, la mayoría terminó impartiendo directrices que solo les corresponde definir y adoptar a esas autoridades.

Comparto con la mayoría de la Sala la preocupación por la inseguridad jurídica que existe en torno a la gestación subrogada, derivada, precisamente, de su falta de regulación, lo cual ya había sido advertido por esta Corte en las sentencias T-968 de 2009 y T-275 de 2022, en las que, además, se fijaron subreglas jurisprudenciales en la materia, ante la carencia de legislación. En consecuencia, considero necesario, como se indica en la sentencia objeto de este salvamento de voto, que el Congreso regule la gestación subrogada.

Además, es necesario que esta regulación tenga en cuenta tanto el interés superior y la garantía de los derechos de la niñez como la protección de las mujeres gestantes. Sin embargo, la decisión de la mayoría incurre en las siguientes inconsistencias, que desvirtúan la supuesta intención de que sean las autoridades competentes, en particular el Congreso de la República, quienes definan los pormenores de esa regulación.

Primero, aunque la mayoría sostiene que es el Legislativo quien debe definir si prohíbe, permite o limita la gestación subrogada, parece tomar partido por una “regulación altruista”, pues es la única alternativa que le merece un comentario en particular, lo cual es contrario al estándar jurisprudencial derivado de las sentencias T-968 de 2009 y T-275 de 2022, sin que para tales efectos se presente algún tipo de justificación para separarse de dicha jurisprudencia. Según afirma, “la Corte Constitucional ya ha indicado que, dentro de las condiciones para regular esta THRA, se requería que el móvil de la mujer gestante debía ser altruista —ayudar a otras personas— más no un fin lucrativo [cita a pie de página la Sentencia T-968 de 2009]. Además, este enfoque ya fue acogido en los últimos dos proyectos de ley presentados en el Congreso y, aunque las posturas frente a la gestación subrogada son diversas, algunos intervinientes en el presente caso coincidieron en que la regulación debía tener un carácter altruista y proscribir visiones comercialistas”. Con ello, la mayoría parece condicionar la voluntad del legislador, que es el único que puede definir, mediante un amplio debate democrático, de qué manera regulará la gestación subrogada.

Caber advertir que, contrario a lo que sugiere la mayoría, la Corte nunca ha tomado partido acerca de si los procesos de gestación subrogada deben ser altruistas u onerosos. De hecho, en la Sentencia T-968 de 2009, se pronunció sobre un caso en el que se acordó una remuneración a favor de la presunta gestante subrogada. Esa vez, la Corte indicó que “[l]as madres sustitutas aceptan llevar a término el embarazo y una vez producido el parto, se comprometen a entregar el hijo a las personas que lo encargaron y asumieron el pago de una

suma determinada de dinero o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto”, lo que no implica que haya avalado ni condenado esa práctica.

En la Sentencia T-275 de 2022, la Corte partió de reconocer la validez del acuerdo de gestación subrogada que permitió que un hombre soltero, docente universitario, conformara una nueva familia con su hija, producto de un acuerdo de esta naturaleza. En los términos de esta providencia, las relaciones jurídicas que sirvieron de fundamento para la constitución de esta relación de filiación fueron las siguientes: “El 30 de septiembre de 2020, el señor Mauricio [el tutelante] celebró un contrato de prestación de servicios de salud de tratamientos de fertilidad con un centro médico de fertilidad y genética. En virtud de este contrato, el centro médico se comprometió a ‘prestar un servicio médico con el objetivo de lograr un embarazo’, para lo cual realizaría ‘una (1) fecundación in vitro con óvulos de donante’. Así mismo, el accionante afirmó que, el 19 de noviembre de 2020, celebró ‘contrato de maternidad subrogada’ con ‘la gestante subrogada’ para que esta ‘gestara a [su] bebé hasta el nacimiento’. Al respecto, explicó que la ‘gestante subrogada’ ‘no tiene ningún vínculo genético con la menor [de edad]’.”.

