TEMAS-SUBTEMAS

Sentencia T-232/24

DERECHOS A LA NACIONALIDAD, A LA PERSONALIDAD JURÍDICA Y A LA IDENTIDAD-Protección reforzada del riesgo de apatridia de niños y niñas nacidos en Colombia mediante gestación por sustitución

(…) las autoridades estaban en la obligación no sólo de establecer la filiación y modificar el registro civil, sino también, de adoptar salvaguardas para evitar la apatridia, por ejemplo, mediante la activación oficiosa del trámite dispuesto en la Circular 168 de 2017 para el reconocimiento de la nacionalidad de personas en riesgo de apatridia.

DERECHO A LA NACIONALIDAD-Atributo de la personalidad y derecho fundamental autónomo

NACIONALIDAD COLOMBIANA-Requisitos y normatividad

APATRIDIA-Concepto

APATRIDIA-Relación con el concepto de nacionalidad

APATRIDAS-Obligaciones

CONVENCION SOBRE EL ESTATUTO DE APATRIDAS-Prohibición de discriminación en su aplicación

CONVENCION SOBRE EL ESTATUTO DE APATRIDAS Y CONVENCION PARA REDUCIR CASOS DE APATRIDAS-Contenido

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN-Concepto

GESTACIÓN SUBROGADA-Jurisprudencia constitucional

GESTACIÓN SUBROGADA-Derecho comparado

GESTACIÓN SUBROGADA-Riesgos a los derechos de las mujeres gestantes y de los niños y niñas que están por nacer

(…) a la luz de los compromisos emanados de la Constitución Política y del bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos y sobre el interés superior de los niños y las niñas, al Estado le corresponde una responsabilidad intensa en la protección de los derechos fundamentales de quienes nacen a partir de la gestación por sustitución, para garantizar su derecho a la nacionalidad. Esto significa que la ausencia de regulación no excusa al Estado del deber de protección y actuación para evitar los riesgos de apátrida de un niño o niña frente a los riesgos de apatridia.

PRINCIPIO DE PROTECCION ESPECIAL DE LA NIÑEZ Y DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Autoridades administrativas y judiciales deben atender las circunstancias específicas de cada caso

DERECHO A LA NACIONALIDAD DE LOS NIÑOS Y NIÑAS-Protección nacional e internacional

DERECHO A LA IGUALDAD-Discriminación por origen nacional como un “criterio sospechoso” son en principio inadmisibles

DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD Y A LA NO DISCRIMINACION-Protección de los niños y niñas que nacen mediante procesos de gestación subrogada

EXHORTO-Congreso de la República y Ministerio de Justicia y del Derecho

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

Sala Primera de Revisión de Tutelas

Sentencia T-232 de 2024

Referencia: Expediente T-9.398.087

Acción de tutela formulada por Boris, en nombre de su hija Leticia, contra el Ministerio de Relaciones Exteriores y el departamento del Magdalena

Magistrada sustanciadora:

Natalia Ángel Cabo

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

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por el magistrado Juan Carlos Cortés González y las magistradas Diana Fajardo Rivera y Natalia Ángel Cabo, quien la preside, en ejercicio de las competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Esta decisión se expide en el proceso de revisión del fallo de tutela dictado, en única instancia, por el Juzgado Tercero Administrativo de Santa Marta, el dieciséis (16) de enero de dos mil veintitrés (2023), dentro de la acción de tutela promovida por Boris, en nombre de su hija Leticia, contra el Ministerio de Relaciones Exteriores y el departamento del Magdalena.

Cuestión previa

De conformidad con la Circular Interna 10 de 2022, la presente sentencia será publicada en el repositorio web de la Corte Constitucional con la identificación de las partes con nombres ficticios, con el propósito de proteger la intimidad de y los derechos prevalentes de la niña cuyos derechos se debaten en esta providencia. En esa medida, se hará referencia a la accionante menor de edad como “Leticia”, al padre como “Boris” y a la gestante por sustitución como “Liliana”. Una copia con los nombres reales reposará en el expediente de la corporación y será comunicada a las partes.

Leticia, nacida en territorio colombiano el 11 de julio de 2022, se encuentra actualmente en Ucrania y sin nacionalidad alguna. Su nacimiento se produjo con ocasión de un acuerdo de gestación por sustitución internacional. Inicialmente, su registro civil de nacimiento consignó, además del padre de nacionalidad ucraniana, a la mujer gestante sustituta de nacionalidad colombiana. De esta forma, el señor Boris consiguió la expedición del pasaporte colombiano para la niña. Sin embargo, a través de un proceso de impugnación de maternidad, un juzgado determinó que la mujer gestante no tenía un vínculo genético con la niña. Por consiguiente, en el registro civil de nacimiento de la niña se mantuvo solo el nombre del padre, sin incluir la nota “válido para demostrar nacionalidad”. En virtud de esta modificación, dado que el señor Boris no acreditó su domicilio en Colombia al momento del

nacimiento de la niña, la oficina de pasaportes de Magdalena negó la expedición de un nuevo pasaporte y se produjo la cancelación del anterior.

Posteriormente, el accionante intentó el reconocimiento de la nacionalidad ucraniana de su hija en distintos países, sin tener éxito. Al respecto, el señor Boris destacó que, además de las dificultades para acceder a la nacionalidad en su país de origen, el contexto de conflicto armado en Ucrania representa un riesgo para su vida y la de su hija. Por lo tanto, interpuso la acción de tutela para que se reconociera la nacionalidad colombiana de la niña. El amparo fue negado en primera instancia sin impugnación.

Frente a estos hechos, la Sala Primera de Revisión se propuso resolver el siguiente problema jurídico: ¿se vulneran los derechos a la nacionalidad, identidad e igualdad a una niña nacida en territorio colombiano a quien no se le reconoce la nacionalidad colombiana, debido a que: (i) se declaró judicialmente que la mujer de nacionalidad colombiana que dio a luz a la niña, al ser una gestante sustituta sin vínculo genético con ella, no era su madre a la luz de la legislación civil; y (ii) que su padre, de nacionalidad ucraniana, no tenía domicilio en Colombia al momento de su nacimiento?

Para dar respuesta al interrogante planteado, la Sala desarrolló algunas consideraciones sobre: (i) la nacionalidad y sus reglas de adquisición en Colombia; (ii) las obligaciones del Estado frente al riesgo de apatridia; (iii) los modelos de gestación por sustitución, la jurisprudencia constitucional al respecto y los riesgos de esta práctica para la obtención de nacionalidad de los niños y las niñas; (iv) los derechos de las niñas y los niños nacidos de gestación por sustitución frente al riesgo de apatridia; y (v) el derecho a la nacionalidad en relación con otros derechos como la identidad personal, la personalidad jurídica, la igualdad y no discriminación de niñas y niños nacidos por gestación por sustitución.

Al analizar el problema jurídico, la Sala determinó que se vulneraron los derechos fundamentales de Leticia a la nacionalidad, a la identidad personal, a la igualdad en consideración de su interés superior y a ser protegida frente al riesgo de apatridia. Para la Sala, el riesgo de apatridia y la concreción de esa circunstancia en el caso de Leticia eran previsibles y, en consecuencia, las autoridades colombianas tenían el deber de evitar su concreción. La Sala concluyó que suponer que el señor Boris podía pedir la nacionalidad ucraniana para su hija en las condiciones actuales de dicho país partió de premisas

equivocadas que las autoridades pudieron absolver fácilmente a través de una actuación proactiva, sustentada en el interés superior de los derechos de Leticia.

En consecuencia, la Corte revocó la sentencia de tutela de única instancia y dispuso una serie de órdenes dirigidas a resolver los aspectos problemáticos del procedimiento para la inscripción de niñas y niños nacidos en el territorio colombiano, hijos de extranjeros no domiciliados en el país, en riesgo de apatridia. En particular, ordenó la expedición de un registro civil con la nota “válido para demostrar nacionalidad” y del pasaporte colombiano de Leticia.

La decisión adoptada por la Corte busca corregir una injusticia que privó a una niña nacida en territorio colombiano de su derecho a tener derechos en el contexto de prácticas reproductivas desreguladas por el Estado, en particular, la de gestación por sustitución trasnacional. Por lo tanto, la Sala señaló que corresponde a otras instituciones como el Congreso de la República y el Ejecutivo adelantar diseñar medidas de alcance general que eviten la ocurrencia de estos hechos en el futuro. Además, reiteró los exhortos hechos al Congreso en el sentido de promover una discusión seria sobre si se debe permitir o no, y si es del caso bajo qué condiciones, la gestación por subrogación en el país. Finalmente, la Corte le encomendó al señor Boris garantizar el especial cuidado, atención y amor que merece su hija, frente a la cual tendrá el deber de asegurar un crecimiento pleno, libre de violencias y con la garantía de que podrá ejercer sus derechos como ciudadana colombiana a lo largo de su vida.

ANTECEDENTES

1.1. Hechos

1. 1. Leticia nació el 11 de julio de 2022 y fue registrada en la Notaría 27 de Bogotá. La niña fue concebida en virtud de un acuerdo de gestación por sustitución, suscrito entre el padre biológico y la madre por sustitución, a través de la técnica de reproducción humana asistida de fecundación in vitro con el material genético de una donante anónima de óvulos. En el registro civil de nacimiento se inscribió a Liliana de nacionalidad colombiana como madre y a Boris de nacionalidad ucraniana como padre.

2. El 18 de julio de 2022, la oficina de pasaportes expidió el pasaporte AZ304833 en el que se

registró que la nacionalidad de la niña era colombiana.

3. Para esta misma época, Boris presentó una demanda para impugnar la maternidad de Liliana. Conforme a lo mencionado en el fallo que resolvió esta demanda, el señor Boris aportó un acuerdo de gestación por sustitución suscrito entre las partes y el resultado de una prueba de ADN, en la que consta que la señora Liliana y la niña no comparten material genético. Con base en este material probatorio, el 23 de septiembre de 2022, el Juzgado 31 de Familia de Bogotá declaró que la niña Leticia no era hija biológica de la señora Liliana. En consecuencia, la autoridad judicial ordenó a la Notaría 27 de Bogotá tomar nota de la decisión en el registro civil de la niña.

4. Según lo señalado en la demanda de tutela, el 24 de noviembre de 2022, en virtud del fallo descrito, se expidió el nuevo registro de nacimiento con las respectivas anotaciones. Por consiguiente, el nombre de la niña quedó sin el apellido de quien antes se había inscrito como su madre.

5. El 6 de diciembre de 2022, el señor Boris acudió a la cita previamente programada en la oficina de pasaportes del Magdalena con el fin de tramitar la expedición de un nuevo pasaporte con el ajuste en el nombre de su hija. No obstante, de manera verbal y a través de correo electrónico enviado ese mismo día, la oficina de pasaportes le respondió que debía acreditar los requisitos de la Circular 168 del 22 de diciembre de 2017 de la Registraduría Nacional del Estado Civil (en adelante RNEC). Es decir que, para continuar con el trámite del nuevo pasaporte de la niña, su padre debía acreditar visa vigente al momento del nacimiento de Leticia y demostrar que la autoridad registral realizó la nota marginal de “válido para demostrar nacionalidad” debidamente firmada en el registro civil de la niña.

6. En un escrito allegado a la Corte Constitucional, el accionante narró que, pese a lo anteriormente descrito, al culminar el tiempo de estadía permitido en Colombia, inició el viaje de regreso a su país de origen junto con su hija. En el aeropuerto de Madrid (España), las autoridades migratorias le informaron que el pasaporte de Leticia se encontraba cancelado. En todo caso, dado que él contaba con el registro civil de nacimiento de la niña, ambos pudieron ingresar al espacio Schengen.

7. Una vez en Hungría, el señor Boris solicitó en la embajada de Ucrania el reconocimiento de la nacionalidad ucraniana para su hija. Sin embargo, allí le exigieron demostrar su residencia

en ese país y contar con una visa de larga estadía. Como no podía quedarse más de tres meses en Hungría y dado que tenía una oferta de trabajo en Australia, el señor Boris tuvo que dejar a la niña al cuidado de su madre y hermana, quienes la ingresaron a Ucrania. Según el accionante, en la frontera con Ucrania, el ejército le manifestó que, para ese Estado, al no acreditar su condición de padre soltero y único responsable de Leticia, podría ser reclutado para prestar servicio en el conflicto armado que enfrenta ese país por cuenta de la invasión rusa sobre suelo ucraniano. Por todas estas razones, el señor Boris decidió entregar la niña al cuidado de la madre y hermana de él.

8. La Oficina de Registro de Ucrania del Ministerio de Justicia, en el documento 381/30.15-16 del 14 de abril de 2023 (en idioma ucraniano), señaló que podría considerarse a Liliana como la madre de la niña aunque no sea su madre biológica. Esta autoridad llegó a esta conclusión tras contemplar que los padres adoptivos, pese a no ser padres biológicos, siguen siendo padres legales sin un vínculo genético. No obstante, según informó el señor Boris, dado que en el registro civil de nacimiento de la niña ya no figura Liliana como madre (de cualquier tipo) y que además no se reconoció la nacionalidad colombiana de Leticia, su país le exigiría demostrar que es padre soltero para que pueda registrar a su hija como nacional ucraniana.

9. Al respecto, es importante mencionar que para registrar a una menor como hija de padre soltero, Ucrania requiere que la autoridad de registro establezca que la madre ha muerto, ha sido declarada incapaz o privada de sus derechos parentales y, por tanto, no ha vivido con la niña en los últimos 6 meses y no puede hacerse cargo. En virtud de estas disposiciones, a juicio del señor Boris, ante las autoridades ucranianas no es suficiente que el fallo de impugnación de maternidad haya determinado que la señora Liliana no es la madre biológica para reconocerlo a él como padre soltero pues ello no acredita ninguna de las circunstancias establecidas en la legislación de ese país. En consecuencia, las autoridades no le pueden otorgar la nacionalidad ucraniana de su padre a la niña, con el agravante, además, de que pueden llamar al señor Boris a cumplir con el servicio militar en la guerra.

10. Efectivamente, el actor relató que en Ucrania, para el reconocimiento de la nacionalidad de hijos de ucranianos nacidos en el extranjero, se requiere la inscripción de la madre y del padre en el registro civil de nacimiento. En cambio, para hijos reconocidos como nacionales de otro país (en este caso, Colombia) no se requiere la inscripción de ambos padres. Así, si la niña tuviera reconocida su nacionalidad colombiana, el requisito de tener a ambos padres en

su registro no se exigiría y de esta forma podría acceder a la nacionalidad ucraniana sin problema.

11. Por otra parte, debido a que el señor Boris tenía una oferta de trabajo en Australia, se trasladó allí y solicitó la visa de ese país para su hija con el propósito de reunirse con ella. Sin embargo, dado que Leticia carecía de una nacionalidad en ese momento su solicitud fue negada. En consecuencia, por tener su pasaporte cancelado, Leticia no puede transitar libremente para ir con su padre a Australia en donde él tiene una propuesta de trabajo.

1.2. Acción de tutela

12. El señor Boris, actuando en nombre y representación de su hija Leticia, presentó acción de tutela contra el Ministerio de Relaciones Exteriores y la oficina de pasaportes del departamento del Magdalena. La demanda solicitó en sus pretensiones: (i) la protección de los derechos al nombre, nacionalidad, igualdad e interés superior de la niña; (ii) la ratificación de su nacionalidad colombiana; (iii) la expedición del pasaporte colombiano de Leticia por parte de la oficina de pasaportes de la gobernación de Magdalena y de la Cancillería de Colombia; (iv) la eliminación de obstáculos, trabas, negligencias administrativas o impedimentos por parte de la Cancillería de Colombia para la expedición de pasaportes a las niñas y niños nacidos a través de gestación por sustitución y así garantizar la no discriminación.

1.3. Auto admisorio

13. El 12 de octubre de 2022, el Juzgado Tercero Administrativo de Santa Marta resolvió admitir la acción de tutela presentada por Boris, actuando en nombre y representación de su hija Leticia, contra el Ministerio de Relaciones Exteriores y el departamento del Magdalena.

1.4. Respuestas de las accionadas

Oficina de pasaportes del departamento del Magdalena

14. El 14 de diciembre de 2022, el jefe de la oficina de pasaportes de este ente territorial presentó contestación a la acción de tutela. Su intervención señaló que el padre de la niña acudió el 6 de diciembre de 2022 para renovar su pasaporte e incluir la modificación del registro civil de nacimiento efectuado en virtud de sentencia judicial. El escrito resaltó que,

en dicha providencia, el juez declaró que la señora Liliana no era la madre biológica de la niña. Por consiguiente, la Notaría 27 de Bogotá reemplazó el registro civil ******** por el serial ********, en el que se eliminó a la madre y quedó como único padre el señor Boris.

Departamento del Magdalena

16. El 14 de diciembre de 2022, la oficina jurídica del departamento del Magdalena señaló que el accionante no acreditó las condiciones exigidas por la ley para la expedición del pasaporte solicitado. A su juicio, este caso no cumplió los requisitos establecidos en la Circular 168 del 22 de diciembre de 2017 de la RNEC. Específicamente, el padre de la niña no acreditó la visa vigente al momento del nacimiento de la niña ni la nota marginal "válido para demostrar nacionalidad" en el registro civil de ella. Por lo tanto, el escrito concluyó que la oficina de pasaportes no podía tramitar el pasaporte, conforme a lo dispuesto en la mencionada circular.

17. De otro lado, esta intervención se refirió a (i) la figura del alquiler de vientre o maternidad subrogada en Colombia; y (ii) al vacío jurídico en la legislación colombiana. Luego de hacer referencia a las sentencias T-968 de 2009 y T-316 de 2018, el escrito sostuvo que la maternidad subrogada, en su modalidad gestacional, no se encuentra permitida ni prohibida en nuestro país, debido a que no existe un marco normativo que la regule más allá de dichos pronunciamientos jurisprudenciales. Por lo tanto, el departamento de Magdalena exaltó la necesidad de regular esta técnica de reproducción humana asistida para garantizar su ejercicio de forma responsable con los derechos que involucran.

18. Además, el departamento pidió que se declarara la falta de legitimación en la causa por pasiva porque la dependencia encargada de dar respuesta a la petición es la oficina de pasaportes, en virtud de la delegación de funciones efectuada por el gobernador. Por lo tanto, el departamento solicitó que se le desvinculara de la acción constitucional. Por último, esta intervención señaló que la acción de tutela es improcedente por no cumplir con el requisito de subsidiariedad en tanto el accionante contaba con otros medios de defensa.

Ministerio de Relaciones Exteriores

19. El 15 de diciembre de 2022, la Dirección de Asuntos Migratorios, Consulares y Servicio al Ciudadano dio contestación a la acción de tutela. En su escrito señaló que el procedimiento

para la expedición de pasaportes se efectúa conforme a lo establecido en la Resolución 6888 de 2021 del Ministerio de Relaciones Exteriores. Según lo dispuesto en el artículo 17 de esta resolución, cuando existan inconsistencias en los documentos requeridos para la expedición del pasaporte, la autoridad competente debe abstenerse de realizar este trámite. Por lo expuesto, a juicio del Ministerio de Relaciones Exteriores, la oficina de pasaportes del departamento de Magdalena no negó al accionante de manera injustificada el trámite de pasaporte, sino que dio aplicación a lo establecido en la Circular 168 del 22 de diciembre de 2017 de la RNEC y al artículo 17 mencionado.

20. Para el Ministerio de Relaciones Exteriores, en el presente caso, la nacionalidad de la niña no debe analizarse desde el punto de vista de un derecho adquirido. Por el contrario, debe apreciarse que el fallo que resolvió la impugnación de la maternidad tuvo efectos retroactivos sobre el estado civil de la niña y suprimió los derechos a favor de quien inicialmente se había registrado como madre, quien le había hecho extensivo el derecho a la nacionalidad colombiana. De tal modo, para esta accionada, la solicitud del señor Boris debe estudiarse con fundamento en los documentos de identidad vigentes y no en los anulados. De ahí que, para el ministerio, resulte evidente que este caso no cumple los requisitos para la obtención de la nacionalidad colombiana.

21. A su juicio, la niña no tiene madre ni padre colombianos. En consecuencia, para que ella adquiera la nacionalidad de este país, se debe aplicar el segundo supuesto jurídico del artículo 96 de la Constitución Política de 1991. Esto quiere decir que se requiere que, al ser hija de padre extranjero, este demuestre su domicilio en el país al momento de su nacimiento. No obstante, el señor Boris ingresó a Colombia el 29 de junio de 2022 y contaba con un permiso de turismo que no acredita residencia, como se evidenció en los movimientos migratorios. De hecho, solo hasta el 12 de agosto de 2022, el señor Boris solicitó la visa de residente y aportó para ello el registro civil de nacimiento sobre el cual se produjo la impugnación de la maternidad.

22. Por consiguiente, para este ministerio, Leticia no es ciudadana colombiana, pese a haber nacido en este territorio. Además, la entidad sostuvo que lo que corresponde es que el padre, en su condición de representante legal de la niña, tramite la nacionalidad por consanguinidad de su hija ante la misión diplomática y consular de su país de origen, así como su pasaporte. De ser negativa la respuesta, él podrá afirmar que se encuentra en condición de apátrida y

solicitar la inscripción del registro civil ante la RNEC.

23. Finalmente, este escrito pidió desvincular al Ministerio de Relaciones Exteriores y requerir a la RNEC para que inscriba, en el registro civil de nacimiento con serial ********, NUIP **********, la nota “no válido para demostrar nacionalidad”, según lo dispuesto en la Circular 168 del 22 de diciembre de 2017 de la RNEC.

1.4. Sentencia de única instancia

24. El 16 de enero de 2023, el Juzgado Tercero Administrativo de Santa Marta resolvió negar el amparo al derecho fundamental a la nacionalidad. Además, este fallo conminó al padre de la niña para que tramitara ante la embajada o consulado de su país de origen la nacionalidad ucraniana de Leticia.

25. En sus consideraciones, el juez tuvo en cuenta el artículo 44 de la Constitución Política que estableció la nacionalidad como un derecho fundamental de niñas y niños. Así mismo, la sentencia destacó que el artículo 25 de la Ley 1098 de 2006 (Código de Infancia y Adolescencia) dispuso el derecho que tienen niñas, niños y adolescentes (NNA) a la identidad y a los elementos que la constituyen: nombre, nacionalidad y filiación. También, este fallo hizo referencia a pronunciamientos de la Corte Constitucional en materia de nacionalidad, especialmente las sentencias C-893 de 2009, C-622 de 2013, C-451 de 2015 y SU-696 de 2015. Además, el juzgado hizo alusión al derecho internacional de los derechos humanos en el contexto de la migración internacional, así como a la observación general conjunta 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y 22 (2017) del Comité de los Derechos del Niño. A partir de estos elementos, el juez resaltó que, en virtud del principio de no discriminación y aunque los Estados no están obligados a conceder su nacionalidad a todos los nacidos en su territorio, sí existe un deber de diligencia que implica remover los obstáculos administrativos para su reconocimiento ágil y eficaz. De esta forma, el juez argumentó que se encuentra habilitada la concesión de la nacionalidad a los nacidos en su territorio que se encuentren en riesgo de apatridia.

26. En el análisis del caso concreto, el fallo descartó la vulneración del derecho al nombre porque evidenció que la niña cuenta con registro civil de nacimiento. Además, el juez sostuvo que la demanda no expuso en qué otros casos similares se ha dado una solución distinta. Por

lo tanto, esta autoridad judicial resolvió no abordar el estudio de igualdad. De este modo, la sentencia se concentró en examinar la presunta vulneración del derecho a la nacionalidad.

27. Con fundamento en lo dispuesto en el literal a) numeral 1 del artículo 96 de la Constitución Política, el juez examinó la situación de la niña. Esta norma establece que son nacionales colombianos quienes hayan nacido en Colombia y cumplan alguna de las siguientes condiciones: (i) que el padre o la madre hayan sido naturales o nacionales colombianos; o que (iii) pese a ser hijos de extranjeros, alguno de sus padres hubiera estado domiciliado en Colombia al momento del nacimiento.

28. Al respecto, en primer lugar, el fallo resaltó que la niña nació en Colombia. Sin embargo, ella no tiene padres colombianos. Por consiguiente, el juez descartó el primer supuesto. De otro lado, el juez destacó que el padre de la niña es extranjero y, por tanto, para que ella adquiera la nacionalidad colombiana, él debió estar domiciliado en Colombia al momento de su nacimiento. No obstante, a partir de los hechos de la demanda y las contestaciones a la misma, el juez encontró que el señor Boris contaba con un permiso de turismo al momento del nacimiento de la niña. Por consiguiente, el accionante no se encontraba domiciliado en Colombia para esa época. Por esta razón la oficina de pasaportes del departamento del Magdalena exigió la visa vigente al momento del nacimiento de la niña con el fin de corroborar el requisito constitucional del domicilio, conforme a la Circular 168 del 22 de diciembre de 2017 de la RNEC.

29. A juicio de esta instancia, pese a que inicialmente la niña fue registrada con una madre colombiana, dada la impugnación de maternidad, Leticia nunca ha sido colombiana en virtud del ius sanguini y no tiene derecho adquirido respecto de esta nacionalidad. Además, el juez observó que la niña no se encuentra en riesgo de apatridia porque Colombia cuenta con una embajada de Ucrania en donde el accionante puede tramitar la expedición del pasaporte con nacionalidad ucraniana para la niña. Sobre este aspecto, el fallo señaló que no está probado que a la niña le haya sido negada la nacionalidad ucraniana.

30. Una vez proferido el fallo, el 12 de abril de 2023, la oficina de INTERPOL en Colombia remitió una comunicación sobre la localización de la niña, con la advertencia de reserva legal de la información. En este documento se detalló que, el 23 de febrero de 2023, en el control de Zahony (frontera húngaro-ucraniana) a la niña y a las mujeres que la acompañaban se les

permitió “salir a Ucrania” .

31. Este fallo no fue objeto de impugnación y fue enviado el 24 de abril de 2023 a la Corte Constitucional para su revisión.

1.5. Escrito del accionante

32. A través de un escrito enviado a la Corte Constitucional, la parte accionante señaló que el trato desigual en el presente caso se produjo, por un lado, en relación con los hijos de padres venezolanos que sí tienen derecho al pasaporte colombiano y, de otro lado, respecto de los niños que son adoptados en Colombia por padres extranjeros. Sobre estos últimos, el escrito indicó que, pese a que al momento de la adopción se produce la ruptura de la filiación con sus padres biológicos, los menores de edad no pierden la nacionalidad colombiana. Desde el punto de vista del accionante, constituyó un trato discriminatorio que Leticia hubiera perdido la nacionalidad colombiana, producto de la impugnación de maternidad. A su juicio, la interpretación que hizo el operador administrativo de dicha decisión desconoció que la afectada es un sujeto de especial protección constitucional y que, en todo caso, la autoridad judicial ordenó la modificación del registro civil de nacimiento y no su cancelación. Además, esta intervención señaló que las técnicas de reproducción humana asistida o los procedimientos de gestación por sustitución no configuran causales de pérdida de nacionalidad.

33. Adicionalmente, la parte accionante destacó que, al negarse la expedición del nuevo pasaporte, se restringió el derecho de tránsito de la niña, quien no solo se encuentra en riesgo de apatridia, sino que su vida enfrenta peligro.

. ACTUACIONES EN SEDE DE REVISIÓN

34. En auto del 30 de junio de 2023, la Sala de Selección de Tutelas Número Seis escogió el expediente referido para su revisión y, por sorteo, le correspondió a la magistrada Natalia Ángel Cabo la elaboración de la ponencia.

35. Mediante auto del 10 de agosto de 2023, la magistrada Natalia Ángel Cabo vinculó a esta acción de tutela al Juzgado 31 de Familia de Bogotá, a Liliana, también a la Superintendencia de Notariado y Registro, la Notaría 27 de Bogotá, la RNEC, el Instituto Colombiano de

Bienestar Familiar y el DANE. También se intentó la vinculación al Consulado de Ucrania en Bogotá. Sin embargo, el Ministerio de Relaciones Exteriores precisó que en Colombia opera un consulado honorario que no se puede asimilar a uno de carrera y, por esa razón, su competencia es restringida. En consecuencia, Ucrania no tiene embajada ni consulado en Colombia. La embajada de Ucrania en Lima (Perú) es la concurrente para Colombia.

36. De igual forma, a través del auto del 16 de agosto de 2023, la magistrada Natalia Ángel Cabo reconoció personería al abogado para actuar en representación de la parte accionante.

37. A continuación, se presenta una síntesis de las pruebas solicitadas y presentadas a propósito del auto del 10 de agosto de 2023.

Pruebas solicitadas

Respuestas

Destinatario

Requerimiento

Juzgado 31 de Familia de Bogotá

Pronunciamiento sobre los hechos del caso y aporte de información sobre el proceso judicial a través del cual se impugnó la maternidad de la madre gestante. En particular, se requirió que aportaran el acuerdo de gestación por sustitución suscrito entre Boris y Liliana.

El juzgado señaló que dentro del proceso de impugnación de la maternidad de Liliana, ella no se opuso a las pretensiones y la prueba de ADN negativa no fue objeto de reparo. El Juzgado envió copia del contrato privado de gestación por sustitución. En este contrato se aprecia que la donante de óvulos fue una mujer de nacionalidad ucraniana. En dicho acuerdo se pactó un apoyo económico de $1.250.000 mensuales por el término de un año para la adecuada alimentación y atención médica de la madre gestante durante el embarazo y luego, para su recuperación. Igualmente, se pactó la suscripción de una póliza de seguro de servicios médicos y seguro de vida de la gestante.

Liliana

No respondió

Superintendencia de Notariado y Registro

Pronunciamiento sobre los hechos del caso. Así mismo, se solicitó que informaran las medidas, en relación con el derecho a la nacionalidad, que han adoptado en casos de niñas y niños nacidos mediante gestación por sustitución.

La Superintendencia de Notariado y Registro señaló la falta de legitimación en la causa por pasiva y la falta de vulneración de derechos por su parte.

Notaría 27 de Bogotá

La Notaría 27 de Bogotá describió el proceso de inscripción de Leticia en el registro civil de nacimiento. En relación con los menores de edad nacidos mediante gestación por sustitución, la notaría señaló que la inscripción en se realiza con los datos del padre o madre y en la casilla de quien no es madre o padre se deja sin información.

RNEC

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

El ICBF señaló que el señor Boris, mediante derecho de petición del 22 de diciembre de 2022, había solicitado permiso permanente de salida del país para trasladarse con su hija a Ucrania. En respuesta, la entidad le indicó que para esto debía adelantarse un proceso judicial ante los jueces de familia.

Luego, el ICBF precisó que Leticia se encuentra en estado de apatridia. Por consiguiente, su escrito expuso el procedimiento de inscripción de hijos de extranjeros nacidos en el territorio colombiano a quienes ningún Estado les reconozca nacionalidad. Esta entidad explicó que, dentro de este trámite, el Ministerio de Relaciones Exteriores debía elevar consulta a la misión diplomática o consultar del Estado de la nacionalidad del padre de la menor de edad para que certifiquen que ese país no concede la nacionalidad por consanguinidad. Por lo tanto, esta intervención concluyó que debía vincularse a la Misión Diplomática de Ucrania en Colombia y dependiendo de su respuesta acerca del reconocimiento de la nacionalidad ucraniana a la niña, podría discutirse la posibilidad de adoptar medidas de restablecimiento

de derechos.

DANE

El DANE señaló la falta de legitimación en la causa por pasiva y la inexistencia de vulneración de derechos por parte esta entidad.

En particular, su intervención destacó que este interrogante escapa al ámbito de sus competencias.

Accionante

Informe sobre el estado actual en el que se encuentra tanto la niña Leticia como su padre Boris. Específicamente, se pidió que describiera en dónde se encuentra él, en dónde se localiza la menor de edad, bajo el cuidado de quién y, de ser así como lo manifestó en su último escrito, qué tipo de riesgos enfrentan para su vida.

Adicionalmente, la parte accionante debía especificar cómo y en qué circunstancias las autoridades ucranianas le han manifestado que no lo reconocen a él como padre de la niña. Así mismo, se pidió que indicara si ha tramitado la nacionalidad ucraniana para la menor de edad. De ser así, se le solicitó que comunicara el resultado de dicho trámite y cuánto tiempo podría tardar el mismo. Igualmente, se pidió que informara el resultado de su solicitud de visa en Colombia y que aportara el acuerdo de gestación por sustitución suscrito con Liliana.

El accionante informó que Leticia se encuentra en situación de apatridia. Además, ella se encuentra domiciliada en Ucrania, epicentro del actual conflicto geopolítico. Por lo tanto, su vida se encuentra en eminente peligro, además de encontrarse separada de su progenitor. Él se encuentra en la zona fronteriza a la espera de poder reencontrarse con su hija.

En su escrito, el demandante precisa que el Estado ucraniano lo reconoce como padre de la menor de edad. Por lo tanto, ella tiene derecho a su ciudadanía. Sin embargo, por una antigua ley de su país no puede ser registrada en el registro de nacimiento una menor ucraniana sin su madre. Este problema se eliminaría si la niña es reconocida como ciudadana colombiana lo cual se obtiene con la nota de válido para nacionalidad en el mismo.

De manera excepcional, indica el demandante, puede hacerse un reconocimiento de un niño extranjero, pero, para ello, necesita que el juzgado que conoció la impugnación de la maternidad en Colombia lo reconozca como padre soltero y único responsable de la menor de edad. Por omisión del abogado que culminó el proceso, esta petición no se realizó en la demanda.

El trámite en mención de la nacionalidad colombiana se debía realizar en Colombia, pero en el país no hay embajada de Ucrania. Este trámite se podría realizar en un país que tenga embajada de Ucrania. No obstante, dado que la niña tiene el pasaporte cancelado, no puede tener tránsito internacional.

Ministerio de Relaciones Exteriores

Indicar el resultado de la solicitud de visa presentada por el señor Boris.

El Ministerio de Relaciones Exteriores informó que la solicitud de visa del señor Boris fue rechazada por no cumplir con los requisitos exigidos para ello.

Informar el trámite de reconocimiento y el de perdida de la nacionalidad. Específicamente, el Ministerio debía precisar si, una vez proferido el fallo judicial de impugnación de maternidad, dada la modificación en el registro civil ordenada, Leticia perdió la nacionalidad colombiana que aparecía reconocida en su anterior pasaporte.

Esta entidad describió cómo la nacionalidad colombiana se adquiere por nacimiento o por adopción. Al respecto, señaló que su participación en los aspectos relativos a la nacionalidad colombiana se circunscribe al trámite de renuncia y al de adquisición a través de adopción. Por consiguiente, este ministerio expresó que no puede pronunciarse sobre el trámite de nacionalidad por nacimiento porque este asunto excede sus competencias.

En lo que tiene que ver con el pasaporte, esta intervención destacó que dicho documento de viaje se expide únicamente a quienes ostenten la nacionalidad colombiana. Además, precisó que las pruebas de la nacionalidad colombiana son la cédula, la tarjeta de identidad o el

registro civil de nacimiento, de conformidad con el artículo 3 de la Ley 43 de 1993. Por lo tanto, en este caso, fue el registro civil de nacimiento, expedido por la RNEC, el que reconoció la nacionalidad y no el pasaporte. Por esta razón, la modificación del registro civil implicó un cambio del presupuesto fáctico y dado que ahora no se acredita la nacionalidad colombiana, no es posible expedir el pasaporte.

Además, de conformidad con el artículo 14 de la Resolución 3959 de 2020, la expedición del pasaporte para hijos de extranjeros requiere que en el registro civil de nacimiento se encuentre la anotación que acredite el domicilio en territorio nacional de uno de los padres, al momento del nacimiento del menor de edad. De ahí que, dado que el actual registro civil de nacimiento ya no reconoce la nacionalidad, en este caso se presenta una inconsistencia que impide la expedición del pasaporte, conforme a lo establecido en el artículo 17 de la Resolución 6888 de 2021.

Explicar si, pese a que no sea su madre biológica, dado que la gestante de Leticia era de nacionalidad colombiana, podría entenderse cumplido el primer supuesto del literal a) numeral 1 del artículo 96 de la Constitución Política.

En relación con el reconocimiento de la nacionalidad colombiana por nacimiento, el ministerio afirmó que este trámite es de competencia exclusiva de la RNEC.

Informar si respecto de Leticia se ha desplegado algún trámite para el reconocimiento de la nacionalidad ucraniana.

El ministerio también informó que desconoce si la parte accionante adelantó gestiones para el reconocimiento de la nacionalidad ucraniana porque ese procedimiento está a cargo de las autoridades de ese Estado.

Informar requisitos, costos y tiempo que representa el trámite para el reconocimiento de dicha nacionalidad en favor de esta niña. En particular, se solicitó que indicara si, conforme al ordenamiento jurídico ucraniano, el padre de la menor de edad, nacida en territorio colombiano, en cuyo registro civil de nacimiento no figura madre, tendría inconvenientes

para el reconocimiento tanto de la nacionalidad de ella como de su filiación, al tratarse de una niña concebida a través de una técnica de reproducción humana asistida de fertilización in vitro (FIV) mediante un acuerdo de gestación por sustitución.

De igual forma, esta entidad señaló que desconoce estos datos. En todo caso, manifestó que, mediante memorando S-DIMCS-23-010141 del 18 de agosto de 2023, le solicitó a la Embajada de Colombia en Polonia, concurrente en lo diplomático y consultar, averiguar esta información. Para esto, pidieron considerar los tiempos de gestiones diplomáticas y la situación que afronta ese Estado.

Indicar si la situación de conflicto armado internacional en Ucrania dificultaría al señor Boris adelantar este tipo de trámites para el reconocimiento de la nacionalidad y filiación.

Indicar si, en las actuales circunstancias, es viable adelantar el trámite para conceder la nacionalidad ucraniana a la niña por consanguinidad.

Así mismo, el ministerio expresó que no es competente para pronunciarse sobre la viabilidad de adelantar un trámite en otro Estado ni sobre la posibilidad de reconocimiento de la nacionalidad.

Exponer la información sobre la situación de derechos humanos en Ucrania. Así mismo, se solicitó que se describieran los mecanismos empleados para el apoyo de nacionales colombianos en dicho país, así como las cifras de evacuación y asistencia.

El Ministerio de Relaciones Exteriores expuso que, según la información reportada por la Misión de Observación en Ucrania, a cargo del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la guerra en este país ha provocado la muerte de más de 8000 civiles ucranianos y más de 13200 heridos. Cerca de 18 millones de personas requieren ayuda

humanitaria diaria y 14 millones han resultado desplazadas de sus hogares.

En este contexto, al menos 487 niños han muerto, 954 han resultado heridos y 1.5 millones de niños corren el riesgo de sufrir problemas de salud mental con posibles efectos e implicaciones a largo plazo.

Respecto a la asistencia a nacionales en Ucrania, el ministerio informó que se ha conseguido la evacuación de 298 colombianos residentes en ese país. De esa población, 125 personas recibieron asistencia para alojamiento y alimentación. El último caso registrado de evacuación fue en el mes de enero de 2023. Dicho apoyo se prestó a través de la Embajada en Polonia y la Organización Internacional para las Migraciones (OIM). Por medio de esta embajada, también se han expedido pasaportes a los connacionales que habían perdido su documento de viaje y que lo requerían para salir de ese país. Igualmente, se facilitó el retorno de dos connacionales que decidieron viajar a combatir en Ucrania.

En síntesis, el censo de colombianos en Ucrania asciende a 308 colombianos. De esa población, 298 fueron evacuados y 10 permanecen allí. Por consiguiente, el porcentaje de evacuación de colombianos en Ucrania es del 96.75%.

Describir las condiciones requeridas por el ordenamiento jurídico para conceder la nacionalidad colombiana ante riesgos de apatridia y el trámite que debe surtirse.

Ante el riesgo de apatridia, conforme a los compromisos internacionales adquiridos por Colombia a través de la adhesión a la Convención de 1954 “Estatuto de los Apátridas” y la Convención de 1961 para reducir los casos de apatridia, se han establecido dos procedimientos.

En primer lugar, se encuentra la medida denominada “Primero la niñez”, mediante la cual se reconoce la nacionalidad colombiana por nacimiento a niñas y niños nacidos en territorio colombiano, hijos de ambos padres venezolanos que no cumplen el requisito del domicilio. En estos casos, la RNEC asigna la leyenda “válido para demostrar nacionalidad” en el registro civil de nacimiento.

El segundo trámite es el dispuesto en la Circular 168 de 2017. Según lo establecido en el parágrafo 3 del artículo 5 de la Ley 43 de 1993, se requiere que el accionante solicite a la

Dirección Nacional de Registro Civil de la RNEC la inscripción como nacional colombiano por nacimiento. En este procedimiento, se le requerirá a la respectiva Misión Diplomática u oficina consular la declaración en la que conste que no se le concede la nacionalidad por consanguinidad. En caso de declararse esta situación o de no haber respuesta, el Ministerio de Relaciones Exteriores emitirá un concepto sobre la situación de apatridia. A partir de este concepto, la Dirección Nacional de Registro Civil, mediante acto administrativo, ordenará al funcionario registral que incluya la observación "válido para demostrar nacionalidad" en el correspondiente registro civil.

Oficina de pasaportes del departamento de Magdalena

Indicar si cuentan con datos, registros o estadísticas sobre los casos de las niñas y niños nacidos en territorio colombiano por gestación por sustitución. Además, se pidió que señalaran los mecanismos a su disposición para evitar el riesgo de apatridia, así como el de venta, tráfico o cualquier forma de explotación de esta población infantil

La oficina de pasaportes del departamento de Magdalena contestó que no cuenta con este tipo de datos o información relacionada.

Ministerio de Relaciones Exteriores

Sobre este aspecto, el ministerio no brindó respuesta.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

El ICBF informó que no cuenta con información relacionada con menores de edad nacidos en territorio colombiano por gestación por sustitución.

Como mecanismo frente al riesgo de apatridia, venta, tráfico o cualquier forma de explotación de esta población infantil, el ICBF señaló que cuenta con el Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos (PARD) que se activa en todos los casos en que se tenga conocimiento de una presunta amenaza o vulneración a los derechos de NNA.

Juzgado 31 de Familia de Bogotá

El juzgado informó que desde el año 2020 a la fecha de su respuesta, ha conocido de 15 expedientes de impugnación de maternidad por gestación por sustitución. En estos casos, conforme a las pruebas genéticas, se declaró la verdadera filiación biológica

RNEC

La RNEC informó que no cuenta con esta información. Respecto al riesgo de apatridia, esta entidad señaló que cuenta con un solo mecanismo jurídico dispuesto para la situación migratoria de la población venezolana: la Resolución 8470 de 2019.

DANE

Notaría 27 de Bogotá

La Notaría 27 de Bogotá presentó estadísticas de inscripciones de hijos extramatrimoniales reconocidos por extranjeros de Argentina (3), Alemania (8), Australia (8), Bélgica (1) Brasil (7), Bulgaria (2), Canadá (6), Chile (7), China (3), Dinamarca (14), España (17), Colombia (7), Croacia (2), Estados Unidos (48), Estonia (1), Finlandia (1), Francia (19), Gran Bretaña (6), Grecia (1), India (1), Irlanda (3), Israel (72), Italia (5), Noruega (8), Países Bajos (1), Polonia (2), Portugal (8), Reino Unido (13), República Serbia (1), Singapur (1), Suecia (31), Suiza (1) y Ucrania (1); es decir, un total de 309 inscripciones.

Respecto al riesgo de apatridia, la notaría indicó que, cuando se solicite la inscripción en el registro civil de nacimiento de un hijo, al que ningún Estado le reconozca la nacionalidad, se le orientará para que informe esta condición a la Dirección Nacional de Registro Civil y resuelva la titularidad de la nacionalidad de la niña o el niño.

Superintendencia de Notariado y Registro

La Superintendencia de Notariado y Registro señaló la falta de legitimación en la causa por pasiva y la falta de vulneración de derechos por su parte.

RNEC

Informar si en el registro civil de nacimiento de Leticia se incluyó alguna observación en relación con la acreditación de requisitos para demostrar la nacionalidad. Además, se pidió

que discutiera si, pese a que no es su madre biológica, dado que la gestante de Leticia era de nacionalidad colombiana, podría entenderse cumplido el primer supuesto del literal a) numeral 1 del artículo 96 de la Constitución Política. En particular, se pidió a esta entidad que señale si, conforme al parágrafo 3 del artículo 5 de la Ley 43 de 1993, citada en la Circular Única 168 de 2017 de la RNEC, a los nacidos en territorio colombiano a quien ningún Estado les haya reconocido nacionalidad, podrán probar la nacionalidad colombiana con su registro civil de nacimiento sin exigencia del domicilio.

La RNEC informó que en el espacio de notas del registro civil de Leticia no se incluyó observación alguna en relación con la acreditación del requisito para demostrar la nacionalidad. No obstante, se consignó la correspondiente a la sentencia del proceso de impugnación de maternidad.

Respecto a la discusión sobre la nacionalidad de la madre gestante, la RNEC expresó que no le es dable discernir este tema porque no tiene la competencia para valorar esas pruebas. Por lo tanto, esta entidad señaló que, para la inscripción de nacidos en Colombia de padres extranjeros, a quienes ningún Estado les reconozca la nacionalidad, no se les exigirá prueba de domicilio.

38. Ahora bien, mediante auto de 27 de septiembre de 2023, la Sala Primera de Revisión de Tutelas ordenó pruebas adicionales para esclarecer varios de los asuntos problemáticos del caso. Justamente por la complejidad que supone, se decretó la suspensión del término para resolver de fondo. A continuación, la Sala resumen las pruebas solicitadas y la información recibida.

Pruebas solicitadas

Respuestas

Destinatario

Requerimiento

Ministerio de Relaciones Exteriores

Indique si existe un Consulado de Ucrania en el territorio colombiano. De no existir, señale

con precisión qué consulado o embajada presta servicios consulares relacionados con la ciudadanía ucraniana para personas residentes o en tránsito por Colombia.

Precise el alcance, contenido y procedimiento de la Circular 168 de 2017. Al respecto, sírvase remitir a este despacho toda la información sobre esta circular que sea pertinente para efectos de abordar los hechos descritos en el presente auto.

De conformidad con la Circular 168 de 2017, al momento del nacimiento de un niño o niña, hijo de padres extranjeros, estos deben ser titulares de cualquier categoría de visa que acredite su domicilio. En este caso, el requisito del domicilio no fue demostrado por el padre de la niña. Además, no se encontró solicitud ante la Dirección Nacional de Registro Civil de la RNEC en relación con la situación de apatridia de la niña.

De conformidad con el artículo 177 de la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso), solicite al consulado de Ucrania en Colombia o del país que sea concurrente para ello, copia total o parcial de la ley ucraniana que menciona el accionante y que informe si, para el trámite de la nacionalidad ucraniana de un niño o niña, es necesaria su presencia en el país en el que exista embajada de Ucrania.

Desde la Dirección del Protocolo, Grupo Interno de Trabajo de Privilegios e Inmunidades se envió el oficio S-GPI-23-025080 del 19 de octubre de 2023, dirigido a el Cónsul Honorario Sr. Luis Bernardo Ramírez Brand, el cual tenía como asunto remitir el expediente de la Honorable Corte Constitucional.

Accionante

Video

En este video, el señor Boris relata que tuvo que salir de Colombia porque su permiso expiraba. Cuando se encontraba en espacio Schengen, él se enteró de la cancelación del pasaporte de su hija. Estando en Hungría, el señor trató de tramitar la nacionalidad ucraniana para su hija en la embajada, pero allí le exigieron contar con una visa de larga estadía y demostrar su residencia en ese país. Como no podía quedarse más de tres meses en ese país y dado que tenía una oferta de trabajo en Australia, tuvo que dejar a la niña al cuidado de su madre y hermana, quienes la ingresaron a Ucrania.

En Australia, el señor Boris solicitó la visa para su hija pero no la obtuvo, dado que ella de momento carece de nacionalidad.

Él explica que, conforme a la ley marcial de su país, únicamente los padres solteros pueden salir del país. Además, a los hijos de ucranianos se les reconoce la nacionalidad de ese país, siempre que aparezcan ambos padres en el registro civil. Solo a los niños extranjeros se les reconoce su respectiva nacionalidad, aunque no cuenten con madre en su registro. Pese a que, para las autoridades ucranianas, él es padre de la niña y en consecuencia ella tendría derecho a la nacionalidad ucraniana, no está acreditada su condición de padre soltero en el registro civil de la niña ni en ninguna decisión judicial. Por esta razón, dado que ya regresó de Australia a Ucrania, es posible que el ejército lo reclute para combatir en la guerra que se libra entre Ucrania y Rusia. En caso de reclutamiento o muerte, su hija se quedaría sin su padre.

El señor explica que el juez de tutela de primera instancia le indicó que debía acudir ante una embajada de Ucrania para tramitar la nacionalidad ucraniana de la niña. Sin embargo, el señor Boris señala que esto implicaría un desplazamiento a otro país, mantenerse separado de su hija durante el tiempo que podría tardar el trámite. Específicamente, él señala que, antes de la guerra, estos procedimientos tardaban entre 6 y 8 meses y ahora se demoran más. Por consiguiente, esta opción implicaría que él se quedara en otro país separado de su hija, a la espera de este trámite, lo cual no es una opción para él.

En suma, el señor Boris solicita a la Corte que se declare que él es padre soltero y único responsable de la niña, que la madre biológica de la niña está despojada de obligaciones, que él y su hija tienen derecho a no estar separados, que se anote en el registro civil la nacionalidad colombiana de su hija y que se señale que la sentencia entra en vigor.

Al momento de la grabación del video, el señor Boris había regresado de Australia a Ucrania para estar con su hija. Sin embargo, ante el contexto de guerra que enfrenta su país, él solicita el reconocimiento de la nacionalidad colombiana de su hija, para poder desplazarse juntos a un país más seguro como Australia o Colombia. Por último, al resaltar los vínculos de su hija con Colombia, el señor Boris señaló que la donante del óvulo era de nacionalidad colombiana.

Explique mejor el contenido de la ley ucraniana según la cual no puede ser registrado un niño

o niña ucraniano sin su madre en su registro de nacimiento, a menos que sea reconocido como padre soltero y único responsable de la niña por un juzgado colombiano.

Para el accionante, el Código de Familia de Ucrania no prevé el caso de un niño ucraniano sin una madre en el certificado de nacimiento (registro). Se requiere que alguna mujer esté inscrita en el registro. La ley antigua no es neutral en cuanto al género, ya que permite a una mujer registrar a un niño sin un padre en el registro, pero no se puede sin una madre. Además, Ucrania no permite que un padre impugne la maternidad de la madre biológica; sólo puede impugnar su paternidad (artículos 135 a 140 del Código de Familia de Ucrania).

La Oficina de Registro de Ucrania del Ministerio de Justicia en el documento adjunto Número 381/30.15-16 del 14.04.2023 (en idioma ucraniano) señaló que el reconocimiento de Liliana como madre no biológica no significa que no sea madre porque los padres adoptivos no son padres biológicos, pero siguen siendo padres legales sin un vínculo genético. A juicio del señor Boris, esto significa que Ucrania no lo considera un padre soltero y, en consecuencia, lo pueden llamar a filas para cumplir con el servicio militar en la guerra.

Sin embargo, si un niño es extranjero, Ucrania reconoce todos los documentos emitidos por el país extranjero de nacimiento. Así, si la niña es reconocida como colombiana, su registro sin madre es reconocido por Ucrania como válido y por extensión Ucrania puede reconocer al señor Boris como padre soltero. Si la niña es exclusivamente ucraniana, no tener una madre en el registro no lo convierte en padre soltero, ya que no existe ninguna disposición legal para un certificado de nacimiento (registro) sin una madre, como destacó la Oficina de Registro de Ucrania del Ministerio de Justicia.

Se requiere que señale si para el trámite de la nacionalidad en un país que tenga embajada de Ucrania se requiere la presencia de la niña.

No brinda una respuesta frente a este punto. Sin embargo, de la intervención del video, se extrae que él intentó adelantar este trámite en la embajada de Hungría, pero allá le exigieron acreditar visa de residencia.

Centro de Estudios sobre Genética y Derecho de la Universidad Externado de Colombia

En términos generales y según la legislación, jurisprudencia y práctica vigente en Colombia,

¿cómo se determina la filiación y la nacionalidad de personas nacidas por gestación por sustitución?

No hay una interpretación unánime al respecto. Existen, por tanto, tres líneas de conducta.

La primera consiste en que, con el certificado de nacido vivo, se procede a hacer el correspondiente registro civil y acto seguido se presenta ante el Juez de Familia la demanda de impugnación de maternidad, proceso en el que, en el mismo auto de admisión de la demanda, se decreta la prueba de sangre, con fundamento en el artículo 1 de la Ley 721 de 2001, y aportada ésta, se hacen prosperas las pretensiones, con la orden de hacer la anotación respectiva en el registro civil de nacimiento.

La segunda línea de conducta consiste en que antes del nacimiento del menor se suscribe una escritura pública en la cual se deja claro que el niño o niña que se va a dar a luz no es de la madre biológica o del parto, sino de la madre contratante. Nacido el niño o la niña, se suscribe otra escritura pública mediante la cual, se reitera lo dicho en la anterior, y en ella se citan las dos sentencias referidas y la Ley 2129 de 2021, por la cual se establecen reglas para determinar el orden de los apellidos.

En esta escritura se manifiesta además que los padres contratantes procrean a través de asistencia científica con útero subrogado a la niña o niño nacido, se deja constancia que ya nació, que se le expidió certificado de nacido vivo, que en dicho certificado se tuvo como madre a la del parto, que la técnica utilizada fue la fertilización in vitro; se hace referencia a la pertenencia de los gametos masculinos y femeninos, que la gestante solo aportó la fuerza de la gestación y que no tiene la calidad de madre, por cuanto el embrión no contenía su material genético y que los padres contratantes o de intención aceptan a la niña como su hija matrimonial o extramatrimonial, y en consecuencia le dan sus apellidos para que sean utilizados en todos los actos públicos y privados, y con esta escritura se procede a abrir el correspondiente registro civil de nacimiento.

Podría pensarse en una tercera línea de conducta, al incluir la adopción, pero los usuarios la descartan de plano con el argumento del tiempo que llevaría esta opción.

En lo relativo a las reglas sobre la filiación podemos afirmar que existen las siguientes en nuestra legislación: si no hay conflicto entre los padres, a la luz del artículo 335 del Código

Civil, madre es la del parto y padre es el que se encuentra cobijado por la presunción de paternidad del artículo 213, modificado por el artículo 1 de la Ley 1060 de 2006, o artículo 1 de la Ley 75 de 1968 en el caso del reconocimiento voluntario.

En caso de conflicto entre los padres, bien sea originado por la maternidad o la paternidad, la regla se encuentra en el artículo 1 de la Ley 721 de 2001, es decir por la maternidad genética, siempre que dicha regla no contradiga el interés superior del niño o niña, caso en el cual prevalecerá la maternidad por amor, social, o de crianza, de acuerdo con la jurisprudencia de las Cortes Suprema de Justicia y Constitucional, tomando como fuente el artículo 44 del texto superior.

¿Cuáles son los debates en torno a la filiación y la nacionalidad de personas nacidas por gestación por sustitución en el derecho comparado, especialmente cuando el solicitante no es nacional del lugar en el que se produjo el nacimiento? Si es posible, señale avances al respecto en el derecho comparado.

Algunos países son prohibicionistas de esta técnica (Italia y España), otros la permiten abiertamente (Estado de Tabasco en México hasta 2016), otros solo la admiten cuando sea con fines altruistas (Sudáfrica)y otros no tienen regulación (Colombia).

El concepto se remite a la respuesta del interrogante anterior.

¿Qué lineamientos deben tenerse en cuenta en la regulación de las relaciones filiales en el marco de la gestación por sustitución?

En el marco de la gestación por sustitución, el contrato, el consentimiento informado, la gratuidad y la filiación son el centro del debate, porque todos los elementos que involucran dicha práctica tienen relevancia, particularmente en lo que se refiere a estos aspectos.

Ahora bien, también es importante identificar aspectos problemáticos tales como: los sujetos que intervienen llamados padres de intención porque son quienes quieren formar la familia o quienes han decidido tener hijos; la proveniencia del material genético masculino y femenino con el que se van a fecundar los embriones; los donantes del material genético, si son anónimos, si son personas cercanas a los padres de intención, si son los mismos padres de intención, o solo uno; la prohibición de que material genético femenino no puede ser de la

madre que va a gestar al embrión; la prohibición de que la filiación que tendrán los padres de intención sobre el nacido vivo no puede ser renunciable en ningún caso; entre otros.

Así mismo, se deben fijar reglas sobre: la filiación del menor en caso de muerte de ambos padres de intención antes o durante el nacimiento del niño, sobre la forma en la que se diligencia el certificado de nacido vivo en los hospitales y clínicas, y sobre el registro civil de nacimiento del menor nacido bajo esta técnica.

¿Qué lineamientos deben tenerse en cuenta en la definición de la nacionalidad en el marco de la gestación por sustitución?

Por la práctica que implica la gestación por sustitución, son muchas las circunstancias que pueden ocurrir alrededor de personas que tengan la intención de ser padres. Es importante tener en cuenta que muchos países son prohibicionistas de la gestación por sustitución, otros países no tienen regulación al respecto o es mínima.

Es importante también poner de presente que la gestación por sustitución como técnica de reproducción humana asistida representa unos costos muy altos, inclusive superiores a la mayoría de los tratamientos de fertilidad u otras técnicas. Por ese motivo, las parejas o personas que se encuentren realizando esta práctica, por lo general tienen ingresos muy superiores a los de la población media en un país.

Todo lo anterior lleva a que, en la práctica, sea común evidenciar que, padres extranjeros llegan a Colombia con el fin de llevar a cabo la gestación por sustitución. Dado que no está prohibida ni regulada, la práctica es muy común en el país.

Ello tiene relevancia respecto de la nacionalidad, porque al ser un número elevado de parejas o personas extranjeras que vienen a Colombia para realizar esta práctica esta práctica, son múltiples las vicisitudes que se pueden presentar, como el actual caso lo evidencia.

Sin duda alguna, la regulación sobre la gestación por sustitución debe incluir reglas específicas en torno a la nacionalidad de los padres de intención y, de la madre gestante, incluyendo reglas sobre permanencia en el país, residencia, visado, entre otras cuestiones.

Centro de Estudios en Migración (CEM) de la Universidad de Los Andes

Según su experticia, indique ¿cuál es el estatus migratorio actual de Leticia? ¿Podría decirse que en este momento es apátrida?

El CEM y la Clínica Jurídica de Migrantes señalaron que, como Leticia se encuentra por fuera del territorio colombiano, no es relevante su estatus migratorio. En efecto, su intervención afirmó que la niña se encuentra en situación de apatridia en tanto no cuenta con la nacionalidad colombiana ni con la ucraniana.

¿Qué medidas puede tomar Colombia para enfrentar casos de riesgo de apatridia o apatridia de personas nacidas de gestación por sustitución? De ser posible, informe al despacho sobre tendencias en el derecho comparado o en el derecho internacional de las migraciones para enfrentar la apatridia.

Sobre este punto, los intervinientes indicaron que la Ley 2136 de 2021 se refiere a las personas apátridas, tanto nacidas en Colombia como en el extranjero, en sus artículos 65, 66 y 67. Sin embargo, estas disposiciones no cuentan con la necesaria reglamentación pues solo se conoce un proyecto de resolución.

En todo caso, el artículo 67 de dicha ley establece que la RNEC remitirá la solicitud de reconocimiento de la condición de apatridia a la Cancillería. Mediante acto administrativo, esta entidad determinará si la persona se encuentra en situación de apatridia y, de ser así, se tendrá que reconocer la nacionalidad colombiana por nacimiento. No obstante, este trámite exige que la persona solicitante se encuentre en territorio nacional. Lo que resulta imposible para Leticia porque, ante la falta de documentos de viaje, su derecho a la libre circulación se encuentra restringido.

El escrito pone de presente la situación de conflicto armado en Ucrania, la permanencia del padre por fuera de su país de origen y la custodia de la niña por parte de otros familiares como elementos que debe tener en cuenta la Cancillería. A su juicio, este contexto podría dificultar el reconocimiento de la nacionalidad ucraniana. Además, la experiencia de la Clínica de Migrantes demuestra que el actual procedimiento para el reconocimiento de la situación de apatridia de niñas y niños nacidos en territorio colombiano no prevé términos precisos. Por consiguiente, existe inseguridad jurídica y prolongación de su desprotección.

En cuanto a las tendencias, el escrito hace hincapié en la facultad discrecional de conceder la

nacionalidad, especialmente ante el riesgo de apatridia. Además, citó la Recomendación 2009 de 2013 del Consejo de Europa, cuyo principio 12 recomienda conceder la nacionalidad por derecho de sangre, si se reconoce la relación paternofilial.

De otro lado, la intervención citó una sentencia del Tribunal Constitucional austriaco que reconoció la relación familiar de los padres genéticos con sus hijos nacidos mediante gestación por sustitución.

¿Qué desafíos enfrentan las mujeres y las niñas en riesgo de apatridia o apátridas, especialmente en situaciones de conflicto como el que se desarrolla actualmente en Ucrania, o en pasos transfronterizos?

Los intervinientes señalaron la vulnerabilidad asociada a la violencia física, psicológica, sexual y de género; el reclutamiento por ejércitos y grupos armados; la explotación; la pérdida de contacto con sus padres o cuidadores; y la interrupción de la educación.

Especialmente, el escrito destacó la exacerbación de los riesgos y violencias que enfrentan las mujeres, niñas y adolescentes en contextos de conflicto armado.

O’Neill Institute for National and Global Health de la Universidad de Georgetown

¿Qué modelos regulatorios de la gestación por sustitución existen? En su opinión, ¿cuáles son más compatibles con un enfoque de salud pública y derechos humanos?

El derecho comparado presenta tres formas de abordar la gestación por sustitución: (i) quienes admiten esta práctica de forma explícita, ya sea total o parcialmente (en adelante, “modelo de la regulación expresa”); (ii) quienes toleran esta práctica, sin regularla ni prohibirla de forma expresa (en adelante, “modelo tolerante”); y (iii) quienes prohíben todas las formas de gestación por sustitución de forma explícita (en adelante, “modelo prohibicionista”).

El modelo de la regulación o habilitación expresa guarda mayor compatibilidad con la salud pública y los derechos humanos, en la medida en que permite diseñar un marco normativo que establezca tanto condiciones mínimas de aceptabilidad y calidad de esta práctica, como salvaguardias para la gestante. Todo ello conduce a la prevención o mitigación de los riesgos para la salud física y mental asociados a las técnicas de reproducción humana asistida, al

embarazo, al parto, y al período posterior al parto.

¿Cómo se resuelve en dichos modelos regulatorios el asunto de la filiación y la nacionalidad?

Así como no existe consenso sobre la regulación de la gestación por sustitución, tampoco existe uniformidad en el derecho comparado en la respuesta a la pregunta por la filiación y la nacionalidad en estos supuestos.

Como resultado de la acción conjunta entre, por un lado, los distintos modelos regulatorios de esta práctica y, por el otro, las distintas formas de atribuir nacionalidad, los casos de "turismo reproductivo" o los acuerdos de gestación por sustitución que presentan elementos transnacionales pueden constituir un riesgo de (i) filiación incierta; y/o (ii) apatridia. El expediente bajo estudio parece presentar ambos riesgos.

En la experiencia comparada, ante este tipo de casos y frente la ausencia de un marco regulatorio específico que permita establecer claramente la filiación y/o la nacionalidad de un niño/a nacido/a de un acuerdo de gestación por sustitución, la cuestión ha sido resuelta por los tribunales a partir del marco jurídico de protección internacional de los derechos de la niñez, especialmente la Convención sobre los Derechos del Niño y el criterio del interés superior de la niñez

Señale mecanismos de protección con los que cuentan las personas nacidas de gestación por sustitución en el derecho internacional frente al riesgo de apatridia.

En general, la intervención señaló que la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954, la Convención para Reducir los Casos de Apatridia de 1961, el caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana de la Corte IDH, la Opinión Consultiva 21-14 de 19 de agosto de 2014 de la Corte IDH y la Observación general conjunta No. 4/23 (2017) del Comité de Trabajadores Migratorios y sus Familiares y del Comité sobre los Derechos del Niño.

Para el contexto colombiano, la intervención resaltó la Resolución 8470 de 2019 de la RNEC, mediante la cual se habilitó la anotación en el registro civil de nacimiento que indicara "válido para demostrar nacionalidad" a personas en riesgos de apatridia. Esta medida fue

prorrogada a través de la Resolución 8617 de 2021, renovada automáticamente y se encuentra vigente.

Así mismo, este concepto destacó los pronunciamientos de la Corte Constitucional: T-212 de 2013, T-075 de 2015, T-006 de 2020, T-079 de 2021, SU-180 de 2022, T-393 de 2022 y T-183 de 2023.

Para el caso en concreto, el escrito planteó la necesidad de contar con salvaguardas que protejan a las partes involucradas en acuerdos de gestación por sustitución, como ha sido señalado por la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, y por diferentes expertos en el tema. Específicamente, se describieron los Principios para la protección de los derechos del niño nacido por gestación por sustitución (Principios de Verona). Según estos principios, si un Estado reconoce la filiación legal, ese Estado debe aplicar sus disposiciones sobre la adquisición de la nacionalidad en las mismas condiciones que cualquier otro hijo nacido en el territorio. Cuando esto no se pueda, en los casos en que los padres son desconocidos o no tienen la nacionalidad de ese Estado, y de lo contrario el niño/a sería apátrida, los principios alientan a los Estados a proporcionar asistencia necesaria y a conceder su nacionalidad al nacer a quienes nazcan en su territorio. De forma subsidiaria, se insta a considerar la concesión discrecional de nacionalidad del país de donde es nacional la gestante o, en última instancia, de otros Estados relacionados con el acuerdo.

Como mecanismos de protección, la intervención propone los siguientes.

Para prevenir el riesgo de apatridia: integración de una regla general conforme al principio de interés superior de la niñez y el deber general de prevención y erradicación de la apatridia; el país de nacimiento debe verificar que el registro esté permitido en el país de origen de los comitentes; vincular el criterio de interés superior de la niñez en cualquier análisis judicial o administrativo; la determinación del interés superior de la niñez, en casos de gestación por sustitución, debe considerar diversos factores; fomentar la colaboración entre Estados.

Para la protección general de la niñez: fomentar la existencia de datos desagregados oficiales y no oficiales sobre el número de nacimientos por gestación por sustitución; garantizar el registro de forma transparente y oportuna; habilitar procesos claros para delimitar la filiación y responsabilidad parental en estos casos; contar con un registro que permita conocer el origen de gestantes y donantes, para garantizar el derecho a la identidad;

implementar medidas para evitar abusos, trata y venta de niñas y niños nacidos de gestación por sustitución; las autoridades administrativas y judiciales deben contar con mecanismos y entrenamiento para responder a disputas o vulneraciones de derechos en el marco de acuerdos de gestación por sustitución.

39. Adicionalmente, la Corte recibió la intervención de la profesora Margarita María Useche Meneses, del área de derecho de familia de la Universidad Externado de Colombia, quien coadyuvó la respuesta a los interrogantes dirigidos al Centro de Estudios sobre Genética y Derecho de la Universidad Externado de Colombia.

En términos generales y según la legislación, jurisprudencia y práctica vigente en Colombia, ¿cómo se determina la filiación y la nacionalidad de personas nacidas por gestación por sustitución?

La profesora indica que, legalmente, la filiación se fija por el hecho del parto, conforme al artículo 49 del Estatuto del Estado Civil (Decreto 1260 de 1970). No obstante, es posible impugnar la maternidad a partir de un cotejo genético. Además, conforme a la jurisprudencia constitucional, la voluntad procreacional es el elemento que fija la filiación.

La nacionalidad de las niñas y niños que se gestan mediante las técnicas de reproducción humana asistida, así como de la gestación subrogada, deberá ser establecida por las reglas generales en la materia. Esta intervención señala que se reconoce como naturales colombianos a los hijos de colombianos nacidos en territorio colombiano o extranjero (ius sanguinis) o aquellos cuyos padres o alguno de ellos es colombiano y nace en suelo patrio o que sin ser colombianos cuentan con domicilio regular en el país (ius soli).

En relación con el estado de apatridia, el concepto indica que esta condición debe definirla el Ministerio de Relaciones Exteriores previo un trámite administrativo de consulta al país que niega la nacionalidad.

¿Cuáles son los debates en torno a la filiación y la nacionalidad de personas nacidas por gestación por sustitución en el derecho comparado, especialmente cuando el solicitante no es nacional del lugar en el que se produjo el nacimiento? Si es posible, señale avances al respecto en el derecho comparado.

La intervención aborda cinco tendencias identificables en materia de gestación por sustitución: prohibitiva, tolerante, regulador, regulación por parte de la profesión médica y libre mercado.

En relación con la legislación ucraniana, el escrito señala que la gestación por sustitución se permite para parejas heterosexuales nacionales o extranjeras. Es decir, que no se permite para personas solteras. Además, allí no se reconoce la nacionalidad de nacidos en territorio ucraniano, cuyos comitentes sean extranjeros.

De conformidad con el artículo 127 del Código de Familia, para el reconocimiento de la filiación de un padre soltero, se requiere que la autoridad de registro reconozca que la madre ha muerto, ha sido declarada incapaz o privada de sus derechos parentales y, por tanto, no ha vivido con el niño en los últimos 6 meses y no puede hacerse cargo. De ser así, su solicitud se admitiría y se definiría mediante decisión judicial.

Además, la profesora resaltó que la principal problemática en la gestación por sustitución transnacional es el turismo o exilio reproductivo/sanitario. Este fenómeno ha derivado en dos tipos de respuestas: la actividad judicial de organismos supranacionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la restricción de la práctica solo para nacionales como es el caso de India.

¿Qué lineamientos deben tenerse en cuenta en la regulación de las relaciones filiales en el marco de la gestación por sustitución?

El principal lineamiento es un correcto ejercicio de la responsabilidad parental, que va más allá de la voluntad de ser padres.

¿Qué lineamientos deben tenerse en cuenta en la definición de la nacionalidad en el marco de la gestación por sustitución?

40. Finalmente, mediante auto 2935 del 22 de noviembre de 2023, la Sala Primera de Revisión de Tutelas ordenó una medida provisional para salvaguardar los derechos de Leticia, mientras se adoptaba la decisión de fondo. De esta forma, se ordenó al Grupo Interno de Trabajo de Nacionalidad de la Dirección de Asuntos Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores que elevara consulta a la misión diplomática o consular de Ucrania

para que certificara si dicho país podía o no conceder la nacionalidad a la niña. Igualmente, se ordenó al Ministerio de Relaciones Exteriores emitir un concepto técnico en el que evaluara la situación de apatridia de Leticia. Por último, se ordenó que, si en dicho concepto constataba tal condición, la Dirección Nacional de Registro Civil de la Registraduría Nacional del Estado Civil dispusiera la inclusión en el espacio de notas del registro civil el sello de "válido para demostrar nacionalidad".

41. En respuesta, el 4 de diciembre de 2023, el Ministerio de Relaciones Exteriores remitió una nota diplomática a la Embajada de la República de Ucrania en Perú para que informara si era posible reconocer la nacionalidad de ese país a Leticia. El 22 de diciembre del mismo año, el ministerio remitió el concepto técnico número S-GNC-23-023329 a la RNEC para que se reconociera el riesgo de apatridia de Leticia y, por lo tanto, se expidiera un nuevo registro civil con sello de válido para demostrar nacionalidad. El 3 de enero de 2024, el RNEC expidió la resolución 030 mediante la cual se ordenó incluir provisionalmente la nota de "válido para reconocer nacionalidad" en el registro civil de nacimiento de Leticia en virtud de la constatación que hizo la Cancillería del riesgo de apatridia en que se encuentra la niña. Según el artículo segundo de dicha resolución, esta inscripción provisional se encuentra supeditada a la culminación del procedimiento de evaluación de la situación de apatridia por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores.

. CONSIDERACIONES

1.1. Competencia

42. La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos proferidos dentro del trámite de la referencia, con fundamento en lo establecido en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política, 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y 61 del Acuerdo 02 de 2015.

3.2 Presupuestos de procedibilidad de la acción de tutela

43. En el presente asunto, Boris, en nombre de su hija Leticia, formuló acción de tutela contra el Ministerio de Relaciones Exteriores y el departamento del Magdalena. Como medida de protección de los derechos al nombre, nacionalidad, igualdad e interés superior de la niña, el escrito de tutela solicitó que se ordene: (i) la ratificación de la nacionalidad colombiana de la

niña; (ii) la expedición del pasaporte colombiano por parte de la oficina de pasaportes de la gobernación de Magdalena y de la Cancillería de Colombia; así como: (iii) la eliminación de obstáculos, trabas, negligencias administrativas o impedimentos, por parte de la Cancillería de Colombia, para la expedición de pasaportes a los menores de edad nacidos por medio de gestación por sustitución y así garantizar la no discriminación. Por esta razón, previo a la formulación del problema jurídico de fondo, se debe determinar si, en el presente asunto, concurren los requisitos de procedencia.

Legitimación por activa

44. El artículo 86 de la Constitución Política dispone que toda persona, por sí misma o por quien actúe en su nombre, puede reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos fundamentales a través de la acción de tutela. De igual forma, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 establece que la solicitud de amparo puede ser presentada: (i) a nombre propio, (ii) mediante representante legal, (iii) por medio de apoderado judicial, o (iv) mediante agente oficioso. Sobre la representación judicial de los niños y las niñas, el artículo 306 del Código Civil dispone que esta corresponde a cualquiera de los padres. Por lo expuesto, el señor Boris tiene legitimación en la causa por activa para interponer como representante legal de su hija Leticia, quien es la titular de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados con las actuaciones de las accionadas.

Legitimación por pasiva

45. La jurisprudencia constitucional también ha precisado que el requisito de legitimación en la causa por pasiva se entiende como la aptitud procesal que tiene la parte demandada. Esto quiere decir que la accionada debe estar llamada a responder por la presunta vulneración o amenaza de los derechos fundamentales. A continuación, la Sala expone las razones por las que las accionadas y vinculadas en el presente asunto tienen legitimación en la causa por pasiva.

46. Para el examen de la legitimación en la causa por pasiva la Sala agrupará las autoridades, personas accionadas y vinculadas en el presente trámite constitucional a partir de: (i) sus competencias o participación en los trámites relacionados con la expedición de los documentos de identidad de la niña; (ii) otras personas o autoridades relacionadas con el proceso de impugnación de la maternidad, que constituyó el antecedente de la revocatoria

del reconocimiento inicial de la nacionalidad de la niña; y (iii) las autoridades o entidades que, si bien no han participado hasta el momento en las actuaciones identificadas en la acción de tutela como transgresoras de los derechos fundamentales de la niña, tienen competencias relevantes frente a una eventual orden de protección de los derechos de la niña o para la adopción de medidas más generales.

47. Así, frente al primer grupo identificado se tiene que están legitimados en la causa por pasiva: (i) el Ministerio de Relaciones Exteriores, que tiene a su cargo la función de expedir los pasaportes y autorizar mediante convenios con otras entidades públicas, su expedición, cuando lo estime necesario, razón por la que es presuntamente responsable por la cancelación del pasaporte inicialmente expedido a la niña; (ii) el departamento de Magdalena, oficina de pasaportes, debido a que en esta oficina de pasaportes el padre de la niña tramitó la expedición del pasaporte de la niña que le fue negado; y (iii) la RNEC. En relación con el segundo grupo están legitimados en la causa: (i) el Juzgado 37 de Familia de Bogotá; y (ii) Liliana. Por último, en el tercer grupo de entidades que tienen legitimación por pasiva, se encuentran: (i) la Superintendencia de Notariado y Registro; (ii) el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar; y (iii) el Departamento Administrativo Nacional de Estadística.

48. El departamento del Magdalena está legitimado pues, en virtud del artículo 303 de la Constitución Política, los gobernadores ejercen como agentes de la Presidencia de la República en aquellos asuntos que, mediante convenios, la Nación acuerde con el departamento. De esta forma es que, las gobernaciones, a través de acuerdos o convenios interadministrativos celebrados por el Ministerio de Relaciones Exteriores, colaboran en la prestación del servicio de expedición de pasaportes.

49. Así mismo, la RNEC se encuentra legitimada porque el artículo 5 del Decreto 1010 de 2000 establece que esta entidad se encarga de adoptar las políticas de registro civil en Colombia. Además, la RNEC lleva las estadísticas sobre el estado civil de las personas y atiende todo lo relativo al manejo de información, bases de datos, y archivo nacional de identificación. Esta institución también tiene dentro de sus funciones la realización de estudios e investigaciones en materia de registro del estado civil de las personas. Específicamente, la RNEC tiene a su cargo la inscripción de hijos de padres extranjeros, bajo los procedimientos establecidos en la Circular 168 de 2017. Por consiguiente, esta entidad

tiene legitimación por pasiva en lo que tiene que ver con estos trámites y con la adopción de medidas para evitar la vulneración de derechos de menores de edad nacidos mediante gestación por sustitución.

50. El Juzgado 37 de Familia de Bogotá tiene legitimación por pasiva en este asunto. Esta autoridad judicial, mediante sentencia del 23 de septiembre de 2022, resolvió declarar que la niña no era hija biológica de Liliana. En consecuencia, este fallo ordenó a la Notaría 27 del Círculo de Bogotá que tomara nota de esta decisión en el registro civil de nacimiento de la niña. Igualmente, la juez remitió esta providencia a la Dirección Nacional de Identificación de la RNEC para que realizara las anotaciones a las que hubiera lugar. Por consiguiente, a partir de esta decisión judicial, se eliminó el nombre de la madre en el registro civil de la niña y, por esta razón, le fue negada la expedición del pasaporte de la niña. Además, la parte accionante señala que en este fallo no se declaró que el señor Boris era padre soltero y único responsable de la niña. A su juicio, esto constituye un obstáculo para el reconocimiento de la nacionalidad por parte de las autoridades ucranianas.

51. Así mismo, la Notaría 27 de Bogotá se encuentra legitimada por pasiva en este caso. De conformidad con el artículo 3 del Decreto 960 de 1970 (Estatuto del Notariado), las notarías se encargan de llegar el registro del estado civil de las personas que comprende, entre otros, los nacimientos. Por lo tanto, esta entidad podría estar llamada a adoptar medidas con el fin de evitar la vulneración de derechos de menores de edad nacidos mediante gestación por sustitución.

52. La Superintendencia de Notariado y Registro está legitimada por las razones que se pasan a explicar. Según el artículo 11 del Decreto 2723 de 2014, esta entidad se encarga de impartir directrices e instrucciones para la prestación del servicio público de notariado. Con el fin de orientar el ejercicio de la actividad notarial, esta entidad puede expedir conceptos, circulares y demás actos administrativos que se requieran. Además, la SNR puede implementar sistemas administrativos y operativos, realizar programas de capacitación, así como promover estudios e investigaciones en materia notarial. Por lo tanto, esta entidad también podría estar llamada a adoptar medidas con el fin de evitar la vulneración de derechos de menores de edad nacidos mediante gestación por sustitución.

53. Igualmente, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar está legitimado en tanto la Ley

7 de 1979 dispone que esta entidad tiene por objeto el fortalecimiento de la familia, la protección de los menores de edad y la garantía de sus derechos. En particular, esta entidad se encarga de ejecutar políticas y programas, coordinar su acción con otros organismos públicos y privados, preparar proyectos de ley y reglamentos, así como realizar campañas de divulgación. Por lo tanto, esta entidad también podría estar llamada a adoptar medidas con el fin de evitar la vulneración de derechos de menores de edad nacidos mediante gestación por sustitución y, por lo mismo, se la considera legitimada por pasiva en este caso.

54. El Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) también está legitimado en la causa por pasiva. Conforme a lo dispuesto en el Decreto 262 de 2004, el DANE tiene la función de promover el desarrollo de información estadística e impulsar la implementación de sistemas de información oficial. Por lo tanto, esta entidad también podría estar llamada a adoptar medidas, en relación con la recopilación de datos de menores de edad nacidos mediante gestación por sustitución, con el fin de evitar la vulneración de sus derechos.

55. Si bien este tercer grupo de entidades (Superintendencia de Notariado y Registro, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y DANE) no son identificadas en la acción de tutela como transgresoras de los derechos fundamentales, la Sala destaca que, prima facie, en el ejercicio de sus competencias legales pueden adoptar medidas de protección. A partir de esta perspectiva de la legitimación en la causa por pasiva se tiene por acreditado el requisito formal en relación con estas entidades vinculadas al trámite.

56. Por último, se encuentra que Liliana, de nacionalidad colombiana, fue inicialmente vinculada a este trámite de tutela en tanto fue la madre gestante por sustitución, cuyo vínculo genético con la niña fue impugnado en el proceso judicial adelantado por el Juzgado 31 de Familia de Bogotá. No obstante, la Sala aprecia que la señora Liliana no está llamada a responder por la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales de Leticia. Por lo tanto, se resolverá desvincularla por falta de legitimación en la causa por pasiva.

Inmediatez

57. El artículo 86 de la Constitución Política dispone que las tutelas pueden presentarse en todo momento y lugar. No obstante, la Corte Constitucional ha precisado que el amparo debe solicitarse en un término razonable luego de la ocurrencia de la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales21. De esta forma, este requisito de inmediatez asegura la

protección urgente e inmediata que pretende este tipo de acción.

58. En este caso, la tutela fue presentada de forma oportuna. El 6 de diciembre de 2022, el señor Boris acudió a la cita previamente programada en la oficina de pasaportes del departamento del Magdalena con el fin de tramitar la expedición del pasaporte con el ajuste en el nombre de la niña7. No obstante, de manera verbal y a través de correo electrónico, enviado ese mismo día, la oficina de pasaportes le respondió que debía acreditar los requisitos de la Circular Única 168 del 22 de diciembre de 2017 de la RNEC8. El 9 de diciembre de 2022, el señor Boris radicó la solicitud de amparo, en nombre y representación de su hija2. En conclusión, no se superó un lapso mayor a tres días entre la respuesta de la oficina de pasaportes de la gobernación de Magdalena y la interposición de la tutela. Por consiguiente, para la Sala, la acción de tutela cumple con el criterio de inmediatez.

Subsidiariedad en el caso de los derechos de niñas, niños y adolescentes

60. La tutela bajo estudio reclama la protección de los derechos fundamentales de una niña que, pese a haber nacido en territorio colombiano se encuentra en estado de apatridia. Además, actualmente, la niña se encuentra en Ucrania, en riesgo de ser separada de su padre y expuesta al conflicto armado internacional entre este país y Rusia. Por consiguiente, al tratarse de un sujeto de especial protección constitucional, este análisis debe adelantarse de manera amplia y flexible.

61. En este caso, según las manifestaciones de la acción de tutela y la información recaudada, la niña no podría obtener el reconocimiento de la nacionalidad ucraniana ante las autoridades de ese país. En primer lugar, porque allí no se permite la inscripción de menores de edad, cuando no aparece su madre el registro civil de nacimiento. En segundo lugar, porque la sentencia de impugnación de maternidad no reconoció al señor Boris como padre soltero y único responsable de la niña. Además, al tener actualmente su pasaporte cancelado, la niña no podría desplazarse a otro país que tenga embajada de Ucrania para solicitar el reconocimiento de la nacionalidad de ese país. Pese a esto, el señor Boris ha desplegado diversas actuaciones dirigidas a la obtención de la nacionalidad y de un pasaporte o visa para su hija sin obtener resultados favorables. En primer lugar, el padre de la niña solicitó el reconocimiento de la nacionalidad ucraniana para su hija en la embajada de Hungría. Sin embargo, allí le exigieron demostrar su residencia en ese país y contar con una

visa de larga estadía.

62. En segundo lugar, tampoco puede encontrar respuesta favorable en Ucrania. Según los planteamientos del actor, que no fueron controvertidos en este proceso de tutela, de acuerdo con la legislación de su país, las autoridades no pueden reconocer esa nacionalidad a la niña porque en su registro civil de nacimiento no figura una madre y porque no se encuentra probado que él sea padre soltero y único responsable de la menor de edad. Como se explicó en los hechos, en Ucrania, para el reconocimiento de la nacionalidad de hijos de ucranianos nacidos en el extranjero, se requiere la inscripción de la madre y del padre en el registro civil de nacimiento, mientras que para hijos con otra nacionalidad no se requiere la inscripción de ambos padres. Así, si la niña tuviera reconocida su nacionalidad colombiana, este requisito de tener a ambos padres en su registro no se exigiría y podría acceder a la nacionalidad ucraniana sin problema (supra, 9 y 10). En efecto, según lo resaltó la intervención de la profesora Margarita María Useche Meneses, del área de derecho de familia de la Universidad Externado de Colombia, de conformidad con el artículo 127 del Código de Familia de Ucrania, para el reconocimiento de la filiación de un padre soltero, se requiere que la autoridad de registro reconozca que la madre ha muerto, ha sido declarada incapaz o privada de sus derechos parentales y, por tanto, no ha vivido con el niño en los últimos 6 meses y no puede hacerse cargo. De ser así, su solicitud se admitiría y se definiría mediante decisión judicial. Además, conforme al artículo 135 de ese mismo Código de Familia de Ucrania, es posible que una madre soltera adelante el registro de su hijo o hija. Sin embargo, según lo que se le informó a la Sala, esta posibilidad no está prevista en la norma para los padres solteros.

63. En tercer lugar, el señor Boris solicitó la expedición de un nuevo pasaporte para su hija ante las autoridades colombianas, pero dada la impugnación judicial de la madre colombiana y ante la imposibilidad de demostrar su domicilio en este país al momento del nacimiento de su hija, este no fue expedido y el anterior documento fue cancelado. Por último, el señor Boris solicitó la visa para su hija en Australia pero como ella no contaba con una nacionalidad, este permiso tampoco fue concedido por dicho país.

64. Ante estas circunstancias, la parte accionante podría adelantar el trámite para la inscripción de menores de edad, cuyos padres sean extranjeros y a quienes ningún Estado les reconozca la nacionalidad, establecido en la Circular 168 de 2017 de la RNEC. Para esto, el padre de la niña tendría que indicar la condición de apatridia ante la Dirección Nacional de

Registro Civil para que esta dependencia remita la solicitud al Ministerio de Relaciones Exteriores. Esta entidad elevaría, a su vez, una consulta a la misión diplomática o consular de Ucrania y, de esta forma, se constataría su situación de apatridia. A través de este procedimiento, la RNEC emitiría un acto administrativo que ordenaría consignar en el registro civil de la niña la anotación "válido para demostrar nacionalidad". De tal modo, una vez reconocida la nacionalidad colombiana, la niña podría obtener su pasaporte.

65. La existencia del mecanismo administrativo descrito no impacta la procedencia de la acción de tutela para la protección de los derechos de la niña. De un lado, resulta desproporcionado exigirle a la parte accionante que, en sus condiciones actuales, agote los trámites administrativos disponibles. De otro lado, el artículo 86 de la Constitución Política dispone como requisito de procedencia de la acción de tutela que los afectados no dispongan de otro medio de defensa judicial mas no administrativo. En todo caso, esta vía administrativa no resultaría eficaz porque, como lo señaló el Centro de Estudios en Migración (CEM) de la Universidad de Los Andes, el procedimiento exige que el solicitante se encuentre en territorio nacional, circunstancia que resulta de imposible cumplimiento para Leticia porque, ante la falta de documentos de viaje, su derecho a la libre circulación se encuentra restringido. Como también lo indica el CEM, el actual procedimiento para el reconocimiento de la situación de apatridia de niñas y niños nacidos en territorio colombiano no prevé términos precisos. Por consiguiente, este mecanismo no provee un remedio integral y expedito puesto que existe inseguridad jurídica y prolongación de la desprotección de los menores de edad en riesgo de apatridia.

66. En relación con los mecanismos judiciales disponibles, la parte accionante pudo haber acudido a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para ejercer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. Esto lo pudo haber hecho dentro de los cuatro meses siguientes a la respuesta mediante la cual la oficina de pasaportes de Magdalena le exigió acreditar los requisitos de la Circular 168 de 2017. Sin embargo, conforme a las circunstancias del caso, este medio de defensa judicial no hubiera resultado idóneo ni eficaz para la protección de la niña. A través de esta vía judicial, no se hubiera abordado la dimensión constitucional del caso ni se hubieran podido adoptar las medidas necesarias para la protección de los derechos fundamentales de la niña. Además, no resultaría admisible exigirle al padre de la niña que agotara este medio de control porque, además del tiempo restringido de su caducidad, es bien sabido que los procesos de nulidad y restablecimiento

del derecho tienen una duración considerable que no se compadece con la urgencia que demanda la protección de los derechos fundamentales de la niña.

67. Por lo expuesto, este caso cumple la subsidiariedad como condición de procedencia de la acción de tutela.

3.3. Presentación del caso, problemas jurídicos y metodología

68. La Sala Primera de Revisión se enfrenta a un caso sin duda complejo que pone en tensión la libertad del Estado colombiano para definir las reglas de acceso a su nacionalidad y la posibilidad de que, en virtud de dichas reglas, personas nacidas en Colombia se confronten con el riesgo de apatridia. En este caso, además, las condiciones se agravan por la falta de regulación de la gestación por sustitución como técnica de reproducción humana asistida.

69. En esta oportunidad, la acción de tutela que debe resolver la Sala fue interpuesta por la alegada vulneración de los derechos al nombre, nacionalidad, igualdad e interés superior de una niña nacida en Colombia a través del procedimiento de gestación por sustitución. Mediante un proceso judicial, se estableció que la gestante por sustitución, de nacionalidad colombiana, no es su madre biológica. Por lo tanto, únicamente se reconoció en el registro civil a su padre biológico de nacionalidad ucraniana, quien no se encontraba domiciliado en Colombia al momento del nacimiento, pues contaba tenía un permiso de turismo y no con una visa de residente. Esto llevó a que se expidiera un nuevo registro civil en el que no se reconoce la nacionalidad de la niña. Por lo tanto, se canceló su pasaporte y no se le expidió uno con su nuevo nombre. Por su parte, las autoridades accionadas plantearon que en este caso no se verifican los requisitos para que se le reconozca a la niña la nacionalidad colombiana, debido a que no es hija de padres colombianos y no se cumple la condición de domicilio en el país por parte del padre extranjero.

70. Para darle una solución al caso, la Sala deberá resolver el siguiente problema jurídico: ¿se vulneran los derechos a la nacionalidad, identidad e igualdad de una niña nacida en territorio colombiano a quien no se le reconoce la nacionalidad colombiana, debido a que: (i) se declaró judicialmente que la mujer de nacionalidad colombiana que dio a luz a la niña, al ser una gestante sustituta sin vínculo genético con ella, no era su madre a la luz de la legislación civil; y que (ii) su padre, de nacionalidad ucraniana, no tenía domicilio en Colombia al momento de su nacimiento?

71. Con el objeto de responder a este interrogante, en primer lugar, se hará referencia al derecho a la nacionalidad y las reglas para adquirir la nacionalidad colombiana, de acuerdo con el ordenamiento constitucional y legal vigente. Acto seguido, se analizará el fenómeno de la apatridia y las obligaciones del Estado para enfrentarla. Posteriormente, se estudiarán los distintos modelos de gestación por sustitución, la jurisprudencia constitucional al respecto y los riesgos de esta práctica sobre la nacionalidad de los niños y las niñas. Luego, se analizarán los derechos de las niñas y los niños en el contexto del riesgo de apatridia en virtud de la gestación por sustitución trasnacional. Por último, se abordará el caso concreto y con ello se dará solución al problema jurídico planteado.

3.4. La nacionalidad y sus reglas de adquisición en Colombia

72. La nacionalidad es el vínculo jurídico que une a las personas con determinado Estado. Dado que opera como punto de partida para el reconocimiento y garantía de otros derechos, la doctrina lo califica como “el derecho a tener derechos” en tanto permite que los individuos gocen de la protección jurídica que otorga ser nacional de un país, especialmente frente a la vulneración de sus derechos fundamentales. En todo caso, no es un concepto desprovisto de crítica, en la medida en que circunscribe el reconocimiento pleno de la dignidad de las personas a su vínculo con un determinado Estado-nación.

73. La identificación nacional, así como la idea misma del Estado-nación, es una invención moderna. Aunque desde el punto de vista historiográfico la cuestión nacional es reciente, la definición de conceptos como el de nación suscita amplios y profundos debates teóricos. Estas discusiones reflejan diversos intentos por establecer criterios que distingan la nacionalidad. En la literatura académica, algunas posturas se inclinan por adoptar criterios objetivos (como la lengua, el territorio o la pertenencia étnica), mientras que otras admiten la posibilidad del auto reconocimiento. Al respecto, trabajos de reconocidos historiadores destacan que la nacionalidad no puede reducirse a una sola dimensión, pues, así como los criterios objetivos pueden cambiar y ser difusos, la mera conciencia de nacer en un país muchas veces es insuficiente para definir ese atributo. Desde este enfoque, los seres humanos se definen y redefinen a sí mismos como integrantes de una comunidad mediante múltiples y complejas formas. Por tal motivo, aunque en su dimensión política, jurídica y administrativa el reconocimiento de la nacionalidad resulte subordinado a una serie de procedimientos dispuestos por las autoridades, es importante tener en cuenta que éstos no

agotan lo que significa e implica la identificación nacional.

74. Ahora bien, en el régimen constitucional colombiano la nacionalidad es a la vez un derecho fundamental y un atributo de la personalidad. El reconocimiento de la nacionalidad como un derecho fundamental es producto de la interpretación sistemática que del texto constitucional hace la Corte Constitucional. En específico, la Corte reconoce la naturaleza de derecho fundamental de la nacionalidad desde la sentencia C-004 de 1998 y ha ampliado progresivamente su ámbito de protección a partir de la doctrina del bloque de constitucionalidad.

75. Al respecto, los tratados internacionales de derechos humanos de los que Colombia es parte reconocen expresamente que la nacionalidad es un derecho humano. La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 15, dispone que toda persona tiene derecho a una nacionalidad y, por tanto, no se le puede privar arbitrariamente de la misma. De igual forma lo establecen la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 7), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 24), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 5) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 20). El último instrumento también establece que quienes habitan en los Estados parte tienen derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nacieron, si es que no tienen derecho a otra nacionalidad (artículo 20.2).

76. Asimismo, al amparo del bloque de constitucionalidad y de la jurisprudencia de esta Corte, el derecho a la nacionalidad tiene tres componentes: (i) el derecho a adquirir una nacionalidad; (ii) el derecho a no perder la nacionalidad; y (iii) el derecho a cambiar de nacionalidad. En el presente asunto, en atención al tema que se debate sobre los derechos de Leticia, la Sala se centrará en la dimensión de acceso a la nacionalidad.

77. El artículo 96 de la Constitución Política establece los modos de adquisición de la nacionalidad. Para esos efectos, reconoce que la nacionalidad en Colombia puede adquirirse por nacimiento o por adopción. En ese sentido, la Constitución establece un régimen mixto que combina medidas de adquisición de la nacionalidad entre el ius soli, es decir, por nacimiento efectivo en el territorio, y el ius sanguini, esto es, por ser hijo e hija de nacionales colombianos.

78. Por nacimiento, las personas pueden adquirir la nacionalidad colombiana en las siguientes condiciones: (i) si el padre y/o la madre también nació en este país; (ii) si alguno de ellos es nacional colombiano; o (iii), si pese a ser extranjero, estuvo domiciliado en Colombia al momento del nacimiento. También pueden tener la nacionalidad colombiana quienes nazcan en el exterior, sean hijos de colombianos y decidan domiciliarse en este territorio o registrarse en una oficina consular de la República. En cualquier caso, la Constitución determina que a ningún colombiano por nacimiento se le podrá privar de su nacionalidad.

79. Por otra parte, los extranjeros pueden adquirir la nacionalidad por adopción a través de una carta de naturalización. Además, la pueden adquirir las personas nacidas en Latinoamérica y el Caribe domiciliadas en Colombia, mediante una autorización del gobierno. Por último, también pueden obtener la nacionalidad por adopción las personas pertenecientes a pueblos indígenas cuyo territorio sea fronterizo.

80. Los preceptos constitucionales citados se desarrollan en la Ley 2332 de 2023, que establece las reglas de adquisición, renuncia, pérdida y recuperación de la nacionalidad colombiana. Para el caso objeto de estudio es particularmente importante analizar las normas que desarrollan la adquisición de la nacionalidad por nacimiento cuando se trata de hijos e hijas de personas extranjeras.

81. Al igual que el artículo 96 Superior, el artículo 4 de esta ley señala que "[s]on naturales de Colombia las personas nacidas dentro de los límites del territorio nacional [siempre y cuando] siendo hijos de extranjeros, el padre y/o la madre estuvieren domiciliados en Colombia al momento del nacimiento". Es decir, tanto la Constitución como la ley supedita la adquisición de la nacionalidad por nacimiento de hijos e hijas de extranjeros a la condición migratoria de sus progenitores.

82. Efectivamente, que la madre o el padre deba estar domiciliado en Colombia al momento del nacimiento exige que este tenga una estancia regular acompañada del ánimo de permanecer en el territorio, tal como lo señala el artículo 4 de la ley mencionada. Según el inciso segundo de dicha disposición, esa intención de permanencia se prueba con la titularidad de una visa vigente expedida por el Ministerio de Relaciones Exteriores que autorice la residencia regular en Colombia, durante tres años continuos o ininterrumpidos.

Por consiguiente, conforme al parágrafo 4 de este artículo, la permanencia irregular de extranjeros o su presencia en territorio colombiano de manera accidental, estacional o como visitante no constituye domicilio y, por tanto, no permite la inscripción de sus hijos nacidos en Colombia como nacionales.

83. Ahora bien, conforme al parágrafo 1 del artículo antes citado, la verificación del cumplimiento de estos requisitos para el reconocimiento de la nacionalidad por nacimiento es competencia de la RNEC. Esta entidad estableció el trámite para la inscripción de los menores de edad, nacidos en territorio colombiano, que sean hijos de padres extranjeros, a través de la Circular 168 del 22 de diciembre de 2017. De conformidad con este procedimiento, el funcionario registral debe verificar el tipo de visa que tenía el padre o madre, al momento del nacimiento del niño o niña para corroborar su domicilio en Colombia. En el espacio de notas del registro civil, el funcionario incluirá la observación correspondiente en relación con la acreditación de los requisitos para demostrar nacionalidad.

84. En todo caso, la condición impuesta por la Constitución y desarrollada por la ley no desampara a las personas que, por ser hijas de extranjeros sin residencia permanente y regular en Colombia, se encuentren en riesgo de apatridia. En efecto, la Ley 2332 establece que cuando exista riesgo de apatridia, será posible reconocer la nacionalidad por nacimiento sin la necesidad de cumplir con el requisito de residencia de los padres extranjeros. Esta posibilidad está contemplada en el parágrafo 2 de la ley en mención, así como en la Circular 168 del 22 de diciembre de 2017, y se desarrolla a profundidad en el siguiente apartado.

85. En síntesis, la nacionalidad es un derecho humano, reconocido en múltiples instrumentos internacionales y que en el ordenamiento jurídico colombiano se reconoce tanto como derecho fundamental como atributo de la personalidad. La nacionalidad colombiana se adquiere por nacimiento o por adopción, y se sujeta a reglas que están definidas en el artículo 96 Superior y la Ley 2332 de 2023. Cuando se trata de hijos e hijas de extranjeros nacidas en el territorio colombiano, según la Constitución y la ley, es necesario que se encuentren domiciliados en el país por lo menos 3 años continuos o ininterrumpidos. Sin embargo, el ordenamiento jurídico colombiano reconoce la nacionalidad por nacimiento a quienes se encuentren en riesgo de apatridia.

86. Así las cosas, dado que el caso objeto de estudio involucra una situación en la que una

niña puede encontrarse en riesgo de apatridia, en la siguiente sección se desarrolla el alcance de ese concepto y las obligaciones del Estado colombiano al respecto.

3.5. Obligaciones del Estado frente al riesgo de apatridia

87. La apatridia es un fenómeno propio de la organización política global a partir de la figura del Estado-nación y supone que ningún Estado reconoce como nacional suya a una persona. En ese sentido, según la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954, un apátrida es "toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación". Teniendo en cuenta el efecto que la apatridia genera en el goce de múltiples derechos fundamentales, los Estados, incluido el Estado colombiano, tienen diversos compromisos internacionales para prevenir y erradicar la apatridia.

88. En efecto, dado que la nacionalidad es un derecho sombrilla a partir del cual se desprende la titularidad jurídica de derechos y deberes frente a determinado Estado, la apatridia es un fenómeno que tiene por efecto impedir o limitar injustificadamente el ejercicio de derechos, de suerte que deja a quienes se encuentran en esa condición en una situación de vulnerabilidad extrema. Así, según el Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), las personas apátridas enfrentan condiciones graves y precarias "que pueden abarcar la carencia de identidad jurídica y la denegación de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales" y que, en consecuencia, pueden impedir el acceso a la educación, dejar a la persona con una libertad de circulación limitada, permitir situaciones de detención prolongada, imposibilitar la búsqueda de empleo, la falta de acceso a la propiedad y la falta de acceso a la atención médica básica.

89. El sistema internacional se ocupa de la apatridia desde hace varias décadas en respuesta al obstáculo que supone este fenómeno para el ejercicio de derechos humanos. En particular, la lucha contra la apatridia se condensa en dos tratados internacionales de los cuales Colombia es parte desde la Ley 1588 de 2012. Por un lado, la ya citada Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, conforme a la cual Colombia tiene la obligación de no discriminar a las personas apátridas que se encuentran en su territorio. Así mismo, Colombia tiene el deber de garantizar una vida digna para las personas apátridas a través de medidas como la exención de reciprocidad, conforme a la cual los Estados parte tienen el deber de reconocer,

cuando menos, los mismos derechos que se reconocen a los extranjeros.

90. Por otro lado, la Convención para Reducir los Casos de Apatridia de 1961 (en adelante la Convención de 1961), le impone al Estado la obligación de conceder la nacionalidad a toda "persona nacida en su territorio que de otro modo sería apátrida". Según la Convención, se debe conceder la nacionalidad de pleno derecho al momento del nacimiento o por solicitud del interesado o su representante de conformidad con los procedimientos previstos en la legislación del Estado parte. Dichas solicitudes de reconocimiento no pueden ser rechazadas. Por su parte, el artículo 8 de este tratado dispone que "los Estados contratantes no privarán de su nacionalidad a una persona si esa privación ha de convertirla en apátrida."

91. En todo caso, la Convención de 1961 le reconoce a los Estados un margen de acción a partir del cual puede imponer como condiciones para adquirir la nacionalidad las siguientes: (i) que se estipulen edades para hacer la solicitud, que no pueden superar los 18 años y cuyo resultado no puede prolongarse por encima de los 21; (ii) que quien solicita el reconocimiento de la nacionalidad haya permanecido por un lapso dentro del territorio del Estado, que no puede ser superior a 10 años; (iii) que el solicitante no haya sido condenado por delitos contra la seguridad nacional ni que tuviese penas de prisión superiores a 5 años; y (iv) que el solicitante no haya adquirido nacionalidad alguna al nacer o con posterioridad.

92. Al estudiar la constitucionalidad de la ley aprobatoria de ambos tratados, la Corte Constitucional señaló que, si bien del bloque de constitucionalidad se desprende un derecho humano a la nacionalidad, los Estados tienen la potestad de regular autónomamente los modos para adquirirla. Al respecto, la Corte consideró que la norma contenida en el artículo 1 de la Convención es compatible con el artículo 96 de la Constitución Política en la medida en que se prevé la adquisición de la nacionalidad para quienes nazcan en Colombia y que cumplan dos condiciones: (i) que al menos uno de sus progenitores tenga la nacionalidad colombiana; (ii) que, si sus padres son extranjeros, al menos uno tenga su domicilio en Colombia al momento del nacimiento. En ese sentido, la Corte hizo la salvedad de que "la nacionalidad colombiana no se obtiene de pleno derecho por el nacimiento en territorio colombiano", pues es indispensable que se cumpla al menos uno de los dos requisitos antes descritos.

93. La disposición constitucional y su desarrollo jurisprudencial indican que el acceso a la

nacionalidad por nacimiento de hijos e hijas de personas extranjeras depende de la situación migratoria de los padres, esto es, que tengan una estancia permanente y regular en Colombia que sirve de prueba del domicilio. Sin embargo, esta disposición debe ser interpretada de forma sistemática con otras disposiciones constitucionales y con el bloque de constitucionalidad. En particular, el Estado tiene el deber de aplicar las normas sobre nacionalidad con apego al principio de dignidad humana (artículo 1), a su deber de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (artículo 2), el principio de igualdad y no discriminación (artículo 13) y el principio de interés superior de la niñez (artículo 44).

94. En ese sentido, la Corte Constitucional ha adoptado como criterio interpretativo algunas fuentes del derecho internacional de los derechos humanos relevantes para garantizar la supremacía del espíritu de la Constitución de 1991. En particular, la Corte ha tomado como guía la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. En esta decisión, la CorteIDH señaló que (i) “el estatus migratorio de una persona no puede ser condición para el otorgamiento de la nacionalidad por el Estado, ya que su calidad migratoria no puede constituir, de ninguna forma, una justificación para privarla del derecho a la nacionalidad ni del goce y ejercicio de sus derechos”; (ii) “el estatus migratorio de una persona no se trasmite a sus hijos”; (iii) “la condición del nacimiento en el territorio del Estado es la única a ser demostrada para la adquisición de la nacionalidad, en lo que se refiere a personas que no tendrían derecho a otra nacionalidad, si no adquieren la del Estado en donde nacieron”.

95. A la luz de la jurisprudencia de dicho Tribunal, la facultad de los Estados de definir las reglas sobre el acceso a su nacionalidad “sufre un constante proceso de restricción conforme a la evolución del derecho internacional, con vistas a una mayor protección de la persona”. De este modo, según la Corte IDH, los Estados no pueden “adoptar prácticas o legislación, respecto del otorgamiento de la nacionalidad, cuya aplicación favorezca el incremento del número de personas apátridas”.

96. En la misma línea, esta Corte ha tenido en cuenta los pronunciamientos del Comité de Derechos del Niño como el Comité de Protección de los Derechos de Todos Trabajadores Migratorios y de sus Familiares en la Observación General Conjunta 3 y 22. Ambos órganos convencionales de Naciones Unidas señalaron que, si bien los Estados no tienen el deber de

conceder su nacionalidad a todas las personas nacidas en su territorio, sí tienen la obligación de tomar todas las medidas dirigidas a evitar la apatridia. En ese sentido, los Comités indicaron que, para asegurar el derecho de todas las niñas y niños a una nacionalidad, los Estados deben remover todas las leyes que impidan reconocer ese derecho por razones como la situación migratoria de los niños y niñas, o de sus padres.

97. En desarrollo de esta interpretación sistemática e integral del artículo 96 constitucional, el Estado colombiano ha adoptado una serie de medidas para enfrentar el riesgo de apatridia, especialmente de niños y niñas. Así, por ejemplo, mediante la Ley 1997 de 2019, se garantizó el acceso a la nacionalidad de niñas y niños nacidos de padres venezolanos en Colombia con independencia de su situación migratoria a través de una presunción de residencia, en los siguientes términos:

“Parágrafo. Excepcionalmente se presumirá la residencia y ánimo de permanencia en Colombia de las personas venezolanas en situación migratoria regular o irregular, o solicitantes de refugio, cuyos hijos e hijas hayan nacido en territorio colombiano desde el 1 de enero de 2015 y hasta 2 años después de la promulgación de esta ley”.

98. Al respecto, hay que precisar que la Corte Constitucional conoció una demanda de inconstitucionalidad contra la expresión “venezolanas” contenida en el parágrafo citado. A juicio del demandante en esa ocasión, la referencia a la nacionalidad de los padres vulnera el principio de igualdad y no discriminación por introducir una distinción de trato basada en la nacionalidad de los padres, un criterio sospechoso de discriminación a la luz del artículo 13 superior. Mediante la sentencia C-119 de 2021 la Sala Plena declaró la constitucionalidad de la expresión demandada después de aplicar un juicio integrado de igualdad en su versión estricta.

99. En dicha oportunidad la Corte consideró que la medida persigue una finalidad constitucional imperiosa pues busca precaver el riesgo cierto de apatridia que enfrentan los hijos e hijas de personas venezolanas que desde 2015 ingresaron al territorio colombiano huyendo de la crisis humanitaria en Venezuela. Así mismo, la Sala reconoció que la medida es idónea en tanto presumir la residencia de los padres en efecto conduce a facilitar el reconocimiento de la nacionalidad por nacimiento al amparo del artículo 96 superior. Además, la Corte consideró que la medida era necesaria porque otras medidas previas para

regularizar la situación migratoria de personas venezolanas en Colombia no resultaron efectivas para prevenir la apatridia de sus hijas e hijos. Por último, la Sala estimó que la medida era estrictamente proporcional porque se trataba de un mecanismo excepcional y con un límite temporal delimitado destinado a atender la situación humanitaria crítica derivada del éxodo venezolano, de modo que no es la única forma en la que personas extranjeras de otras nacionalidades persigan el reconocimiento de sus hijas e hijos nacidos en Colombia.

100. Asimismo, la Corte Constitucional cuenta con jurisprudencia que, a la luz de la legislación anterior sobre acceso a la nacionalidad, establece mecanismos precisos para conceder excepcionalmente la nacionalidad a personas en riesgo de apatridia. Efectivamente, en la sentencia T-006 de 2020, la Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional adoptó una regla de decisión según la cual, cuando una niña o niño nacido en Colombia se encuentra en riesgo de apatridia y sus padres sean nacionales de otro país, es deber de las autoridades del Estado (i) tener en cuenta “los motivos de salida del país de residencia habitual de los padres” y (ii) “la posibilidad real de los niños de adquirir la nacionalidad de origen de sus padres, esto es la existencia o no de obstáculos insuperables” que impidan el acceso al derecho a la nacionalidad de los padres, pues nadie está obligado a lo imposible. Si se verifica que, en efecto hay una imposibilidad fáctica de acceder a esa otra nacionalidad, las autoridades están obligadas a reconocer la nacionalidad colombiana como medida indispensable para evitar la concreción del riesgo de apatridia.

101. Las reglas esbozadas por la Corte en las sentencias C-119 de 2021 y T-006 de 2020 permearon la racionalidad del legislador al expedir la Ley 2332 de 2023, que es la legislación vigente sobre acceso a la nacionalidad colombiana. En efecto, según el parágrafo 2 del artículo 4 de dicho cuerpo normativo, la exigencia del domicilio solo se exceptúa para las personas nacidas en territorio colombiano, cuyos padres sean extranjeros y a quienes ningún Estado les reconozca la nacionalidad. Para estos casos, la Circular 168 del 22 de diciembre de 2017 señala que el funcionario registral debe orientar al declarante para que presente un escrito a la Dirección Nacional de Registro Civil en el que indique la condición de apatridia. Esta dependencia remitirá la solicitud al Grupo Interno de Trabajo de Nacionalidad de la Dirección de Asuntos Jurídicos Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores.

102. Conforme a este procedimiento, este ministerio debe oficiar a la misión diplomática o

consular del Estado de la nacionalidad de los padres para que certifique que dicho país puede conceder o no la nacionalidad al niño o niña. Además, el ministerio debe emitir un concepto técnico en el que evalúe la situación de apatridia, cuando la misión diplomática o consular no se pronuncie o informe que la nacionalidad por consanguinidad se condiciona al cumplimiento de otro requisito. Una vez recibido este concepto, la Dirección Nacional de Registro Civil debe proferir un acto administrativo en el que ordene incluir en el espacio de notas del registro civil que es válido para demostrar nacionalidad. Todo esto, tras haberse constatado la situación de apatridia, en cumplimiento de los mandatos que obligan a los Estados a reducir este fenómeno.

Figura 1. Procedimiento para la inscripción de hijos e hijas de extranjeros nacidos en el territorio colombiano a los cuales ningún Estado les reconozca la nacionalidad. Elaboración propia a partir de lo dispuesto en la Circular 168 de 2017.

103. De la figura 1 se pueden extraer varias conclusiones: (i) en Colombia existe un procedimiento específico que permite hacer frente al riesgo de apatridia de niñas y niños; (ii) varias autoridades están involucradas en la expedición de los documentos de identidad de las niñas y los niños en riesgo de apatridia o apátridas; (iii) el único término preciso que prevé el procedimiento es el de 3 meses para esperar la respuesta de la misión consular del país de origen de el o los padres.

104. Sin embargo, se observa que el trámite previsto en la Circular 168 de 2017 para reconocer la nacionalidad de personas en riesgo de apatridia no cuenta con términos precisos para su determinación, salvo el de tres meses para esperar la respuesta de la misión consular que corresponda. En ese sentido, al menos en principio, no es claro en qué tiempo deben actuar las autoridades colombianas con responsabilidades en el proceso de reconocimiento de la nacionalidad de personas en riesgo de apatridia, una situación que, como se dijo antes, es apremiante por la afectación de diferentes derechos de quienes se encuentran en esa situación. Este vacío puede derivar en retardos que hagan más lesiva la situación de quien reclama su nacionalidad para no quedar en estado de apatridia, como resaltó el Centro de Estudios en Migración de la Universidad de los Andes.

105. Vistas todas estas consideraciones, la Sala Primera de Revisión considera que, a la luz del principio de interés superior de los niños y las niñas y de las obligaciones del Estado en

materia de lucha contra la apatridia, es posible concluir que cuando un niño o niña nacida en territorio colombiano se encuentre en riesgo de apatridia, excepcionalmente y por expreso mandato legal, las autoridades encargadas de expedir los documentos de identidad no podrán exigir un requisito diferente al nacimiento efectivo de esa persona en el territorio nacional. Igualmente, a la luz del artículo 8 de la Convención de 1961 para Reducir los Casos de Apatridia, una vez concedida la nacionalidad a una persona nacida en Colombia, esta no podrá ser revocada: (i) con base en criterios sospechosos de discriminación como la situación migratoria de sus padres; (ii) cuando esa decisión implique poner en riesgo de apatridia a la persona nacida en territorio nacional.

106. Cabe aclarar que las reglas arriba descritas no suponen desconocer o modificar el precedente constitucional fijado en la sentencia C-622 de 2013. Por el contrario, lo que hacen es actualizar su contenido para responder a una realidad trasnacional que el juez constitucional no pudo prever al momento de analizar la constitucionalidad de las convenciones de 1957 y 1961 sobre apatridia. En efecto, al confrontar en abstracto el contenido específico de las convenciones con el artículo 96 de la Constitución Política, no le correspondía a la Corte describir prácticas singulares como la de la gestación por sustitución trasnacional y sus efectos sobre la nacionalidad. Era, además, poco probable que, de cara a los retos actuales propios del fenómeno migratorio, la Corte pudiera anticipar los cambios normativos que se introdujeron recientemente para armonizar los compromisos internacionales de Colombia frente a la prevención de la apatridia, los modos de adquisición de la nacionalidad previstos en la Constitución de 1991 y el interés superior de los niños y las niñas.

107. En todo caso, se debe entender que el carácter excepcional de estas medidas supone la obligación de constatar que existen obstáculos severos para que el niño o la niña adquiera la nacionalidad de origen de sus padres. Para esos efectos, además del trámite que exige acreditar el domicilio de los padres extranjeros, existe un procedimiento vigente en la Circular 168 de 2017 aplicable frente al riesgo de apatridia en el que no se requiere cumplir ese requisito, tal como se ilustró líneas arriba. Su aplicación implica un acompañamiento activo de las autoridades domésticas que detecten un posible riesgo de apatridia cuando se adelantan los trámites registrales, particularmente si se trata de niños y de niñas.

108. Ahora bien, en virtud de los hechos del caso, a continuación, se hará una aproximación

a los modelos de gestación por sustitución, a la jurisprudencia constitucional al respecto y al riesgo de apatridia como una consecuencia propia del modelo de gestación por sustitución internacional o trasnacional.

3.6. Gestación por sustitución y riesgo apatridia

109. La gestación por sustitución es una técnica de reproducción humana asistida que desde hace varias décadas es objeto de importantes debates interdisciplinarios en Colombia y en el mundo. Al respecto, la Corte Constitucional tiene un precedente que suma ya varias sentencias de tutela que llaman la atención sobre la apremiante necesidad de regular las técnicas de reproducción humana asistida en general, y la gestación por sustitución en particular. En estas decisiones, la Corte ha exhortado tanto al Ejecutivo como al Congreso avanzar en una regulación que sea consistente con la Constitución Política de Colombia y con los tratados de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad.

110. En esta oportunidad, la Corte se enfrenta a una de las consecuencias más complejas de la falta de regulación de la gestación por sustitución: el riesgo de apatridia de las niñas y niños nacidos a partir de acuerdos internacionales de gestación por sustitución (AIS, por sus siglas en inglés). Para entender la relación compleja entre los dos fenómenos, en primer lugar, se explicarán los distintos modelos de gestación por sustitución existentes en el mundo y en Colombia. En segundo lugar, se describirán las razones que ponen de presente la relación entre la gestación por sustitución trasnacional y la apatridia.

3.6.1. Gestación por sustitución: modelos y jurisprudencia constitucional relevante

111. El avance de las tecnologías reproductivas hoy permite que una mujer geste por otro u otros, compartiendo o no su material genético con la persona que nace del embarazo, y con quien en el futuro no tendrá ningún vínculo filial. En este contexto, la técnica usualmente conocida como gestación subrogada o gestación por sustitución permite concretar la reproducción de personas que por distintas razones no pueden o no quieren acudir a los medios tradicionales para alcanzar ese fin. A partir de su desarrollo, existen diversos arreglos y prácticas relacionadas con la selección de los embriones, la gestación, el pago de algún tipo de compensación, entre otros aspectos.

112. Aunque esta técnica de reproducción humana asistida recibe muchos nombres, según la

literatura más actualizada en la materia, parece ser adecuado referirse en castellano a dicha técnica como gestación por sustitución, pues la categoría “subrogación” no engloba todos los tipos de gestación que se desarrollan a partir su práctica, toda vez que subrogar implica tanto gestar como aportar material genético. Sobre la denominación, y aunque no desprovisto de controversia, algunos autores también insisten en que no es correcto categorizar esta práctica como una forma de maternidad, en tanto la maternidad comprende unas realidades y procesos sociales que trascienden a la gestación y al parto. Por último, también se ha insistido en no utilizar las nociones de alquiler, donación o préstamo de úteros en la medida en que son categorías que deshumanizan a quienes se involucran en esa práctica, especialmente a las mujeres.

113. En línea con lo anterior se pronunció el O’Neill Institute for National & Global Health Law de la Universidad de Georgetown en la experticia técnica que aportó a la Corte Constitucional. Al respecto, el Instituto definió la gestación por sustitución como “una técnica de reproducción humana asistida que se materializa a través de un acuerdo entre dos o más partes, denominadas gestante y comitente(s). Además del proceso de gestación, la gestante puede aportar o no su material genético”.

114. Ahora bien, además de precisar el alcance del concepto, es necesario revisar las formas que puede adoptar esta técnica, los modelos regulatorios existentes, así como el desarrollo de la jurisprudencia constitucional en su comprensión.

115. Inicialmente, respecto de la tipología de la gestación por sustitución, se pueden identificar dos formas. De un lado, la gestación por sustitución tradicional, que “se caracteriza porque la gestante aporta no sólo la gestación, sino también sus gametos; ya sea que el semen venga del comitente […] o de un donante -en este último caso, el o los comitentes no aportarían material genético alguno”. Es decir, se trata de la llamada gestación subrogada en la que siempre existe un aporte de material genético por parte de la mujer que gesta y atraviesa por el parto. En este tipo de casos, suele acudirse a la inseminación artificial, mediante la cual se combina el gameto aportado con el óvulo de la mujer gestante. De otro lado, la gestación por sustitución gestacional, cuyo rasgo esencial es que “la gestante aporta sólo la gestación, pero no sus óvulos”, que son aportados por el comitente o por un donante. Para alcanzar este fin suele emplearse como técnica la fertilización in vitro, es decir, la fecundación de ambos gametos fuera del útero para la

posterior implantación del embrión.

116. A partir de estas dos modalidades generales de gestación por sustitución se pueden derivar al menos cuatro variantes. La primera, en la que los comitentes aportan ambos gametos para ser fertilizados in vitro, con la posterior implantación del embrión. La segunda, en la que sólo el comitente aporta su gameto, que puede ser esperma o un óvulo, caso en el cual el otro gameto puede ser aportado por un donante. La tercera, en la que el o los comitentes no aportan material genético alguno y por lo tanto ambos gametos provienen de donación. La cuarta y última en la que la gestante aporta su óvulo y el gameto masculino proviene bien del comitente o bien de una donación. En cualquiera de estos casos, se aspira a que la gestante no tenga vínculos jurídicos con quien nace producto del embarazo llevado a término.

118. El primero es el modelo de regulación expresa, total o parcial, conforme al cual los países desarrollan una legislación que permite expresamente esta técnica a nivel nacional o subnacional, en uno o más cuerpos normativos, que suelen regular (i) el tipo de gestación por sustitución permitido; (ii) los requisitos para ser gestante; (iii) los requisitos para ser comitente; (iv) los requisitos de forma y contenido de los acuerdos de gestación por sustitución. Sin embargo, estas legislaciones no suelen prever reglas relacionadas con la nacionalidad, solamente con la filiación. Así ocurre, por ejemplo, con la legislación española.

119. El segundo es el llamado modelo tolerante, en el que no existe una legislación específica que permita o prohíba la práctica de la gestación por sustitución. Por lo tanto, ante el vacío normativo, se crea un ambiente de tolerancia frente a la práctica. Esta es la situación de la mayoría de los países en el mundo, que pese a intentar regulaciones, como Colombia o Argentina, no logran atravesar las álgidas discusiones que suscitan estas técnicas en los órganos legislativos y, por lo tanto, permanecen desreguladas. Al respecto, el O´Neill Institute señaló lo siguiente: “cuando los Estados no prohíben explícitamente esta práctica, pero tampoco la regulan, la falta de certeza jurídica alrededor de esta figura crea un ambiente de ‘tolerancia’ en el que los acuerdos se llevan a cabo sin ninguna regulación o garantía para ninguna de las partes involucradas”.

120. El tercero, corresponde al modelo prohibicionista, es decir, las legislaciones en las que se prohíbe de forma explícita la gestación por sustitución, a través de mecanismos como la

nulidad absoluta de los acuerdos, leyes en las que se establece que la filiación se defina siempre a través del parto o la imposición de sanciones penales o administrativas por la realización de esta práctica. Un ejemplo sobresaliente de esta modalidad es la Constitución de Suiza, cuyo artículo 119.2 dispone que “todas las formas de maternidad sustituta son ilegales”.

121. Desde el punto de vista internacional, a partir del 2011 la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya viene desarrollando un proyecto de convención para regular la gestación por sustitución. Con ese fin, en 2016 se conformó el Grupo de Expertos del Proyecto sobre Parentalidad/Subrogación que entregó en noviembre de 2022 un informe sobre la posibilidad de crear uno o más instrumentos de derecho internacional para regular la gestación por sustitución, particularmente la filiación. El informe presentado resalta la importancia de dar reglas uniformes desde el derecho internacional que atiendan las dificultades que se desprenden de la variabilidad legislativa en esta materia. Sin embargo, el grupo de expertos señaló que hay mayores probabilidades de avanzar en una regulación de derecho internacional con consenso de los Estados si no se desarrollan los efectos legales de la filiación, incluida la nacionalidad. De modo que, al menos en el futuro próximo, no se vislumbran regulaciones sobre la nacionalidad en el marco de instrumentos internacionales sobre la gestación por sustitución.

122. Ahora bien, en lo que respecta a la jurisprudencia constitucional colombiana, la Corte Constitucional cuenta con tres sentencias que tocan de forma directa la gestación por sustitución y otras que se refieren a ella de forma apenas circunstancial. Las tres sentencias que se refieren de forma directa a problemas jurídicos derivados de la gestación por sustitución son la T-968 de 2009 y la T-275 de 2022. En la primera de estas sentencias, la Corte resolvió una tutela interpuesta por Sarai contra el Juzgado Décimo de Familia de Cali, que decidió otorgarle permiso de salida del país a sus dos hijos, Samuel y David, por petición del padre de los niños. Estos nacieron de una fertilización artificial consentida de los óvulos de Sarai y el esperma de Salomón, quien estaba casado y tenía una familia en Estados Unidos. Luego, Salomón solicitó la custodia de los gemelos e inició un proceso de pérdida de la patria potestad en contra de Sarai. En esa oportunidad, la Corte Constitucional confirmó las decisiones de instancia que concedieron el amparo a Sarai y a sus hijos, dejó sin efectos la sentencia del Juzgado y ordenó la reunificación de la madre y los niños hasta tanto no se decidiera de manera definitiva sobre la patria potestad.

123. En esta sentencia, la Corte Constitucional adoptó como categoría de análisis central la de “alquiler de vientre o útero”, y usó indistintamente como sinónimos nociones como maternidad subrogada y maternidad de sustitución al utilizar una definición doctrinaria que describe los elementos de la gestación por sustitución gestacional, es decir, en la que no hay aporte de óvulos de la gestante. Además, la sentencia circunscribió el uso de estas técnicas a los casos en los que una mujer o pareja que no puede concebir por sí misma y que, por lo tanto, acude a la gestación por sustitución, pero con sus óvulos y el gameto masculino del esposo, compañero o donante, es decir, sin aporte de gametos de la gestante. Por lo anterior, destacó que el alquiler de vientre genera una ventaja para las parejas que no pueden concebir por sí mismas, en tanto “el niño que nace es hijo biológico de la pareja que alquila el vientre. La madre sustituta o de alquiler se limita a gestar un embrión fruto del óvulo de la madre y el esperma del padre”. La confusión terminológica tiene sentido pues para la época en la que la Corte profirió la sentencia estos debates apenas se daban en Colombia y los elementos conceptuales relevantes para darle sentido eran escasos.

124. En virtud de dicho razonamiento, la Corte estimó que el acuerdo celebrado entre Sarai y Salomón no constituyó un arrendamiento de vientre o de maternidad subrogada en la medida en que la demandante era la madre biológica de los dos niños y que desde noviembre del 2005 se supo de su deseo de criar a los niños.

125. En segundo lugar, mediante la sentencia T-275 de 2022, la Corte se refirió en extenso al vacío legislativo frente a la gestación por sustitución. En esa oportunidad, la Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte se enfrentó a un caso en el que un padre solicitó el reconocimiento de una licencia de paternidad debido a que su hija nació como producto de un proceso de “gestación por sustitución” y, en consecuencia, era el cuidador único de la niña. En la sentencia, la Corte hizo un recuento de las iniciativas legislativas que han pretendido regular la gestación por sustitución en particular, y las técnicas de reproducción humana asistida en general. Allí señaló que el Congreso discutió entre 1998 y 2022 dieciséis proyectos de ley para regular la gestación por sustitución y que todos ellos fueron archivados. Al hacer un recuento de la jurisprudencia al respecto, destacó que la Corte advirtió por lo menos en 12 sentencias la necesidad de regular por vía legislativa las técnicas de reproducción humana asistida, y en otro tanto la gestación por sustitución en particular. Según la Sala, dicho vacío implica, entre otras cosas, no tener claridades sobre la posibilidad de reconocer o no la licencia de paternidad a quienes tienen a su cargo el cuidado exclusivo

de niñas y niños nacidos de este tipo de técnicas. Por esa razón, en la orden sexta de la sentencia, la Sala Séptima exhortó al Gobierno Nacional para que, en un lapso de seis meses posteriores a la notificación de la sentencia, presentara un proyecto de ley orientado a regular la gestación por sustitución en Colombia.

126. La tercera sentencia fue adoptada recientemente por la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas con número T-127 de 2024. Esta decisión sexaminó la negativa del consulado de Colombia en Orlando, Florida (Estados Unidos) a entregarle el pasaporte colombiano a la niña EZ, quien nació en Colombia en 2020 en virtud de un acuerdo de gestación por sustitución. El padre de la niña, con ciudadanía estadounidense, impugnó la maternidad de quien fungió como gestante sustituta. En virtud de esta circunstancia, se negó el reconocimiento de la nacionalidad colombiana de EZ. En este caso no se concretó el riesgo de apatridia, debido a que la niña nunca careció de una nacionalidad. De hecho, el padre de la niña insistió en el desistimiento de la tutela por su falta de interés en las decisiones del juez constitucional. Sin embargo, este caso es relevante en la medida en que ilustra que la apatridia es uno de los riesgos de la práctica desregulada de la gestación por sustitución en Colombia. Esta decisión, además, se suma a los varios exhortos al Congreso y al Gobierno Nacional para establecer un marco jurídico frente a esta técnica de reproducción humana asistida que considere seriamente sus riesgos y las necesidades de los impactos que puede llegar a tener en las mujeres, y los niños y las niñas.

127. Por su parte, las sentencias que tocaron el asunto de forma tangencial son la T-398 de 2016, T-316 de 2018, la C-602 de 2019 y, más recientemente, la sentencia T-357 de 2022 en la que la Corte se refirió a las consecuencias de los vacíos normativos frente a las técnicas de reproducción humana asistida. Aunque el problema jurídico resuelto en esas sentencias no tenía que ver con la gestación por sustitución, la Corte señaló que en virtud de los hondos debates éticos, políticos y sociales que suscitan las técnicas de reproducción humana asistida, es necesario que el legislador desarrolle una regulación que en la deliberación democrática considere esas dificultades. En particular, en la sentencia T-316 de 2018, consideró que este debate debe producirse en el seno del Congreso y que el legislador debe tener en cuenta, por ejemplo, si es pertinente que el sistema de seguridad social en salud cubra los procedimientos de gestación por sustitución o no.

128. En suma, la posición sostenida de la Corte Constitucional señala (i) que la gestación por

sustitución no está ni permitida ni prohibida por el ordenamiento jurídico colombiano (modelo tolerante); (ii) que la regulación al respecto debe producirse en el seno del órgano legislativo y con una debida consideración de los profundos debates éticos, jurídicos y sociales que suscita su aplicación; (iii) que, a pesar de los reiterados llamados a la regulación, el Congreso ha omitido de forma sistemática legislar sobre esta materia, de modo que este vacío legal genera una mayor desprotección a las gestantes y a las niñas y los niños que nacen de la aplicación de esta técnica de reproducción humana asistida.

129. De otra parte, la Corte destaca en sus sentencias varios aspectos que deben ser tenidos en cuenta a la hora de establecer parámetros normativos sobre estas prácticas, bien sea con el propósito de regularlas o de prohibirlas. Los derroteros fijados por la Corte, de ser regulada la práctica, deben incluir el interés superior de las niñas y los niños, la protección de las gestantes, la definición de reglas precisas sobre los contratos de gestación por sustitución, el régimen de filiación que se desprende de su aplicación, el reconocimiento de las licencias de maternidad/paternidad para las partes involucradas, entre otros.

130. En este contexto, es importante no desconocer dimensiones de género relevantes en este tipo de prácticas. En efecto, las capacidades reproductivas de las mujeres y de otras personas con la capacidad de gestar son un elemento determinante en el desarrollo de las TRHA en general, y de la gestación por sustitución en particular. En esa medida, si bien la evolución de estas técnicas supone un reto frente a principios clásicos del derecho como aquel según el cual la madre es quien acuna y da a luz al ser humano, lo cierto es que cualquier regulación sobre la gestación por sustitución no puede perder de vista el rol que tienen las mujeres gestantes. En consecuencia, cualquier iniciativa legal al respecto debe asegurar la protección de las mujeres involucradas en el procedimiento, sea porque aportan su material genético o su capacidad de gestar para satisfacer las necesidades reproductivas de terceros. Esto por su puesto no implica que se puedan imponer cargas sobre ellas, sino más bien la necesidad de tener en cuenta sus necesidades y el deber de protección reforzado que el Estado tiene frente a las gestantes.

131. El aprovechamiento de las capacidades reproductivas de las mujeres y otras personas con capacidad de gestar es un asunto que preocupa desde hace décadas a teóricas y activistas feministas. El Manifiesto Cyborg, ya desde 1983, advirtió sobre la existencia de un sistema mundial en el que las reglas del libre mercado y la discriminación por razones como

el género, la raza, la clase o el origen nacional se articulan con las -entonces- nuevas tecnologías reproductivas de un modo en que se refuerza la lógica instrumental sobre los cuerpos de las mujeres. Dicho de otro modo, los avances científicos en materia reproductiva, en un contexto de precarización económica e informalidad laboral, orillan a las mujeres más vulnerables del mundo a poner su capacidad reproductiva al servicio de los intereses de terceros con que pueden pagar por ella.

132. La Corte reconoce en casos como el que se estudia en esta sentencia que esas desigualdades materiales y estructurales son la condición de posibilidad de la vulneración de derechos de niños y niñas que nacen a partir de técnicas como la gestación por sustitución. En efecto, si bien la gestante de Leticia no es la accionante ni sus derechos los que se discuten principalmente, lo cierto es que los hechos del caso ilustran un contexto de informalidad y precariedad que sólo se explica en las condiciones de desigualdad señaladas. Esta constatación no supone que la Corte esté tomando aquí partido por una determinada regulación o por el enfoque prohibicionista, pues como se indicó, el legislador es quien debe en principio abordar la materia. Sin embargo, los desbalances de poder descritos son un elemento de indispensable consideración a la hora de establecer medidas para enfrentar las consecuencias de la práctica desregulada de la gestación por sustitución, como la apatridia, si la pretensión es avanzar en una regulación ajustada a la perspectiva de derechos humanos y de género.

133. Ahora bien, dicho lo anterior, lo que sí corresponde aquí, para efectos de solucionar el caso en cuestión, es ilustrar cómo operan las prácticas legales en torno a la gestación por sustitución en Colombia para dar cuenta de su alcance. En particular, es fundamental entender cómo el vacío normativo identificado por la Corte estimula la gestación por sustitución trasnacional.

134. Como señalan múltiples autores y la experticia aportada por el Departamento de Derecho Civil de la Universidad Externado de Colombia, la regulación o ausencia de esta en muchos países provoca como consecuencia un fenómeno que suele denominarse en la literatura académica como “turismo reproductivo”, que no es otra cosa que el aprovechamiento de los vacíos regulatorios para adelantar estas prácticas sin la debida atención del Estado. Esta práctica es definida como “el desplazamiento de un individuo o pareja desde su país de origen a otro país para acceder a las TRA”. Los motivos para hacer

este traslado son múltiples. Comprenden circunstancias como la prohibición absoluta de la gestación por sustitución en los países de origen, la prohibición de acceso a la adopción por parte de parejas del mismo sexo, los tiempos largos de espera, la mejor calidad en la atención en los países de destino o la menor onerosidad del tratamiento.

135. Dado que en Colombia actualmente opera el modelo tolerante, el país es un destino frecuente para el llamado turismo reproductivo, que no es otra cosa que el aprovechamiento de la ausencia de regulación para adelantar negocios jurídicos entre mujeres colombianas y extranjeros para gestar, sin control del Estado. Como señala el Centro de Estudios de Genética de la Universidad Externado de Colombia, “en el territorio nacional todos los días se adelantan estas prácticas”, de suerte que es “común evidenciar que, padres extranjeros llegan a Colombia con el fin de llevar a cabo la maternidad subrogada”. Frente a este fenómeno, el Centro señala que existen al menos dos patrones de conducta en torno a la definición de la filiación de los comitentes. El primero, en el que una vez nacida la niña o el niño y con el certificado de nacido vivo se expide el registro civil, con el cual posteriormente se presenta una demanda de impugnación de la maternidad ante juez de familia. En dicho proceso, conforme al artículo 1 de la Ley 721 de 2001, se ordena la prueba de sangre y si se concluye que no hay vínculo genético con la gestante se procede a modificar el registro civil de nacimiento. Este es el patrón de conducta que conoce la Corte en el caso objeto de estudio.

136. El segundo, corresponde a la realización de estipulaciones previas al nacimiento del niño o la niña, a través de una escritura pública en la que se deja constancia de que esa persona no es hija de la mujer gestante y que da a luz, sino de la pareja o padre comitente. Después del nacimiento, se suscribe una nueva escritura pública en la que se reitera la anterior y se citan las sentencias de la Corte Constitucional al respecto (T-968 de 2009 y T-275 de 2022), así como la Ley 2129 de 2021 para definir a elección el orden de los apellidos. Además, en dicha escritura se señala que los comitentes procrearon a través de la asistencia científica con una gestante sustituta, se deja constancia de que la niña o niño ya nació y que cuenta con el certificado de nacido vivo. Igualmente, allí se especifica que, aunque en ese acto se tuvo como madre a la gestante por sustitución por el hecho del parto (art. 335 del Código Civil), ésta fue fecundada mediante la técnica de fertilización in vitro, de modo que los gametos masculino y femenino fueron aportados por los comitentes (directos o donados), de manera que no hay vínculo genético entre la gestante y el neonato. Así, los

comitentes acuerdan reconocer al menor de edad como hijo suyo y, por lo tanto, le dan sus apellidos. Con esta escritura se procede a registrar al niño o niña.

137. Ahora bien, dado que la regulación sobre la nacionalidad, su pérdida y adquisición no suele formar parte de los cuerpos normativos que regulan las técnicas de reproducción humana asistida, particularmente de la gestación por sustitución, se entiende que las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que regulan la generalidad sobre la nacionalidad suplen esos vacíos. Sin embargo, como señala Lamm, una de las consecuencias a las que se enfrentan quienes acuden a la gestación por sustitución internacional o trasnacional, es la potencial apatridia de las niñas y los niños que nacen como producto de dicha técnica. Este problema se deriva directamente de la regulación dispar de la nacionalidad en los países de origen de los comitentes y en el país donde efectivamente nace su hijo o hija. Tanto en la doctrina como en el derecho comparado e internacional se ha documentado esta situación, como se pasa a explicar a continuación.

3.6.2. La apatridia como un riesgo propio de la gestación por sustitución internacional o trasnacional

138. Las legislaciones alrededor del mundo prevén diferentes formas de adquisición de la nacionalidad por nacimiento. Así mismo, los países que regulan de algún modo la gestación por sustitución suelen prever formas de filiación que, a su turno, definen la adquisición de la nacionalidad de quienes nacen a partir de técnicas de reproducción humana asistida, como la gestación por sustitución. Sin embargo, como ocurre en Colombia, las reglas sobre la nacionalidad por nacimiento pueden tener vacíos que, a su turno, dejan a personas nacidas en territorio colombiano expuestas al riesgo de apatridia, tal como se explicó capítulos atrás.

139. Al respecto, la doctrina identifica la apatridia como un riesgo propio de los acuerdos de gestación por sustitución internacional. En términos generales, esta circunstancia se presenta porque el país de nacimiento de las niñas y los niños no reconoce la nacionalidad de las personas que nacen por gestación por sustitución. Así ocurre, por ejemplo, en Ucrania o India, países en los que, si bien se permite esta práctica, el reconocimiento de la filiación se da a los comitentes, quienes no pueden derivar de su presencia en esos países la nacionalidad a sus hijos e hijas.

140. En estos eventos, si bien los padres pueden acudir a las misiones consulares de sus

países de origen en el lugar donde nacen sus hijos para que se les reconozca la nacionalidad, es probable que se les niegue debido a las reglas propias del país de origen. Hay varios casos documentados alrededor del mundo que dan cuenta de esta circunstancia. Por ejemplo, en Argentina, se produjo el caso de Cayetana, una niña nacida por gestación por sustitución en la India y cuyos padres (comitentes) eran de nacionalidad española y argentina. Ninguno de los países involucrados quiso reconocer la nacionalidad de la niña, por lo que la madre inició una acción judicial en la Provincia de Santafé para que se reconociera a su hija como argentina. En ese sentido, el juez ordenó reconocerle dicha nacionalidad.

141. También es posible que las niñas y los niños se enfrenten al riesgo de apatridia porque el país de origen de sus padres prohíbe de forma expresa la gestación por sustitución y, por lo tanto, no reconoce como nacionales suyos a las personas nacidas de este modo. Así ocurre, por ejemplo, en el caso de Italia y Francia, países a los cuales el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) condenó en varias oportunidades por desconocer los derechos que se desprenden del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, es decir, la protección de la familia y de la privacidad. En su sentencia más reciente, el TEDH condenó a Italia pues las autoridades administrativas y judiciales de ese país no adoptaron las medidas necesarias para garantizar el vínculo filial entre C, una niña nacida de gestación por sustitución en Ucrania, y su padre. En ese caso, las autoridades se negaron a reconocer la filiación entre el padre italiano y su hija en virtud de la Ley 40 de 2004 sobre Técnicas de Reproducción Medicamente Asistidas, que prohíbe la gestación por sustitución. Estas decisiones dejaron a la niña en un estado de incertidumbre legal y de apatridia. En ese sentido, el TEDH determinó que, si bien Italia tiene la potestad de regular como mejor le parezca las técnicas de reproducción humana asistida y el acceso a la nacionalidad, ello no puede impedir el reconocimiento de los vínculos legales entre la niña y su padre.

142. En los casos conocidos por el TEDH, se reconoce la potestad que tienen los Estados para fijar las reglas sobre las técnicas de reproducción humana asistida, particularmente de la gestación por sustitución. Sin embargo, como apunta Mercedes Ales Uría, en todos ellos se establece la necesidad de proteger a las niñas y a los niños, quienes se enfrentan a vulneraciones a derechos humanos potenciales derivadas de la falta de reconocimiento de sus vínculos filiales. En esa medida, es posible afirmar que, en el derecho comparado y los estándares fijados por el Tribunal Europeo, el interés superior de la niñez constituye un límite para la adopción de legislaciones que pretendan regular la gestación por sustitución,

especialmente cuando se opta por el modelo prohibicionista.

143. Por último, como señala UNICEF, los casos de apatridia que se producen en virtud de la falta de reconocimiento de la nacionalidad de los niños nacidos de gestación por sustitución, bien sea porque se prohíbe o porque no se les permite acceder a la nacionalidad del lugar en el que nacieron sólo por la forma en que se produjo dicho acto, son incompatibles con las obligaciones de los Estados que se desprenden de la Convención sobre los Derechos del Niño. En particular, contravienen los artículos 7 y 8, esto es, el derecho a la nacionalidad y el derecho a la identidad personal. Así mismo, la entidad considera que se vulnera la obligación consuetudinaria de prevenir la apatridia.

144. Recientemente, en la sentencia T-127 de 2024, la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte estableció expresamente que la apatridia es un riesgo propio de la práctica de la gestación por sustitución trasnacional. En esa medida, destacó la importancia de establecer una legislación que considere este y otros riesgos de la práctica desregulada de esta técnica de reproducción humana asistida, como, por ejemplo, la explotación de mujeres y niños. Asimismo, señaló la necesidad de contar con información idónea que permita a los niños y a las niñas conocer sus orígenes cuando lo estimen pertinente.

145. De las consideraciones precedentes puede concluirse que la omisión en la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida, en particular la gestación por sustitución, puede generar vacíos que a su turno incrementen el riesgo de apatridia de las personas que nacen en virtud de la aplicación de esa técnica. En esa medida, a la luz de los compromisos emanados de la Constitución Política y del bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos y sobre el interés superior de los niños y las niñas, al Estado le corresponde una responsabilidad intensa en la protección de los derechos fundamentales de quienes nacen a partir de la gestación por sustitución, para garantizar su derecho a la nacionalidad. Esto significa que la ausencia de regulación no excusa al Estado del deber de protección y actuación para evitar los riesgos de apátrida de un niño o niña frente a los riesgos de apatridia.

146. En lo que sigue, la sentencia desarrollará algunas consideraciones sobre los derechos de las niñas y los niños nacidos de gestación por sustitución, particularmente frente al riesgo de apatridia.

3.7. El principio de interés superior la niñez y la protección prevalente de sus derechos constituye un límite sustancial a la facultad de regular tanto la nacionalidad como la gestación por sustitución

147. El artículo 44 de la Constitución Política reconoce que las niñas y los niños son titulares de una amplia gama de derechos fundamentales que incluyen la vida, la integridad física, la salud, la seguridad social, la alimentación equilibrada, el nombre, la nacionalidad, a tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado, el amor, la educación, la cultura, la recreación, la libertad de expresión y, en general, todos los demás derechos reconocidos tanto en la Constitución Política como en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia. El inciso tercero del artículo recoge el principio de interés superior de la niñez, al establecer que sus derechos "prevalecen sobre los derechos de los demás."

148. Para garantizar esa prevalencia de derechos, el mismo artículo 44 establece un deber de corresponsabilidad entre la familia, el Estado y la sociedad en general según el cual deben asistir y proteger a las niñas y los niños de modo que se garantice "su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos". En particular, a esta triada Estado-familia-sociedad le corresponde proteger a las niñas y a los niños "contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos".

149. De otra parte, el artículo 42 superior "[l]os hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes". La protección igualitaria de los hijos con independencia de la forma en que se produjera su nacimiento fue objeto de amplias discusiones en la Asamblea Nacional Constituyente. En efecto, varias actas con propuestas sobre la regulación de los derechos de la familia y los niños se refieren específicamente al uso de técnicas reproductivas como un aspecto para tener en cuenta a la hora de reconocer los derechos de los niños y las niñas. Así, por ejemplo, la Comisión Quinta señaló en la propuesta de articulado que posteriormente fue aprobado por el pleno de la ANC que "debe ser tenido en cuenta el hecho innegable que el niño procreado con apoyo de la ciencia no deja por ello de ser un niño y, en consecuencia, los Estados deben legislar para reglamentar las obligaciones de sus progenitores, así como sus otros derechos y deberes". La inclusión de la referencia a la igualdad de los hijos habidos "con asistencia científica" respondió, además, a la reivindicación de una constitución hecha a

la medida de las necesidades del mundo contemporáneo y por lo tanto, al derecho de la población colombiana a tener una de las primeras constituciones “que en el mundo traten este tema [por lo que] coincide el momento del desarrollo científico con el nacer de un nuevo ordenamiento jurídico”. En esa medida, es claro que el constituyente pretendió desde el inicio que el texto constitucional fuese interpretado en su integridad con base en estos avances, el principio de igualdad y los intereses prevalentes de los niños y las niñas.

150. Por su parte, en el derecho internacional de los derechos humanos, el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que todas las medidas concernientes a las niñas y los niños, que adopten instituciones públicas o privadas, deberán considerar el interés superior de aquellos. Este principio supone que los Estados están en la obligación de asegurar que las niñas y los niños cuenten con la protección y el cuidado que requieran para su bienestar. En consecuencia, de un lado, deberán tener en consideración los derechos y deberes de sus padres o cuidadores y, de otro, adoptar todas las medidas legislativas y administrativas necesarias para materializar dicha protección. Así lo ratifica también el artículo 4 de la misma Convención, conforme al cual los Estados parte tienen el deber de incorporar todas las medidas de carácter administrativo, legislativo y de cualquier otra índole que sean necesarias para que los derechos reconocidos por la Convención sean una realidad.

151. Como puede observarse, al amparo del ordenamiento constitucional colombiano y del derecho internacional de los derechos humanos, las niñas y los niños son titulares de todos los derechos humanos. Sin embargo, dadas las condiciones especiales de cuidado que requieren para poder alcanzar la adultez y con ello el ejercicio pleno de su autonomía, se entiende que sus intereses prevalecen sobre los del resto de la sociedad, pues existe un acuerdo tanto internacional como doméstico sobre la necesidad de protegerles frente a las amenazas que puedan enfrentar en ese camino de desarrollo progresivo hasta que puedan alcanzar su capacidad plena. En otras palabras, el principio de interés superior busca garantizar que, mientras crecen, las niñas y los niños tengan la posibilidad de ser y actuar como tal, mientras el Estado, la familia y la sociedad se comprometen a generar un entorno que les permita adquirir mayor autonomía para elegir quiénes ser libremente en el futuro.

152. Además del reconocimiento amplio de derechos y libertades en cabeza de las niñas y los niños, el artículo 13 de la Constitución Política establece en su cláusula de igualdad formal que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, de modo que tienen el derecho a

ser protegidas y tratadas de igual forma por las autoridades sin ser discriminadas por su sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, entre otras razones. Es decir que, en principio, la forma en la que una persona nace o el origen nacional de sus padres no debería suponer un trato diferenciado, a menos que existan razones imperiosas, como por ejemplo, el régimen de adquisición de la nacionalidad que dispone la misma Constitución Política.

154. En suma, es claro que tanto a la luz del ordenamiento constitucional colombiano como de las obligaciones de derechos humanos que las niñas y niños nacidos de gestación por sustitución tienen los mismos derechos que aquellos nacidos por otros medios. Sin embargo, es preciso desarrollar estándares para evitar la vulneración de sus derechos en el contexto de la práctica desregulada de la gestación por sustitución internacional que, como se vio, puede conllevar a la apatridia de las niñas y niños nacidos a través de esa técnicas de reproducción humana asistida.

155. Ahora bien, el derecho internacional de los derechos humanos no dispone salvaguardas específicas y vinculantes en relación con la gestación por sustitución. No obstante, conforme a los tratados internacionales, los Estados sí tienen el mandato de proteger los derechos de todos los nacidos por medio de esta técnicas de reproducción humana asistida sin discriminación alguna. Al respecto, la Convención de los Derechos del Niño es enfática en la obligación de respetar estas prerrogativas sin distinción por el nacimiento o cualquier otra condición de las niñas, los niños o de sus padres.

156. Pese a que el ordenamiento colombiano no cuenta con un marco jurídico específico en esta materia, varios instrumentos internacionales brindan orientación sobre cómo garantizar los derechos de la niñez que nace mediante gestación por sustitución. En particular, este marco jurídico comprende instrumentos como el Informe de 2018 de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, los Principios para la protección de los derechos del niño nacido por gestación subrogada (en adelante, “Principios de Verona”), la Opinión Consultiva OC-21/14 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Observación General Conjunta 3 y 22 de 2017 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y del Comité de los Derechos del Niño. A continuación, se describen los estándares que estos instrumentos proporcionan para garantizar la eficacia de los derechos a la nacionalidad, la identidad personal, la personalidad jurídica, así como la

igualdad y la no discriminación de niñas y niños nacidos de la aplicación de estas técnicas.

157. El Informe de 2018 de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños invitó a la comunidad internacional a desarrollar estándares sobre los acuerdos de gestación por sustitución. A esta recomendación se llegó tras un estudio específico que alertó sobre la venta de niños que supone la gestación por sustitución de carácter comercial. La Relatora Especial destacó que los Estados están obligados a prohibir la venta de niños y a crear salvaguardas para su protección en el contexto de la gestación por sustitución. Además, este informe instó a que, frente a todas las decisiones vinculadas con contratos de gestación por sustitución, los tribunales y autoridades efectúen una evaluación del interés superior de las niñas y los niños.

158. En concreto, este informe señaló que la gestación por sustitución no puede ser un motivo para negar el derecho a la identidad, nombre, nacionalidad y familia de las niñas y niños nacidos por esta vía. La Relatora alertó sobre las barreras que existen para el registro de nacimiento y el consecuente riesgo de apatridia especialmente cuando se trata de acuerdos transnacionales. Su informe recordó que los Estados “están obligados a adoptar todas las medidas apropiadas, tanto en el plano nacional como en cooperación con otros Estados, para garantizar que todo niño tenga una nacionalidad en el momento de su nacimiento” . Al respecto, referenció el caso de Bulgaria, respecto del cual la Relatora expresó su preocupación por la ausencia de estadísticas oficiales sobre la gestación por sustitución y la falta de un marco regulatorio preciso en la materia.

159. En atención a esta recomendación y con el fin de guiar la protección de los niños y las niñas nacidas en virtud de estas técnicas en el contexto de diversos modelos regulatorios, durante el Congreso Mundial de Familias de 2019, un grupo de expertos formuló los Principios de Verona. Esta declaración contiene 18 principios que pretenden “sentar las bases para un consenso mundial” en torno a este asunto. Allí se consagra que, independientemente de las circunstancias de su nacimiento, todas las niñas y niños tienen una dignidad humana igual que les es inherente (principio 1).

160. En relación con la nacionalidad, se encuentra que este derecho irradia la redacción de varios principios como el de la cooperación entre Estados (principio 18), el relativo a la notificación, registro y certificación del nacimiento (principio 12), el de los niños como sujetos

de derechos (principio 2), el de no discriminación (principio 3), el de protección de la identidad y acceso a sus orígenes (principio 11) y el de prevención de la apatridia (principio 13).

161. Este último principio señala que las normas sobre adquisición de la nacionalidad deben aplicarse sin discriminación por las circunstancias del nacimiento, incluida la gestación por sustitución. Especialmente, los Estados deben contemplar la primordial importancia que tiene evitar la apatridia. Por esta razón, los Estados deben actuar de manera expedita al momento de determinar la nacionalidad. Esto implica que, si no es posible otorgar la nacionalidad, las autoridades establezcan medidas de asistencia necesarias para asegurar que el niño o la niña obtenga una. Bajo esta lógica, el principio 13 invita a los Estados a otorgar la nacionalidad a los nacidos en su territorio cuando se verifique el riesgo de apatridia en virtud de la forma en que se produjo su nacimiento. De igual forma, para evitar esta situación, se invita a otorgar la nacionalidad de la gestante por sustitución o la de cualquier Estado involucrado en el acuerdo, de manera discrecional. Así mismo, frente a cualquier cambio en la filiación que suponga la pérdida de nacionalidad, este principio indica que los Estados deben condicionar la revocatoria de la nacionalidad a la adquisición de otra. Finalmente, este instrumento señala que los Estados deben diseñar un marco procesal y entrenar a los funcionarios para la aplicación de este principio.

162. En relación con la identidad, el principio 11 indica que los nacidos mediante acuerdos de gestación por sustitución tienen el derecho a conocer sus orígenes genéticos, gestacionales y sociales, incluso en su edad adulta. Para alcanzar estos fines, se invita a los Estados a garantizar una recopilación rigurosa de estos datos para preservar a perpetuidad el acceso a esta información. Particularmente, se indica que los Estados deben precisar las condiciones de almacenamiento, de acceso y actualización de dicha información.

163. Por su parte, la Opinión Consultiva 21 de 2014 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos resaltó la importancia de determinar la nacionalidad de niñas y niños o su condición de apátridas, de ser el caso. En esta decisión, la Corte Interamericana señaló la existencia de una obligación reforzada en cabeza de los Estados para conceder la nacionalidad a las personas nacidas en su territorio que de otro modo quedarían en condición de apatridia. Igualmente, la Corte IDH enfatizó el deber de:

“no adoptar prácticas o legislación, respecto al otorgamiento de la nacionalidad, cuya aplicación favorezca el incremento del número de personas apátridas y conceder su nacionalidad a la persona nacida en su territorio, que de otro modo quedaría en condición de ser apátrida”.

164. Además, esta opinión consultiva resaltó el mandato de los Estados de identificar, prevenir y reducir la apatridia, a partir de lo sostenido por ACNUR:

“La obligación de los Estados de identificar, dentro de sus jurisdicciones, a las niñas o niños apátridas para proporcionarles un tratamiento adecuado a su condición, requiere el establecimiento o fortalecimiento, según sea el caso, de procedimientos justos y eficientes para determinar si es una persona apátrida, que sean sensibles a las necesidades diferenciadas de las niñas y los niños, de acuerdo a su edad, género y diversidad”.

165. En relación con niñas y niños separados de su familia, la Corte IDH llamó la atención sobre las obligaciones de los Estados para atender esta situación. Al respecto, esta opinión indicó que, en casos de irregularidad migratoria, los Estados deben priorizar soluciones que propendan por la reunificación familiar.

166. De igual forma, la Observación General Conjunta 3 y 22 de 2017 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y del Comité de los Derechos del Niño estableció que los principios de no discriminación y de interés superior de la niñez son fundamentales. Por lo tanto, los Comités subrayaron que los Estados tienen el deber de hacer efectivos los derechos de las niñas y los niños aún en un contexto de migración internacional. Según esta observación, estos principios son aplicables con independencia del origen, estado de apatridia o situación en materia de documentación. De igual forma, en este instrumento se reiteró lo señalado por el Comité de Derechos del Niño en su observación 14 respecto a la evaluación del interés superior del menor como un proceso que debe observar las circunstancias concretas de cada niño o niña y del contexto en el que se encuentre. Así mismo, este instrumento destacó la importancia de elaborar una política de recopilación y difusión de información cualitativa y cuantitativa de esta población que respete los derechos a la privacidad y las normas de protección de datos.

167. Aunque los documentos reseñados no integran el bloque de constitucionalidad en sentido estricto en tanto son decisiones propias del soft law, a partir de las orientaciones que

contienen estos instrumentos es posible concluir que los Estados deben avanzar en la garantía de los derechos de las niñas y niños, nacidos a través de gestación por sustitución, sin distinción alguna.

169. En síntesis, con fundamento en las disposiciones de la Constitución Política, los instrumentos de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y las recomendaciones del derecho blando (soft law), se derivan las siguientes reglas:

170. En relación con la nacionalidad, en el primer capítulo de esta sentencia se especificaron las reglas para la adquisición de la nacionalidad colombiana de conformidad con la Constitución y las leyes. Al respecto, sólo basta reiterar que el acceso a la nacionalidad es indispensable para el ejercicio de los demás derechos fundamentales, motivo por el cual no escapa de la órbita de influencia del principio de interés superior de la niñez.

171. Frente al derecho a la identidad personal, la Corte Constitucional considera que este derecho permite la individualización de un sujeto en sociedad y, por tanto, su ejercicio se vincula con la dignidad humana, la autonomía y la libertad. Este derecho supone la preservación de los elementos que la constituyen como el nombre, la nacionalidad y la filiación. Específicamente, en el caso de niñas y niños nacidos mediante gestación por sustitución, este derecho exige la conservación de los datos relevantes acerca de sus orígenes. De ahí que organismos como UNICEF destaquen la importancia de sistemas de información y de registro que consignen la información relacionada con los orígenes genéticos, gestacionales, sociales y familiares de las personas nacidas mediante gestación por sustitución y otras técnicas de reproducción humana asistida.

172. Finalmente, acerca de la personalidad jurídica, esta Corporación establece que este derecho, reconocido en el artículo 14 de la Constitución, permite a las personas ser titulares de derechos y obligaciones. Esto quiere decir que su reconocimiento comprende otros atributos como la capacidad de goce, el patrimonio, el nombre, la nacionalidad, el domicilio y el estado civil. Dentro de estos atributos de la personalidad jurídica, se encuentra la filiación como un aspecto central del estado civil de las personas y, por supuesto, el registro civil de nacimiento. La Corte explica que el acto de registro es necesario para el reconocimiento de la personalidad jurídica. En línea con este razonamiento, la Corte considera que la limitación

injustificada en los trámites de inscripción en el registro civil de nacimiento constituye una vulneración del derecho a la personalidad jurídica.

173. En suma, los derechos aquí desarrollados deben reconocerse en igualdad de condiciones a todos los niños y las niñas, sin restricciones derivadas de la aplicación criterios sospechosos de discriminación como el origen nacional o la situación migratoria de sus padres. No hacerlo, supone vaciar de contenido el principio de interés superior de los niños y las niñas, que no es otra cosa que una constatación plena de la humanidad de seres que merecen protección, cuidado y amor para alcanzar su desarrollo pleno en la adultez, conforme a sus deseos, aspiraciones y autonomía.

174. Vistas las consideraciones generales necesarias para resolver el problema jurídico propuesto, la Sala procede a estudiar el caso concreto.

VI. CASO CONCRETO

175. Leticia (en adelante Leticia) nació en Bogotá el 11 de julio de 2022. Su nacimiento se dio en virtud de un proceso de gestación por sustitución en el que su padre, Boris, aportó el gameto masculino y una donante anónima, al parecer de nacionalidad ucraniana, el gameto femenino. Dado que en el registro civil de nacimiento expedido por la Notaría 27 de Bogotá figuraba como madre la señora Liliana, es decir, la gestante sustituta, el señor Boris inició un proceso de impugnación de la maternidad de manera que el documento de identidad de la niña lo reconociera como única figura parental de Leticia. En consecuencia, y después de aplicar la prueba de que trata el artículo 1 de la Ley 721 de 2001, mediante sentencia del 23 de septiembre de 2022, el Juzgado 31 de Familia de Bogotá concluyó que al no compartir material genético con la señora Liliana, era procedente ordenar el reemplazo del registro civil de nacimiento por uno nuevo donde sólo apareciera el señor Boris como padre de Leticia. En consecuencia, la Notaría 27 expidió un nuevo registro civil en el que se incluyó una anotación de “no válido para demostrar nacionalidad”.

176. En todo caso, mientras estuvo vigente el primer registro civil, el señor Boris tramitó el pasaporte de su hija, que fue expedido por la Oficina de Pasaportes de la Calle 100, en Bogotá. Posteriormente, con el segundo registro civil vigente, el señor Boris programó una cita con la oficina de pasaportes del departamento del Magdalena para la renovación del pasaporte de Leticia para que se corrigiera su nombre. El mismo día, es decir, el 6 de

diciembre de 2022, la oficina de pasaportes le indicó al señor Boris que no podía expedir el nuevo pasaporte toda vez que el registro civil de nacimiento vigente no incluía la nota de válido para demostrar nacionalidad. En tal sentido, señaló que de conformidad con la Circular 168 de 2017 de la RNEC, era necesario que acreditara tener una visa vigente al momento del nacimiento de la niña que le permitiera tener su domicilio en Colombia.

177. En uno de sus escritos, el señor Boris señaló que como su tiempo de estadía en Colombia estaba por culminar de acuerdo con los requerimientos de visado, salió del país con su hija con destino a Ucrania. Al llegar a territorio europeo, las autoridades migratorias del aeropuerto de Madrid-Barajas le indicaron que el pasaporte de Leticia había sido cancelado. En tal sentido, como se infiere del testimonio oral y escrito del accionante, se movilizó por vía terrestre hacia la frontera entre Hungría y Ucrania. Una vez allí, el señor Boris se reunió con su madre y su hermana, a quienes entregó el cuidado de Leticia. Posteriormente, él se marchó con destino a Australia por una oportunidad laboral que surgió y porque al no poder demostrar en su país que era padre soltero, era posible que lo reclutaran para ir al frente de la guerra que se libra actualmente en el territorio ucraniano contra Rusia. Justamente en virtud de este conflicto, Leticia no puede salir de Ucrania, a donde la llevaron su abuela y tía.

178. Una vez establecido en Australia, el padre de Leticia presentó la acción de tutela que debe resolver la Sala Primera de Revisión en esta oportunidad, con el objeto de que se reconozca la nacionalidad colombiana a su hija, así como otros derechos que, a su juicio, fueron afectados por las autoridades colombianas.

179. Mediante el Auto 2935 de 2023, la Corte Constitucional ordenó una medida provisional en favor de Leticia. En virtud de las diversas gestiones adelantadas por el Ministerio de Relaciones Exteriores, el 3 de enero de 2024, el RNEC expidió la resolución 030 mediante la cual se ordenó incluir la nota de “válido para reconocer nacionalidad” en el registro civil de nacimiento de Leticia.

180. Como se puede observar, el caso que ocupa la atención de la Corte en esta oportunidad es altamente novedoso. Si bien esta corporación cuenta con jurisprudencia por separado sobre el riesgo de apatridia y la gestación por sustitución, esta es la primera vez en la que este Tribunal debe pronunciarse sobre hechos en los que ambos fenómenos concurren en una misma persona. Como se señaló en las consideraciones generales, este pronunciamiento

es de gran importancia para la garantía de los derechos de niñas y niños porque ante un modelo tolerante frente a la gestación por sustitución, como el que opera actualmente en Colombia, no sorprende que el país termine siendo un destino frecuentado por extranjeros para adelantar procesos de gestación por sustitución. Además, como afirmó el Juzgado 31 de Familia de Bogotá en su contestación al primer auto de pruebas, sólo en ese despacho se han resuelto 15 impugnaciones de maternidad frente a niñas y niños nacidos de procedimientos de gestación por sustitución. En tal sentido, es previsible que más casos como el de Leticia ocurran en el futuro.

181. Con estas consideraciones en mente, la Corte procederá a resolver el problema jurídico planteado, que se centra en examinar si la decisión de negar el reconocimiento de la nacionalidad colombiana vulneró los derechos a la nacionalidad, identidad e igualdad de Leticia. Para esos efectos, en primer lugar, la Sala presentará una síntesis de las reglas aplicables a la resolución de este caso. En segundo lugar, la Sala estudiará si es posible afirmar que la niña se encuentra en estado de apatridia o en riesgo de ser apátrida. En tercer lugar, de encontrarse probada la anterior circunstancia, se examinará si la conducta de las autoridades involucradas en el caso tuvo incidencia en el potencial estado de apatridia de Leticia. En cuarto lugar, se determinará si las actuaciones de las autoridades constituyeron un desconocimiento de derechos fundamentales en perjuicio de la niña y, de ser el caso, ordenará los remedios constitucionales a los que haya lugar para conjurar los efectos de estas vulneraciones.

4.1. Síntesis de las reglas sobre lucha contra la apatridia y las medidas existentes para enfrentarla

182. La nacionalidad, además de ser un atributo de la personalidad, es un derecho fundamental a la luz del bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia de esta Corte (supra, 65). Por sus características, la nacionalidad es un derecho sombrilla en la medida en que su reconocimiento permite el ejercicio de otros derechos (supra, 63 y 78). En tal sentido, carecer de una nacionalidad, es decir, que ningún país reconozca vínculo jurídico alguno con una persona, puede dejarla en estado de apatridia y, por lo tanto, privarla del ejercicio de algunos o todos sus derechos básicos (supra, 77).

184. Obligaciones del Estado frente al riesgo de apatridia: conforme a las convenciones de

1954, de 1961 y de los Derechos del Niño, nuestro país tiene múltiples obligaciones internacionales para prevenir y erradicar el fenómeno de la apatridia, especialmente en lo que respecta a niñas y niños. Para efectos de resolver el presente caso, tres de ellas resultan especialmente importantes.

185. La primera obligación consiste en otorgar la nacionalidad a toda persona nacida en el territorio nacional si la ausencia de dicho reconocimiento puede dejarlas en riesgo de apatridia. Esta obligación, que se desprende del artículo 1 de la Convención de 1961, guarda consonancia con las medidas legislativas y reglamentarias adoptadas por Colombia para ajustar su ordenamiento interno a este mandato internacional. Como corolario de esta obligación, el artículo 8 de la Convención de 1961 señala claramente que, una vez concedida la nacionalidad, esta no puede ser revocada, especialmente si dicha circunstancia puede suponer dejar a la persona en riesgo de apatridia (supra 93).

186. La segunda obligación es, más bien, una prohibición general de discriminación, que en consonancia con el artículo 13 de la Constitución Política, implica que las autoridades con funciones relacionadas con el reconocimiento o pérdida de la nacionalidad no pueden negar o remover la nacionalidad de una persona con base en criterios sospechosos de discriminación como, por ejemplo, el origen nacional o la situación migratoria de sus padres. Esta obligación se desprende de la lectura conjunta del artículo 3 de la Convención de 1954, los artículos 2, 3 y 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y la interpretación de los artículos 3, 18, 19, 20, y 24 que hizo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana (supra, 84).

187. La tercera se relaciona con el interés superior de la niñez, que impone una carga adicional de debida diligencia a las autoridades encargadas de expedir documentos que acreditan la nacionalidad, como se señala expresamente en el artículo 7.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Como se expuso en las consideraciones, las niñas y los niños nacidos en virtud de acuerdos de gestación internacional (AIS) se encuentran en un riesgo elevado de apatridia, bien sea por la disparidad regulatoria sobre la adquisición de la nacionalidad entre el país en el que nacen y el de origen de sus padres, o bien por la existencia de prohibiciones expresas que impiden el reconocimiento de la nacionalidad de niñas y niños nacidos a partir de esta técnica de reproducción humana asistida. Al respecto, la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños le encomendó a los

Estados adoptar todas las medidas dirigidas a garantizar que las niñas y los niños tengan una nacionalidad al nacer, con independencia de la forma en la que se produzca su nacimiento. Ello implica que las autoridades encargadas del registro y similares deben actuar proactivamente para evitar la concreción del riesgo de apatridia de niñas y niños nacidos de gestación por sustitución trasnacional (supra, 138 y 139).

188. Diseño institucional en Colombia para enfrentar la apatridia: en respuesta a las obligaciones sintetizadas en los párrafos precedentes, Colombia viene adoptando desde hace varios años diferentes medidas para enfrentar el riesgo de apatridia. En primer lugar, mediante la Ley 962 de 2005 se introdujo al artículo 5 de la Ley 43 de 1993 un inciso y un parágrafo que permitían el reconocimiento de la nacionalidad por nacimiento a las hijas e hijos de personas extranjeras que no tuvieran domicilio permanente en Colombia y que de no ser reconocidas como nacionales quedarían apátridas. Con base en dicha regulación se expidió la Circular 168 de 2017, en la que se establecen los pasos necesarios para poder acceder a la nacionalidad colombiana bajo esta modalidad (supra, 91). De tal manera, esta Circular prevé, de un lado, el procedimiento para reconocer la nacionalidad por nacimiento a hijos de extranjeros que estuvieren domiciliados al momento del nacimiento y, de otro lado, el trámite para hijos de extranjeros nacidos en territorio colombiano a los cuales ningún Estados les reconozca la nacionalidad y en el que no se exige acreditar domicilio.

189. En segundo lugar, la Ley 2136 de 2021, en sus artículos 65, 66 y 67, establece procedimientos para el reconocimiento de la nacionalidad para personas apátridas tanto nacidas fuera de Colombia como en territorio colombiano. Al respecto, vale la pena mencionar que, como señaló el Centro de Estudios en Migración y la Clínica Jurídica para Migrantes de la Universidad de los Andes (CEM), esta norma aún carece de reglamentación, de manera que en la actualidad se aplica el procedimiento previsto en la Circular Única de Registro Civil e Identificación de la RNEC que, al no prever términos específicos, tiende a prolongar la inseguridad jurídica y la desprotección de niñas y niños apátridas.

190. En tercer lugar, para enfrentar la masividad del fenómeno de apatridia derivada de la diáspora de personas venezolanas hacia Colombia, el Gobierno Nacional impulsó la Ley 1997 de 2019, con base en la cual la RNEC y la Cancillería adoptaron la política “Primero la Niñez”. A partir de esas disposiciones, siempre que la autoridad notarial y registral encuentre que un niño o niña nacida en Colombia de padre y madre venezolanos, puede expedirse en registro

civil con anotación de “válido para demostrar nacionalidad”.

191. En cuarto y último lugar, la recientemente aprobada Ley 2332 de 2023, en el parágrafo 2 de su artículo 4, prevé que cuando una persona hija de extranjeros sin domicilio regular en Colombia se enfrente al riesgo de apatridia, sólo deberá constatarse que efectivamente nació en territorio colombiano para concederle la nacionalidad (supra, 91). Esta norma, al igual que la Ley 2135 de 2021, carece de regulación específica.

192. En suma, es cierto que la inacción legislativa frente a la gestación por sustitución genera un vacío legal que produce efectos nocivos para el ejercicio de derechos fundamentales en Colombia, especialmente para niñas y niños nacidos a partir de esta técnica. No obstante, en el ordenamiento jurídico existen herramientas para contrarrestar el riesgo de apatridia derivado de la práctica desregulada de los acuerdos internacionales de gestación por sustitución. En todo caso, no se puede desconocer que estos procesos pueden ser lentos y someter a las personas a largas esperas que en muchas ocasiones constituyen una carga desproporcionada, pues la regulación vigente para enfrentar el riesgo de apatridia -la Circular 168 de 2017- no cuenta con términos precisos y no responde a los cambios legislativos que han avanzado en esta materia.

4.2. El riesgo de apatridia en el caso de Leticia

193. Para determinar si el riesgo de apatridia se concretó o no en la situación particular de Leticia, la Sala pasará a examinar las condiciones específicas de su caso para determinar si existieron barreras insuperables para el reconocimiento de la nacionalidad ucraniana. Luego, en la sección siguiente, se examinará la conducta de las autoridades colombianas en relación con sus deberes de protección reforzada frente a la apatridia.

194. En primer lugar, es un hecho notorio que Ucrania es un país en guerra. Desde el despliegue de tropas rusas en febrero de 2022, Ucrania enfrenta un conflicto internacional con la Federación Rusa que se extiende hasta el momento en que se expide esta sentencia. Así lo reconoció el Ministerio de Relaciones Exteriores en su respuesta al auto de pruebas del 10 de agosto de 2023, al señalar que miles de personas han muerto en el conflicto y millones se encuentran desplazadas y expuestas a una crisis humanitaria que no ocurría en suelo europeo desde la Segunda Guerra Mundial. Como oportunamente lo señalaron el Centro de Estudios Sobre Genética y Derecho de la Universidad Externado de Colombia y el CEM de la

Universidad de los Andes, la guerra por la que atraviesa Ucrania debe ser tenida en cuenta en el presente análisis como un factor determinante para decidir sobre el amparo, en particular porque, de conformidad con el artículo 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados deben adoptar todas las medidas necesarias “para asegurar la protección y el cuidado de los niños afectados por un conflicto armado”.

195. En tal sentido, por la situación de conflicto era y es previsible que los trámites consulares tomen más tiempo de lo usual. Además, era razonable que las autoridades reaccionaran rápidamente para verificar si existía o no la posibilidad de que en ese contexto se le concediera la nacionalidad ucraniana a la niña estando en territorio colombiano, especialmente por el deber reforzado que tienen de garantizar protección de las niñas y los niños frente a los riesgos derivados de los conflictos armados.

196. En segundo lugar, la legislación ucraniana no permite a la niña el reconocimiento de la nacionalidad de ese país como se pasa a explicar. De conformidad con el artículo 25 de la Constitución de Ucrania, los ciudadanos ucranianos no pueden ser privados de su nacionalidad y de su derecho a modificarla. En desarrollo de esta y otras disposiciones, la Ley Ucraniana sobre Ciudadanía Ucraniana establece en su artículo 6 que uno de los modos de adquisición de la nacionalidad es por el nacimiento. En el artículo 7, se indica que toda persona cuyos padres (o alguno de sus padres) sean ucranianos, tendrá derecho a ser reconocida al nacer como nacional de ese país. En ese sentido, la demostración del vínculo filial con un nacional ucraniano es indispensable para recibir la nacionalidad de ese país por nacimiento.

197. Los vínculos filiales entre ucranianos se desarrollan en el Código de Familia de Ucrania. En el artículo 127 de dicho cuerpo normativo se establece que un padre soltero puede ser reconocido como padre exclusivo de un niño o una niña cuando no está casado con la madre siempre que demuestre que la mujer: (i) murió; (ii) fue declarada como muerta, incapaz, desaparecida o privada de la patria potestad; o (iii) no convive con el niño o la niña desde hace más de 6 meses y no le brinda ningún cuidado. Si lo que se pretende es el reconocimiento de la paternidad exclusiva en otras circunstancias, según el artículo 128 del mismo Código, debe iniciarse una acción judicial.

198. Ahora bien, frente a la expedición del registro de nacimiento, los padres deben acudir a

las autoridades registrales ucranianas o, en su defecto, a un consulado con funciones registrales si es que el niño o la niña nació fuera del país. Igualmente, es importante señalar que, de conformidad con el artículo 123 del Código de Familia de Ucrania, la gestación por sustitución es permitida en ese país y que al realizarse en dicho territorio, permite el reconocimiento de los vínculos filiales con los padres comitentes. Sin embargo, la ley ucraniana (artículo 123 del Código Civil ucraniano y las Órdenes 24 y 771 del Ministerio de Salud de Ucrania) impone el deber de que sea una pareja la que acceda al procedimiento, de modo que el señor Boris no podía adelantar el proceso en su país de origen.

199. Estos hallazgos, vistos a la luz de los hechos del presente caso, ponen de presente que la expectativa de solicitar la nacionalidad ucraniana no era viable pues: (i) la niña nació de un proceso de gestación por sustitución en el que la gestante sustituta no aportó material genético y la donante del gameto femenino es anónima, es decir, no hay una mujer reconocida como madre de la niña; (ii) el señor Boris no tiene la posibilidad de probar ninguna de las circunstancias descritas por el artículo 127 del Código Civil ucraniano, de manera que debe acudir a instancias judiciales en su país para que se le reconozca como padre soltero; (iii) aún en el evento en el que el señor Boris hubiera dejado a su hija en Colombia para que compareciera ante la embajada de Ucrania en Lima, (la correspondiente para nuestro país), no le hubiera sido posible obtener el reconocimiento de la nacionalidad para la niña mediante un proceso registral simple, en tanto no cumple con los requisitos de la filiación señalados en el artículo 127 del Código de Familia de Ucrania. Para perseguir dicho reconocimiento, el señor Boris tendría que haber iniciado un trámite judicial en su país de origen, con los riesgos que esto implica, dada la situación de guerra en Ucrania.

200. Por último, los antecedentes muestran que el señor Boris ha desplegado múltiples esfuerzos para que su hija adquiera una nacionalidad sin éxito. Primero lo intentó en Colombia pues acudió en varias oportunidades a las autoridades judiciales y administrativas para que se reconocieran sus nombres, su identidad y su nacionalidad colombiana. Posteriormente, como consta en las pruebas practicadas por el despacho sustanciador, el señor Boris intentó solicitar el reconocimiento de la nacionalidad de su hija en la Embajada de Ucrania en Hungría, lugar en el que le informaron que necesitaba una visa de residente en ese país para poder adelantar el trámite. Allí también le informaron que la falta de reconocimiento de su vínculo filial como padre soltero lo exponía a un potencial reclutamiento en las fuerzas de seguridad ucranianas para combatir en el frente de guerra

con Rusia. En dicho contexto, es entendible su decisión de dejar a la niña al cuidado de su madre y su hermana mientras lograba resolver la situación de su hija fuera de Ucrania, para después volver a encontrarse con ella. Finalmente, intentó este reconocimiento nuevamente en Australia, donde le informaron que el trámite requería que la niña tuviera otra nacionalidad.

201. En suma, suponer que el señor Boris podía pedir la nacionalidad ucraniana o cualquier otra distinta a la colombiana para Leticia, partió de premisas equivocadas que las autoridades pudieron absolver fácilmente a través de una actuación proactiva, sustentada en el interés superior de los derechos de Leticia. En efecto, las autoridades encargadas del examen de la situación específica en materia de la nacionalidad de Leticia debieron considerar el contexto del conflicto de Ucrania. Además, pudieron requerir al accionante para que brindara esta información o activar las competencias que otorga el artículo 177 del Código General del Proceso relativas a la prueba de las leyes de otros países.

202. En el mismo sentido, las autoridades pudieron elevar las respectivas consultas a la autoridad consular ucraniana correspondiente para Colombia de forma oficiosa, esto es, el Consulado de Ucrania en Lima, Perú, antes de asumir que el reconocimiento de dicha nacionalidad era factible. Es decir que, con fundamento en lo establecido en la Circular 168 de 2017 y de conformidad con el principio de interés superior de la niñez, las autoridades pudieron activar el procedimiento para el reconocimiento de la nacionalidad colombiana ante el riesgo de apatridia de manera oficiosa.

204. Para la Corte, el riesgo de apatridia que recayó en Leticia pudo ser mitigado por las autoridades colombianas, quienes en virtud del vacío legal en la regulación de la gestación por sustitución y de su deber reforzado de protección a los niños y las niñas frente a la apatridia, tenían unas cargas elevadas de debida diligencia, como se ilustrará en detalle en la siguiente sección.

205. En síntesis, para la Corte es claro que (i) Leticia enfrentó un riesgo de apatridia por la imposibilidad de adquirir la nacionalidad ucraniana; (ii) que el riesgo de caer en dicha circunstancia pudo ser evitado por las autoridades colombianas, incluso ante el vacío normativo frente a la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida como la gestación por sustitución trasnacional y sus efectos jurídicos sobre la filiación y la

nacionalidad; y (iii) que, por lo mismo, era su deber aplicar un estándar reforzado de debida diligencia para evitar la concreción de dicho riesgo.

206. Con el propósito de demostrar de forma detallada el incumplimiento de los deberes relativos a la prevención de la apatridia en el que incurrió cada una las autoridades involucradas, en lo que sigue, se expondrá la conducta del Juzgado 31 de Familia, la RNEC y el Ministerio de Relaciones Exteriores, y su incidencia en la vulneración de los derechos fundamentales de Leticia.

4.3. La conducta de las autoridades involucradas en el caso incidió directamente en el estado apatridia de Leticia

207. El recuento presentado permite constatar que Leticia enfrentó un estado de apatridia desde que las autoridades colombianas resolvieron no incorporar el sello de “válido para demostrar nacionalidad” al momento de expedir el nuevo registro civil de nacimiento, tras la sentencia de impugnación de la maternidad. De esta manera, las accionadas influyeron en el estado de apatridia de Leticia. Esta actuación impidió el reconocimiento de la niña como nacional en Ucrania. Así lo señaló también el CEM de la Universidad de los Andes.

208. Para la Sala, tanto el riesgo de apatridia como la concreción de esa circunstancia en el caso de Leticia eran previsibles y, en consecuencia, las autoridades colombianas tenían el deber de evitarlo. Esta afirmación se sustenta en las razones que se exponen a continuación según la actuación de cada una de las autoridades involucradas.

209. Juzgado 31 de Familia de Bogotá. Como se aprecia en el expediente remitido por dicha autoridad judicial, en su demanda, el señor Boris solicitó que: (i) se declarara que Leticia no era hija de la señora Liliana; (ii) se ordenara el trámite pertinente sobre el registro civil de nacimiento para modificarlo y excluir del documento a quien aparecía como madre de la niña; y (iii) se ordenara la emisión del nuevo pasaporte de la niña en el que constara la modificación de sus apellidos. Como pruebas, el demandante aportó el registro civil de la niña, el contrato de gestación por sustitución, la certificación de donación de óvulo emitido por el Centro Latinoamericano de Diagnóstico Molecular, el informe de la gestión realizada antes y durante de la gestación en favor de la madre sustituta, y la prueba de maternidad practicada en el laboratorio Genética Molecular de Colombia.

210. El Juzgado 31 de Familia de Bogotá, en su sentencia del 23 de septiembre de 2022 consideró que, de conformidad con el numeral 4 del artículo 386 del Código General del Proceso, era pertinente acoger las pretensiones de la demanda porque la madre sustituta no se opuso a ellas y no solicitó la práctica de una nueva prueba genética. Además, el fallo indicó que como la gestación por sustitución no está regulada ni prohibida en Colombia, cuando un niño o niña nace producto de esta práctica las reglas generales de la filiación del Código Civil suplen el vacío y, por lo tanto, la mujer que lo dio a luz es considerada para todos los efectos legales como la madre. Sin embargo, la juez señaló que este principio general de la filiación quedó desvirtuado en este caso por la prueba de ADN aportada por el demandante. Por consiguiente, el fallo ordenó declarar que Leticia no es hija de Liliana. En consecuencia, la sentencia ordenó a la Notaría 27 del Círculo de Bogotá tomar nota de la decisión en el registro civil de nacimiento de la niña. Igualmente, el juzgado ordenó remitir el fallo a la Dirección Nacional de Identificación de la RNEC para que efectuara las anotaciones a las que hubiera lugar.

211. Sobre esta circunstancia es pertinente hacer dos precisiones. La primera es que, como manifestó el señor Boris, en virtud de una actuación negligente de quien actuó como su abogado en las diligencias mencionadas, no se presentó una pretensión específica sobre el reconocimiento de la nacionalidad de Leticia por el riesgo de apatridia al que evidentemente se enfrentaba con esa decisión. La segunda es que, si bien en la demanda no se incluyó una pretensión específica al respecto, de la solicitud relacionada con el pasaporte es posible considerar que dentro de las preocupaciones del señor Boris estaba el reconocimiento de la nacionalidad de su hija en Colombia, con lo cual no se vislumbra una actitud negligente por parte del padre.

212. La Corte considera que al no tratarse de un caso de tutela contra providencia judicial, no es posible cuestionar el contenido y alcance de la decisión adoptada por el juzgador civil. En particular, la Corte considera que, si bien la juez pudo anticipar a partir de su rol de dirección del proceso un potencial riesgo de apatridia, lo cierto es que su conducta no se puede catalogar como manifiestamente arbitraria. Por el contrario, la sentencia refleja una actuación ajustada a las competencias legales y constitucionales de la autoridad judicial. En ese sentido, la Corte considera que el Juzgado 31 de Familia de Bogotá no violó los derechos fundamentales de Leticia.

213. Notaría 27 de Bogotá y RNEC. En virtud del fallo de impugnación de maternidad, la Notaría 27 de Bogotá reemplazó el registro civil ******** por el serial ********, en el que se eliminó a la señora Liliana como madre de la niña, de manera que quedó como único padre el señor Boris. Según la respuesta aportada por la RNEC a esta instancia, en el registro civil no se incluyó ninguna observación en relación con la acreditación del requisito para demostrar la nacionalidad porque "la madre presentó el certificado de nacido vivo, conforme al artículo 49 Decreto 1260 de 1970". En su intervención, la entidad señaló que a las autoridades registrales no les corresponde evaluar el resultado de la prueba de ADN y mantienen la presunción de maternidad por el simple hecho del nacimiento, a menos que esta se desvirtúe mediante un proceso judicial de impugnación, como ocurrió en este caso.

214. Al respecto, la Corte encuentra que de conformidad con la sección segunda de la Circular 168 de 2017, literal A, "[c]uando se solicite la inscripción en el registro civil, de un hijo/a de padres extranjeros, nacido en suelo colombiano, al cual ningún Estado le reconozca la nacionalidad, no se le exigirá prueba de domicilio y la prueba de la nacionalidad será el registro civil de nacimiento". Posteriormente, el literal B señala que las autoridades registrales tienen el deber "de orientar al declarante, en el sentido que debe presentar escrito a la Dirección Nacional de Registro Civil, afirmando que el inscrito se encuentra en condición de apátrida, junto con los documentos que soporten el caso concreto".

215. Con base en estas disposiciones, así como en los hechos del caso extensamente discutidos en esta providencia, la Sala encuentra que las autoridades registrales, en este caso la Notaría 27 y la propia RNEC, debían orientar al señor Boris tal y como lo ordena la norma con base en la cual justificaron su actuación. Sin embargo, no existe evidencia de que alertaran sobre este procedimiento al accionante.

216. En ese sentido, ante el evidente riesgo de apatridia en el que se encontraba Leticia, la Sala considera que hubo una actuación negligente de las autoridades registrales por no indicarle al señor Boris el procedimiento que podía adelantar para prevenir que su hija quedara en estado de apatridia, y por no acompañarlo en la solicitud tanto a la RNEC como al Ministerio de Relaciones Exteriores, autoridad encargada de elevar la consulta que se describe en el literal C de la Circular 168. Efectivamente, como consta en el expediente, esta información sólo le fue remitida al señor Boris el 6 de diciembre de 2022, y fue la Oficina de Pasaportes del departamento del Magdalena quien se la comunicó, no las autoridades

registrales que tenían el deber de hacerlo.

217. Por todo lo anterior, la Corte considera que tanto la Notaría como la RNEC fallaron en el cumplimiento de sus deberes constitucionales y reglamentarios y, por lo tanto, vulneraron el derecho a la nacionalidad de Leticia, así como su deber de protegerla frente al riesgo de apatridia.

219. Ministerio de Relaciones Exteriores. Una vez efectuada la modificación en el registro civil de nacimiento de la niña, el señor Boris acudió a la oficina de pasaportes del departamento del Magdalena con el fin de tramitar la expedición del pasaporte con el ajuste en el nombre de su hija. No obstante, de manera verbal y a través de correo electrónico enviado ese mismo día, la oficina de pasaportes le respondió que debía acreditar los requisitos de la Circular 168 del 22 de diciembre de 2017 de la RNEC, que regula la inscripción de las niñas y niños nacidos en territorio colombiano e hijos de padres extranjeros. Es decir que, para continuar con el trámite del pasaporte de la niña, el señor Boris debía acreditar visa vigente al momento del nacimiento de la niña y demostrar que la autoridad registral realizó la nota marginal de "válido para demostrar nacionalidad" debidamente firmada.

220. Frente a esta actuación, el Ministerio de Relaciones Exteriores señaló que, dadas las inconsistencias en los documentos requeridos para la expedición del pasaporte, la oficina de pasaportes del departamento de Magdalena obró correctamente al abstenerse de realizar este trámite. En su concepto, esta decisión tuvo fundamento en el artículo 17 de la Resolución 6888 de 2021 del Ministerio de Relaciones Exteriores y en la Circular 168 de 2017 de la RNEC. A juicio de esta entidad, y en virtud de la impugnación de la maternidad, la niña no cumple los requisitos para la obtención de la nacionalidad colombiana, pese a haber nacido en este territorio. Además, en su contestación enviada el 15 de diciembre de 2022 al juez que conoció en primera instancia de la tutela, el Ministerio señaló que al señor Boris le correspondía tramitar la nacionalidad por consanguinidad de su hija ante la misión diplomática y consular de su país de origen, así como su pasaporte y, de ser negativa la respuesta, tendría que solicitar la inscripción del registro civil ante la RNEC por apatridia.

221. Frente a estos hechos, la Corte considera que, si bien la actuación del Ministerio estuvo amparada en mandatos legales y reglamentarios existentes, no consideró el evidente riesgo

de apatridia al que se enfrentaba Leticia y no tomó las acciones necesarias para evitar que se concretara. Es importante mencionar que a Leticia ya se le había reconocido la nacionalidad colombiana y que en virtud de la impugnación de la maternidad se retrotrajo esta decisión. A la luz del artículo 8 de la Convención de 1961 esta conducta puede constituir una violación de la prohibición de revocar la nacionalidad de una persona que puede estar expuesta a riesgo de apatridia. Esta actuación podría corresponder al incumplimiento de un deber constitucional relacionado con la prevalencia del orden constitucional (y convencional) y el interés superior de los niños y las niñas como un límite a la potestad registral de revocar la nacionalidad de una persona vulnerable como Leticia.

222. En virtud de su deber de debida diligencia reforzada para evitar la apatridia de la niña, el Ministerio pudo elevar las respectivas consultas consulares a Ucrania, un país con el que Colombia sostiene relaciones internacionales pacíficas, con el fin de establecer si era o no posible que Leticia obtuviera la nacionalidad de ese país. En cambio, no fue sino hasta que la Corte Constitucional intervino que hizo dicha consulta, para la cual, además, no aportó respuesta sino hasta la medida provisional que se ordenó en favor de Leticia.

223. Así las cosas, la Corte encuentra que la conducta pasiva del Ministerio generó un daño grave sobre el derecho a la nacionalidad de Leticia, así como su derecho a ser protegida de la apatridia, a la identidad personal y, por consiguiente, a la igualdad en consideración de su interés superior.

224. Conclusión. El análisis desarrollado por la Corte indica que las decisiones adoptadas por las autoridades involucradas en este caso obedecieron al cumplimiento de una finalidad constitucional importante, esto es, la de garantizar la aplicación tanto de la legislación en materia de derecho de familia, como las directrices que regulan el registro civil y la adquisición de la nacionalidad colombiana.

225. Sin embargo, así como está comprobada la amenaza que supone el modelo tolerante frente a la gestación por sustitución para los derechos de las niñas y los niños nacidos mediante esta práctica, también es un hecho incuestionable que desde la expedición del nuevo registro civil de nacimiento por orden judicial se generó una afectación sobre los derechos de Leticia. Dicha afectación se materializó en (i) la revocatoria de la nacionalidad colombiana previamente reconocida, (ii) la inaplicación de protocolos que prevén el

reconocimiento de la nacionalidad a personas en riesgo de apatridia y (iii) la denegación de documentación oficial que reconociera su nacionalidad.

226. Como se señaló arriba, las autoridades tienen un deber particularmente intenso de debida diligencia para evitar la apatridia, especialmente cuando se trata de niños y niñas, y que se refuerza en un contexto de desregulación de prácticas que inciden en la generación de riesgos de apatridia. Sin embargo, la Corte encuentra que las autoridades fallaron a ese deber de protección reforzada. Una actitud proactiva de su parte les habría llevado concluir, por ejemplo, las barreras insuperables enfrentaba Leticia para obtener la nacionalidad ucraniana.

227. Además, si bien la Corte entiende que algunos de los procesos discutidos en esta sentencia pueden tomar su tiempo, la Sala no encuentra justificación al hecho de que haya pasado más de un año desde la interposición de la tutela y que, tanto la RNEC como el Ministerio de Relaciones Exteriores sólo dieran una respuesta certera sobre la posibilidad de reconocerle la nacionalidad a Leticia como niña en riesgo de apatridia hasta que la Corte se lo ordenó mediante el auto de medidas provisionales número 2935 de 2023. De tal manera, al exigir la prueba del domicilio, las accionadas efectuaron una interpretación errónea de la Circular 168 de 2017 en la que se establece un procedimiento para hijos de extranjeros en riesgo de apatridia en el que no es necesario acreditar ese requisito al momento de su nacimiento. Para la Sala, la omisión en la activación oficiosa de este trámite es especialmente grave si se tiene en cuenta la vulneración de derechos fundamentales que acarrea, dadas las condiciones de extrema vulnerabilidad y peligro en las que se encuentra la niña mientras permanece en territorio ucraniano sin la posibilidad de salir de ese país por carecer de pasaporte.

228. En estas circunstancias, no queda otro camino que concluir que efectivamente las autoridades acusadas vulneraron el derecho a la nacionalidad, identidad e igualdad de Leticia, al igual que su derecho fundamental de protección frente a la apatridia. La Corte acepta que estas decisiones obedecieron a razones en apariencia sustentadas en la legislación y en las directrices para la inscripción en el registro civil. Sin embargo, como se aprecia en el material probatorio recaudado, las autoridades estaban en la obligación no sólo de establecer la filiación y modificar el registro civil, sino también, de adoptar salvaguardas para evitar la apatridia, por ejemplo, mediante la activación oficiosa del trámite dispuesto en

la Circular 168 de 2017 para el reconocimiento de la nacionalidad de personas en riesgo de apatridia. También pudieron indagar sobre las posibilidades reales de reconocimiento de la nacionalidad ucraniana o adelantar el trámite consular respectivo una vez tuvieron conocimiento del caso. Por el contrario, a pesar de contar con más de un año para tomar acciones para salvaguardar el interés superior de Leticia, las entidades demandadas actuaron de manera pasiva y permitieron que una niña menor de 3 años careciera de pasaporte, de país y de una protección que corresponda con el valor que Colombia y la sociedad internacional le dan a la niñez.

230. En suma, Leticia no debe soportar las consecuencias de que la técnica mediante la que nació carezca de regulación ni las cargas burocráticas exigidas para gozar de su derecho a tener derechos. Por lo tanto, la Corte amparará su derecho a tener una nacionalidad, a una identidad personal definida, a la igualdad ante la ley y a la no discriminación. Al señor Boris se le encomendará el especial cuidado, atención y amor que merece su hija, frente a la cual tendrá el deber de asegurar un crecimiento pleno, libre de violencias y con la garantía de que podrá ejercer sus derechos como ciudadana colombiana a lo largo de su vida.

4.4. Remedios constitucionales

231. El modelo tolerante de la gestación por sustitución, la ausencia de una regulación con plazos precisos y la interpretación restrictiva del procedimiento para reconocer la nacionalidad por nacimiento hijos e hijas de extranjeros sin domicilio en Colombia en riesgo de apatridia fueron todas condiciones de posibilidad creadas por el Estado colombiano para la vulneración de los derechos fundamentales de Leticia. En esa medida, la Corte estima indispensable que, a partir de esta sentencia, los niños y las niñas nacidas en territorio colombiano mediante gestación por sustitución, a los que ningún Estado les reconozca la nacionalidad y que no tengan la posibilidad de acceder a la nacionalidad por nacimiento colombiana de otro modo,

sean reconocidos como colombianos por nacimiento, en virtud de los artículos 42 y 44 de la Constitución, que dan prevalencia a los derechos de la niñez. Este reconocimiento aplicará hasta cuando el legislador regule de manera específica la materia.

232. A partir de las consideraciones expuestas, la Sala ordenará el reconocimiento de la nacionalidad colombiana a Leticia. Para este propósito, la Corte le ordenará a la RNEC o a la

autoridad que tenga la potestad correspondiente, emitir nuevamente el registro civil de nacimiento de la niña, esta vez con el sello de “válido para demostrar nacionalidad” de manera definitiva.

233. Adicionalmente, la Corte le ordenará al Ministerio de Relaciones Exteriores expedir el pasaporte de Leticia de conformidad con los datos señalados en el registro civil de nacimiento, una vez sea expedido el documento en los términos señalados en el numeral anterior.

234. Finalmente, como se explicó en las consideraciones generales y en los argumentos de apertura en el estudio del caso concreto, la ausencia de regulación sobre la gestación por sustitución deja un vacío que pone en riesgo a quienes se encuentran en situaciones más vulnerables, especialmente frente al aumento exponencial del uso de esta técnica en clave trasnacional. En particular, como se constató secciones arriba, las mujeres gestantes y los niños y niñas que nacen de estas técnicas son quienes se enfrentan a los mayores riesgos del modelo tolerante o desregulado de la gestación por sustitución. En particular, debido a la regulación que se desprende del artículo 96 superior sobre el acceso a la nacionalidad por nacimiento de hijos de extranjeros, hay un alto riesgo de apatridia para los niños y las niñas que nacen de acuerdos de gestación internacional celebrados entre comitentes extranjeros y gestantes colombianas. Aunque a nivel legislativo y reglamentario se prevén medidas para el reconocimiento de la nacionalidad para personas en riesgo de apatridia, lo cierto es que la actuación administrativa y la regulación del procedimiento correspondiente, hoy incluido en la Circular 168 de 2017, tiene las siguientes falencias que inciden en una actuación efectiva de las autoridades para la protección de las niñas y los niños nacidos en el territorio y en riesgo de apatridia:

i. (i) Se trata de una regulación que no prevé plazos precisos para el desarrollo de las actuaciones. En particular, como se ilustró en la figura 1, se trata de un procedimiento constituido por diferentes fases y en la que intervienen diferentes autoridades, pero solo se prevé un término que corresponde a la emisión del concepto por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores. Esta falta de regulación sobre los términos incide en la posibilidad de una actuación célere y en la protección efectiva de los derechos de las niñas y los niños ante el riesgo de afectación de sus derechos que supone la apatridia.

() La regulación no alude a la actuación oficiosa de las autoridades nacionales, a pesar de que el interés superior de la niñez demanda una actuación proactiva y conforme al deber de debida diligencia reforzado que tienen las autoridades para constatar el estado de apatridia.

() En relación con los documentos de viaje, la regulación tampoco dispone salvaguardas asociadas al deber de expedición o de evitar su cancelación cuando exista sospecha de la configuración de un potencial estado de apatridia.

() La falta de adecuación de estas regulaciones no sólo tuvo una incidencia sobre el caso concreto, sino que tiene la capacidad de afectar a otros niños y niñas que nazcan en condiciones similares a las de Leticia. En efecto, tal como lo señalo la Juez 31 de Familia de Bogotá, existen varios procesos en curso en los que se discuten hechos similares a los que estudia esta providencia.

235. Con base en estas consideraciones, la Corte considera importante ordenar remedios que le permitan a las autoridades involucradas en el proceso de reconocimiento de la nacionalidad Colombiana y en la expedición de documentos de identidad, adoptar las medidas para evitar la ocurrencia de situaciones como las que discutió la Corte en esta oportunidad.

236. En consecuencia, esta providencia ordenará al Gobierno Nacional, en particular al Ministerio de Relaciones Exteriores y a la RNEC, que reglamente los artículos 65, 66 y 67 de la Ley 2136 de 2021, así como la Ley 2332 de 2023, de modo que considere el especial riesgo de apatridia al que se enfrentan las niñas y niños nacidos de acuerdos de gestación por sustitución trasnacional. En concreto, la Sala le ordenará actualizar el procedimiento definido hoy en la Circular 168 de 2017, a través de la inclusión de tiempos precisos para el desarrollo de las actuaciones dirigidas a constatar el estado de apatridia y de los nuevos parámetros definidos por la Ley 2332 de 2023, particularmente el parágrafo 2 del artículo 4. Además, esta modificación debe incluir el deber de actuación oficiosa por parte de las autoridades bajo el principio de interés superior de los niños y las niñas, y conforme a la obligación de evitar la apatridia en los términos señalados en esta providencia.

237. Por otra parte, en el caso concreto se constató que, a pesar de la existencia de una regulación específica sobre el reconocimiento de la nacionalidad ante riesgos de apatridia, la definición de un procedimiento, la asignación de competencias y la vigencia del principio

constitucional de interés superior de los niños y las niñas, tanto autoridades judiciales como administrativas que conocieron la situación de Leticia omitieron adelantar actuaciones oficiosas para prevenir el riesgo de apatridia. Así, en aras de evitar que situaciones como las constatadas en este caso vuelvan a ocurrir, la Sala dispondrá lo siguiente:

238. Al Consejo Superior de la Judicatura y, en general, a los jueces y juezas, se les requerirá para que, en lo sucesivo, tengan en cuenta la potencial situación de apatridia a la que se pueden enfrentar las niñas y los niños nacidos de procesos de gestación por sustitución, particularmente en el marco de los procesos de impugnación de la maternidad en los que se ponga en su conocimiento casos como el resuelto en esta oportunidad por la Corte. Por lo tanto, se requerirá al Consejo Superior de la Judicatura poner esta decisión en conocimiento las autoridades judiciales del país, principalmente aquellas de la especialidad de familia.

239. A la Superintendencia de Notariado y Registro, se le ordenará producir lineamientos de modo que quienes ejercen la función de dar fe pública tengan en cuenta el potencial riesgo de apatridia al que se enfrentan las niñas y los niños cuyo registro se solicita a instancias suyas con posterioridad a la impugnación de la maternidad en casos de gestación por sustitución. En particular que, al identificar riesgos de apatridia, deben informar a los padres de los niños y las niñas sobre el trámite de reconocimiento de la nacionalidad regulado en la Circular 168 de 2017 y que será complementado como consecuencia de la orden segunda de esta providencia.

240. De otra parte, la Sala encuentra que la vulneración de los derechos de Leticia obedeció a las omisiones de las autoridades competentes que conocieron su situación, como se explicó en el análisis de las conductas que incidieron en su estado apatridia, así como a las fallas en la regulación del acceso a la nacionalidad ante riesgo de apatridia. Sin embargo, como se expuso a lo largo de esta ponencia, la situación de Leticia se enmarca en una omisión más general, que corresponde a la falta de regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en el ordenamiento jurídico colombiano o al llamado modelo tolerante que opera actualmente en el país. Por lo tanto, la Corte reiterará el exhorto efectuado en múltiples oportunidades al Congreso de la República para que aborde seriamente el tema de la gestación por sustitución, teniendo en cuenta los derechos constitucionales en juego y las dimensiones trasnacionales de este fenómeno. Así mismo se le exhortará para que adopte las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las obligaciones del Estado

Colombiano frente al riesgo de apatridia.

241. Al departamento del Magdalena, como accionado directo en el caso objeto de estudio, se le prevendrá para que en el ejercicio de las competencias relacionadas con la expedición de pasaportes actúe de acuerdo con el interés superior de los niños y las niñas, y si encuentra en el ejercicio de esa competencia riesgos de apatridia de menores de edad adelante las actuaciones oficiosas que correspondan.

242. Por último, la Sala encuentra que, mientras se expide una regulación específica, las autoridades nacionales se enfrentan a diario con diversos retos suscitados por el desarrollo de la gestación por sustitución. Estos casos involucran tensiones constitucionales y requieren medidas de protección urgentes, principalmente frente a la situación de las niñas y los niños. Por lo tanto, la Sala considera que el Estado colombiano debe robustecer la información con la que cuenta, en aras de conocer las dimensiones del uso y la práctica de este tipo de acuerdos y técnicas de reproducción humana asistida. Esta información es importante no solo para generar protección de quienes están involucrados en acuerdos de este tipo sino sobre todo de los niños y las niñas que nacen como producto de la aplicación de estas técnicas.

243. Al respecto, la Sala considera importante hacer algunas aclaraciones frente a los exhortos establecidos en la sentencia T-127 de 2024, proferida por la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas. La sentencia mencionada hizo los siguientes exhortos: (i) exhortó al Congreso a regular el asunto de acuerdo con la línea jurisprudencial de esta Corte; (ii) exhortó al Ministerio de Justicia y del Derecho a presentar un proyecto de ley dentro de la próxima legislatura en el que se regule la gestación subrogada en Colombia, particularmente sus efectos en el registro civil de los niños y niñas nacidos mediante la aplicación de esta técnica; (iii) un exhorto al ICBF, Migración Colombia y la Registraduría para que adopten una serie de medidas encaminadas a garantizar la existencia de datos oficiales sobre la práctica de la gestación por sustitución y proteger a los niños y las niñas nacidas a partir de esta técnica.

244. Frente al primer punto, de conformidad con el fundamento 235 de esta sentencia, la Sala Primera reiterará el exhorto al Congreso y al Ejecutivo para que avancen en la regulación que estimen como la más idónea para enfrentar los retos que en materia de derechos fundamentales ponen de presente las decisiones de esta corporación frente a la

gestación por sustitución.

245. Respecto del segundo exhorto, y teniendo en cuenta que el objeto específico de la acción de tutela examinada en esta sentencia por la Sala Primera es la protección del interés superior de los niños y las niñas nacidos en virtud de la técnicas como la gestación por sustitución, esta Sala exhortará al Ministerio de Justicia y del Derecho para que, en el marco de sus competencias, presente un proyecto de ley que tenga en cuenta los siguientes elementos: (i) el interés superior de los niños y las niñas, lo que incluye establecer provisiones que garanticen la protección efectiva frente al riesgo de apatridia, el derecho a la filiación y la nacionalidad; (ii) la protección de las mujeres frente a los riesgos de explotación estudiados en la sentencia T-127 de 2024. En esa medida, esta invitación busca ampliar el alcance del exhorto anterior, con base en la identificación precisa de cómo puede verse el riesgo de apatridia una vez se concreta y bajo el entendido de que son desaconsejables reglas absolutas sobre registro en el marco de las TRHA, tal y como se demostró en el estudio integral presentado en esta sentencia. Particularmente, son poco aconsejables las regulaciones que prohíben la inscripción de los niños y las niñas como hijos de las mujeres gestantes, por tratarse de reglas que pueden desconocer situaciones concretas según el tipo de técnica empleado, como, por ejemplo, cuando la gestación es efectivamente subrogada en la medida en que se comparte material genético entre la gestante y las personas que nacen a partir de la técnica (ver, supra 116). En ese sentido, esta Sala invitará al Ministerio a dar una discusión informada y plural, que tenga en cuenta las múltiples realidades que involucran a quienes participan en los procesos de gestación por sustitución de manera amplia.

246. Por último, la sentencia T-127 de 2024 instó “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 motivan de esta sentencia”. En el fundamento jurídico 215 de dicha sentencia, se señaló que estas medidas “mínimas” consisten en: (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”.

247. La Sala concuerda con las consideraciones que llevaron a la Sala Cuarta a establecer estos lineamientos. Sin embargo, la Sala considera fundamental que estas medidas se adopten con el debido cuidado y respeto de los derechos a la intimidad de los niños, las niñas, las mujeres gestantes y quienes funjan como cuidadores principales de los menores una vez concluya el proceso. En ese sentido, la Sala reiterará el exhorto con estas advertencias, que pueden tener en cuenta los lineamientos de los Principios de Verona, detallados en las consideraciones de esta sentencia.

248. Además, dado que en este proceso se vinculó al Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), se le invitará a formar parte del proceso de recolección estadística para informar el debate nacional sobre el asunto, observando debido respeto de los derechos a la intimidad y la igualdad de los niños y niños nacidos a partir de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida. En particular, las entidades deberán garantizar que la información recabada sea tratada como sensible y por lo tanto restringida en su acceso al público y anónima.

249. Por último, la Sala precisa que la solicitud presentada por el accionante en el sentido de certificar el alcance o efecto de la sentencia proferida por el Juzgado de Familia no hace parte de las competencias de esta corporación y en cualquier caso la decisión aborda la protección de los derechos fundamentales de la niña, que es el asunto principal de la acción de tutela.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Prime