Segundo, con el fin de garantizar el interés superior de los niños y las niñas en los procesos de gestación subrogada, la mayoría consideró conveniente adoptar disposiciones que tengan en cuenta, entre otros elementos, “regular la nacionalidad de los niños y niñas mediante la gestación subrogada, especialmente cuando los padres intencionales son extranjeros, lo que puede incluir otorgarle la nacionalidad colombiana de la donante de óvulos, en caso de que ella sea colombiana y se evidencia un riesgo de apatridia”. Esto no solo condiciona (nuevamente) los términos de la regulación que le corresponde expedir al Congreso de la República, sino que carece de sustento científico y legal. De hecho, ignora que las donantes de óvulos suelen ser anónimas y, por lo tanto, no sería posible determinar su nacionalidad, además de que supone otorgarles un status, el de madres, a dichas donantes anónimas, que claramente es incompatible con esta condición, al igual que con la jurisprudencia en la materia.

En relación con este último aspecto es especialmente relevante lo indicado en la Sentencia T-275 de 2022. De un lado, para efectos de la resolución del caso concreto, explícitamente indicó: “teniendo en cuenta las particulares circunstancias en las que la menor de edad fue procreada, no existe madre alguna”. De otro lado, para justificar esta inferencia, a pie de

página reiteró la siguiente jurisprudencia de la Corte: “Para comprender esta última afirmación, resulta importante reiterar que «[l]a maternidad, como proyección de la solidaridad natural de la persona humana, no comprende, per se, un estado biológico a secas, sino una actitud racional». Así, el acto de ser madre «supone una volición, es decir, un querer ser, y una manifestación externa de ese querer [que] implica una actitud integral en función del bienestar del hijo» (Sentencia T-339 de 1994)”.

Tercero, otras medidas que la mayoría considera conveniente, que no mandatorio, adoptar son (i) “la creación de un sistema de seguimiento, vigilancia y control de la garantía de los derechos de la niñez en los procesos de gestación subrogada a cargo del ICBF”; (ii) “la creación de protocolos migratorios para que, en caso de permitirse la gestación subrogada transnacional, se controle de manera estricta la salida del territorio nacional de los niños y niñas que nacen mediante esta THRA”; (iii) la creación de “un sistema de información estadística que integre los datos de los procesos de gestación subrogada que se llevan a cabo en el país, las partes contratantes, entre otros elementos que se consideren relevantes”, y (iv) la estructuración de “un sistema de seguimiento de los niños concebidos mediante gestación subrogada que salen del país”. En ese sentido, insta al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia y a la Registraduría Nacional del Estado Civil a que, en un término de seis meses, adopten como mínimo estas y otras medidas referidas en la parte motiva de la sentencia. Dado que en el caso resuelto por la Corte no se valoró ninguna de estas circunstancias, no le correspondía a la Sala definir los contenidos específicos de la regulación que se debe adoptar, sugerir la creación de sistemas que implican disponer de recursos públicos, tanto humanos como económicos, ni instar a que autoridades del orden nacional los adopten en términos perentorios, pues carece de competencia.

Cuarto, tras advertir que trámites como la impugnación de la maternidad y la modificación del registro civil de nacimiento pueden conllevar un riesgo de apatridia, de tráfico y/o explotación sexual de los niños, la mayoría sugiere abstenerse “de alterar los documentos de identidad de los niños, niñas y adolescentes a los que se refiere esta decisión, con el propósito de que el Estado pueda protegerlos y efectúe el debido control sobre su nacionalidad, filiación, nombre y, en general, refuerce el control migratorio requerido”. Además, exhorta al Ministerio de Justicia y del Derecho a presentar un proyecto de ley que regule la gestación subrogada y, en especial, “los efectos en el registro civil de los niños

concebidos mediante este método y nacidos en territorio colombiano a fin de que no se registre como madre biológica a la mujer que presta su vientre”.

Nuevamente, no le corresponde a la Sala definir los contenidos específicos de la regulación que se debe expedir ni, mucho menos, condicionar la iniciativa legislativa del Ejecutivo, indicándole la finalidad con la cual debería presentar un proyecto de ley que regule la gestación subrogada, ya que más que un juicio jurídico supone una valoración subjetiva de los restantes integrantes de la Sala de Revisión y, por tanto, no puede integrar la voluntad de aquel. Además, la indicación que se da con respecto a los trámites de impugnación de la maternidad y modificación del registro civil es bastante problemática. En lugar de dar luces, desorienta a los jueces y a las autoridades de registro sobre la manera en que deben proceder cuando los lleven a cabo. Por ejemplo, ¿qué pasa cuando se obtenga una sentencia favorable a la impugnación de la maternidad (cualquiera que sea la razón) y deba modificarse el registro civil de nacimiento? ¿Qué autoridad es la encargada de hacer los controles sobre la nacionalidad, la filiación y el nombre? ¿Qué término se tiene para ejercer esos controles antes de hacer las modificaciones respectivas? ¿Cómo se garantiza en estos casos el efectivo cumplimiento de las decisiones judiciales y la seguridad jurídica? Más problemático aún, ¿están obligadas las autoridades judiciales y registrales a efectuar o permitir estos controles sobre sus decisiones en virtud de las consideraciones de una sentencia de revisión de tutela? Así las cosas, la mayoría de la Sala, sin valorar el alcance que en la materia ha tenido la jurisprudencia vigente de la Corte, antes que procurar que se llene el vacío legal en materia de gestación subrogada, lo está ampliando.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

VLADIMIR FERNÁNDEZ ANDRADE

A LA SENTENCIA T-127/24

Expediente: T-9.342.216

Acción de tutela instaurada por MRZ en representación de su hija EZ contra el Ministerio de

Magistrado ponente:

Jorge Enrique Ibáñez Najar

1. 1. En términos generales, comparto el juicioso análisis efectuado en la sentencia T-127 de 2024 y el esfuerzo por demostrar algunos problemas constitucionales derivados de la práctica de la maternidad subrogada. Esta aproximación, se inscribe en la necesidad de reconocer que el Congreso de la República debe legislar sobre este asunto, pero que no por ello se puede ignorar que, en la actualidad, existe un déficit de protección que podría afectar a los niños concebidos mediante este procedimiento y a las mujeres involucradas en esta práctica. De allí, la urgencia de regular el asunto.

2. Mi aclaración de voto va dirigida a resaltar que, además de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, los derechos fundamentales de las mujeres que acuden a alquilar su vientre deben ser un eje muy importante en estas decisiones y no pueden ceder ante un acuerdo contractual.

3. Por ello, no puedo compartir la necesidad de estructurar un capítulo dirigido a desarrollar “la protección del que está por nacer mediante procesos de gestación subrogada”, en los términos desarrollados en la sentencia T-127 de 2024. Con mayor razón, si ello puede oponerse al reconocimiento de la interrupción voluntaria del embarazo como derecho fundamental. Así, si bien resalto la aclaración que la sentencia efectúa en el sentido de indicar que ello no necesariamente entraría en tensión con la autonomía sexual y reproductiva de la mujer, quiero dejar por sentado que el ámbito de protección del derecho a la interrupción voluntaria no puede restringirse a partir de una estipulación contractual contraria a la Constitución.

4. Pese a que el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo no fue el asunto discutido en esta sentencia, quiero dejar clara mi gran preocupación al respecto. De manera puntual, el contrato aportado sobre maternidad subrogada indica que existía, como lo plantea la sentencia sobre la cual formula aclaración, “la prohibición expresa de no interrumpirse el embarazo, salvo prescripción médica que corrobore alguna de las causales dispuestas por la legislación y la jurisprudencia”. Sin embargo, ello desconoce lo dispuesto en la sentencia

C-055 de 2022 que, al margen de causales, permite que este procedimiento se efectúe hasta la semana 24 de gestación.

5. En consecuencia, resalto con preocupación que este tipo de contratos pueden entrar en tensión con regulaciones de derechos fundamentales, como la referida a la autonomía reproductiva e, incluso, terminar por imponer cláusulas que pueden trasgredir la personal e intransferible opción de ser madre, en los términos de la jurisprudencia constitucional. La sentencia C-055 de 2022 dispuso que “la libertad de conciencia, en lo atinente a la decisión de procrear o de no hacerlo, y, por tanto, de asumir la maternidad o paternidad, es un asunto personalísimo, individual e intransferible que se corresponde con una de las dimensiones de los derechos reproductivos, concretamente, la autonomía reproductiva, respecto de la cual le está prohibido prima facie intervenir al Estado y a los particulares haciendo uso de la coacción o de la violencia”. Por ello, advierto que esta dimensión que está protegida por la Constitución no puede ceder ante ninguna estipulación contractual y que, al margen de lo pactado, la mujer no pierde el derecho de disponer sobre su cuerpo y su proyecto de vida, en tanto la dignidad es la base de la Constitución Política de 1991.

En los anteriores términos y con el acostumbrado respeto por las decisiones de la mayoría, aclaro mi voto.

VLADIMIR FERNÁNDEZ ANDRADE

Magistrado

Expediente: T-9.342.216

M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar