

Bogotá y Washington, D.C., 31 de octubre de 2023

Honorables magistrada/os:

JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ

DIANA FAJARDO RIVERA

NATALIA ÁNGEL CABO

Sala Primera de Revisión de Tutelas

Corte Constitucional de Colombia

E. S. D

REFERENCIA: Intervención en Expediente [REDACTED]. Acción de tutela formulada por [REDACTED], en nombre de su hija [REDACTED], contra el Ministerio de Relaciones Exteriores y el departamento del Magdalena.

Desde la Iniciativa Salud y Derechos Humanos del Instituto O'Neill para el Derecho y la Salud Nacional y Global de la Universidad de Georgetown (en adelante, "Instituto O'Neill") nos permitimos presentar el siguiente documento en calidad de intervinientes en el Expediente [REDACTED], en respuesta a la invitación de la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional mediante auto [REDACTED], notificado [REDACTED].

El Instituto O'Neill es una institución sin fines de lucro situada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Georgetown en Washington, D.C. La misión del Instituto O'Neill consiste en proveer soluciones innovadoras a los problemas más críticos de salud a nivel nacional y global.

La Iniciativa Salud y Derechos Humanos (en adelante, la "Iniciativa") es una de las unidades de trabajo del Instituto O'Neill, enfocada en el estudio de la relación entre la salud y los marcos jurídicos nacionales e internacionales que protegen los derechos humanos. A partir del trabajo académico, de la asistencia técnica y del uso estratégico del derecho, el equipo de la Iniciativa busca contribuir a un entendimiento más profundo de las distintas formas en las que dichos marcos pueden ser utilizados para mejorar la salud.

Una de las áreas de trabajo de la Iniciativa se centra en la participación en procesos legales y en litigios nacionales e internacionales, con el fin de proteger y promover el derecho a la salud y otros derechos relacionados. Las modalidades de trabajo en el área incluyen la representación directa de víctimas individuales y colectivas, la presentación de *amici curiae* en procesos nacionales e internacionales, y la prestación de asistencia técnica a socios involucrados en litigios.

En ese contexto, agradeciendo la invitación de la Corte Constitucional y considerando que el vínculo entre gestación por sustitución, salud sexual y reproductiva y derechos humanos es un tema transversal del presente expediente, consideramos relevante presentar argumentos desde el derecho comparado, la bioética y el derecho internacional de los derechos humanos (en adelante, "DIDH") que, esperamos, puedan contribuir a la discusión al interior de este tribunal. Cabe destacar que Silvia Serrano Guzmán, Natalia Acevedo Guerrero, Ivonne Garza Garza y Patricio López Turconi no formamos parte del proceso en autos, sino que nos constituimos en intervinientes en virtud de la invitación de la Corte Constitucional.

Nuestra intervención pretende dar respuesta a las preguntas planteadas por la Sala en el fundamento jurídico [REDACTED] de la citada providencia, con referencias a algunas de las preguntas remitidas a los demás intervinientes.

TABLA DE CONTENIDOS

1. INTRODUCCIÓN	3
1.1. <i>Terminología y aplicación al Expediente</i> [REDACTED]	3
1.2. <i>Tensiones sobre el fenómeno de gestación por sustitución en la literatura bioética</i>	5
1.3. <i>La filiación en la gestación por sustitución</i>	6
1.4. <i>El abordaje de la gestación por sustitución en Colombia</i>	7
2. RESPUESTA A LAS PREGUNTAS FORMULADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL	9
2.1. <i>¿Qué modelos regulatorios de la gestación subrogada existen? En su opinión, ¿cuáles son más compatibles con un enfoque de salud pública y derechos humanos?</i>	9
2.1.1. Modelo de la regulación expresa, total o parcial.....	9
2.1.2. Modelo tolerante.	12
2.1.3. Modelo prohibicionista.	13
2.1.4. Compatibilidad de estos modelos con la salud pública y los derechos humanos.....	13
2.2. <i>¿Cómo se resuelve en dichos modelos regulatorios el asunto de la filiación y la nacionalidad?..</i> 19	
2.2.1. El criterio del interés superior del niño como herramienta para resolver estos conflictos.....	22
2.3. <i>Señale mecanismos de protección con los que cuentan las personas nacidas de gestación subrogada en el derecho internacional frente al riesgo de apatridia</i>	23
2.3.1. Mecanismos de protección frente al riesgo de apatridia en general.....	23
2.3.2. Mecanismos de protección frente al riesgo de apatridia en Colombia y posible aplicación al caso en concreto	24
2.3.3. Propuesta de mecanismos de protección frente al riesgo de apatridia específicamente en los casos de gestación por sustitución	26
3. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	29
4. ANEXO	31

INTERVENCIÓN EN EXPEDIENTE [REDACTED]

1. INTRODUCCIÓN

La acción de tutela bajo estudio se vincula a la violación de los derechos al nombre, nacionalidad, igualdad e interés superior de una niña nacida en Colombia a través del procedimiento de gestación por sustitución con componentes transnacionales.¹ En ese sentido, el expediente se enmarca en los debates más generales asociados con esta forma de reproducción asistida, que ha generado una serie de preocupaciones éticas, jurídicas y sociales. Debido a estas preocupaciones, existe un desarrollo normativo incipiente en relación con los acuerdos de gestación por sustitución, tanto en el DIDH como a nivel comparado.

A excepción de un número de países que han hecho referencia expresa a la gestación por sustitución en sus ordenamientos internos, algunos para permitirla y otros para prohibirla, gran parte de los Estados se han abstenido de regular la gestación por sustitución ante la dificultad de llegar a un acuerdo en cuestiones como su legalidad, la filiación y los mecanismos para salvaguardar los derechos de todas las partes implicadas.

En ese contexto, y antes de responder a las preguntas específicas planteadas por la Corte, consideramos necesario abordar algunos aspectos de la gestación por sustitución, incluyendo cuestiones terminológicas, los debates presentes en la literatura bioética, y la forma en la que esta Corte Constitucional ha abordado los aspectos de filiación. Consideramos que estas aclaraciones son esenciales para encuadrar el debate del caso y facilitar el análisis del expediente por parte del tribunal.

1.1. Terminología y aplicación al Expediente [REDACTED]

Una de las consecuencias tanto de los debates alrededor de la gestación por sustitución, como de las distintas regulaciones a nivel global, es que no existe uniformidad terminológica sobre esta figura. Varios autores han propuesto distintas definiciones, que son más o menos abarcativas de las diferentes formas que estos acuerdos pueden adoptar. Nuestra intervención sigue la definición de Eleonora Lamm, que considera a la gestación por sustitución como:

“una forma de reproducción asistida, por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitente, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente”.²

En ese sentido, consideramos a la gestación por sustitución como una técnica de reproducción humana asistida (“TRHA”) 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.

En ese sentido, la doctrina ha tradicionalmente distinguido entre la gestación *tradicional*, en la que la gestante aporta la gestación y sus óvulos,³ y los acuerdos puramente *gestacionales*, en los que la gestante

¹ Eleonora Lamm, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres* (Barcelona: Ediciones de la Universitat de Barcelona, 2013), pág. 25.

² *Id.*

³ En esta figura, el semen puede provenir del comitente o de un donante, y se suele recurrir a la inseminación artificial para lograr el embarazo. Si bien los primeros acuerdos documentados a nivel global eran de este tipo, esta figura tiene una menor incidencia práctica en la actualidad, debido a que conlleva mayores preocupaciones bioéticas y jurídicas.

sólo aporta la gestación, pero no sus gametos, que son aportados por uno de los comitentes o por un donante.⁴

En ese sentido, nuestra intervención utiliza el concepto de *gestación por sustitución* y no “gestación subrogada”, bajo el entendido de que el término “subrogación” no es jurídicamente correcto en tanto no engloba todas las variantes de estos acuerdos. Ciertamente, el término “subrogación” se identifica con aquellos supuestos de gestación tradicional en los que la gestante aporta (i) el proceso de gestación y (ii) su material genético.⁵ Sin embargo, esta figura no es la utilizada en la mayoría de los casos, incluyendo en la tutela bajo estudio. En efecto, el expediente presenta un caso de acuerdo puramente gestacional donde la gestante (██████████) sólo habría aportado el proceso de gestación y se habrían utilizado los gametos del comitente (██████████) y de una donante de nacionalidad ucraniana.⁶

Al mismo tiempo, omitiremos cualquier referencia a términos como “maternidad subrogada” en tanto el uso de la palabra “maternidad” resulta inadecuado para hacer alusión a esta forma de TRHA por dos motivos. Primero, porque la gestante no es “madre”, no sólo porque carece de voluntad procreacional, sino porque la maternidad es un concepto jurídico-social que engloba mucho más que la gestación y el parto.⁷ Segundo, porque los comitentes pueden ser una o más personas de distinto género y sexo, por lo que el uso del término maternidad para referir a esta figura en abstracto no siempre se ajustará a la práctica. En ese sentido, resulta más adecuado hablar de “gestación por sustitución” en lugar de “maternidad subrogada” - la maternidad o paternidad no se subroga o sustituye, sino que lo que se sustituye en este acuerdo es la gestación.

La doctrina también distingue entre gestación por sustitución *altruista* o *comercial*, según exista o no algún tipo de contraprestación (en dinero o en especie) para la gestante. El factor determinante es la retribución en dinero o en especie por el aporte del proceso de gestación, por lo que algunas regulaciones entienden que el reembolso de los gastos razonables por alimentación y/o atención médica de la gestante no hacen que un acuerdo deje de ser altruista,⁸ aunque esa discusión no se encuentra saldada.⁹ Por el momento, basta resaltar que, de acuerdo con el auto de la Corte Constitucional, el acuerdo entre ██████████ y ██████████ habría contemplado:

“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 madre subrogada”.¹⁰

En la medida en que se trata de una contraprestación económica fija y no de un reembolso por gastos concretos de ██████████, no es claro si las partes buscaron un acuerdo puramente altruista o si se trata de un

⁴ Puede ocurrir que ambos comitentes aporten sus gametos; que sólo uno de ellos lo haga y se recurra a la donación de semen u óvulos, según corresponda; o que ambos gametos provengan de donantes. Esta figura necesariamente utiliza la fertilización in vitro (FIV) para lograr el embarazo.

⁵ Lamm, *Gestación por sustitución*, pág. 25. Véase también Código Civil de Tabasco, art. 92 (distinguiendo entre sustitución y subrogación).

⁶ Corte Constitucional de Colombia. Auto, Expediente ██████████ considerando 32.

⁷ Lamm, *Gestación por sustitución*, págs. 25-26.

⁸ Véase Figura 1, disponible en Anexo.

⁹ Es en este punto donde se suscitan los mayores debates alrededor de esta forma de TRHA, especialmente respecto a la posible explotación o abuso de la gestante y la comercialización de la reproducción. Algunos de estos debates serán abordados en el apartado 1.2 de la presente intervención.

¹⁰ Corte Constitucional. Auto, Expediente ██████████ (██████████), considerando 32.

ejemplo de gestación por sustitución comercial. En ese sentido, la calificación de este acuerdo dependerá de la postura que adopte la Corte Constitucional.

1.2. Tensiones sobre el fenómeno de gestación por sustitución en la literatura bioética

La gestación por sustitución ha sido ampliamente discutida por la literatura bioética, enfocándose principalmente en su naturaleza, las asimetrías de poder entre las partes, y los riesgos éticos asociados a esta práctica. Diferentes autores han entrado en discusiones sobre el altruismo, la subrogación comercial y la compensación justa por los riesgos y gastos de la gestante.¹¹ En el centro de este debate se han planteado argumentos sobre los límites de la autonomía, la vulnerabilidad y la explotación de los cuerpos de las mujeres y personas gestantes.¹²

Para algunos, el lenguaje de la “elección” debe ser cuestionado usando el argumento de la asimetría de poder y la vulnerabilidad de quienes optan por gestar a cambio de la remuneración, especialmente en escenarios de “turismo reproductivo”,¹³ en el que comitentes de países ricos acuden a servicios de gestación por sustitución en países de renta media y baja.¹⁴ El fenómeno de “turismo reproductivo” ha sido ampliamente abordado en países como India e Indonesia, que concentran gran parte del mercado de gestación por sustitución, lo que ha motivado cambios legislativos y amplios debates bioéticos.¹⁵ Se ha enfatizado que los riesgos éticos de la gestación por sustitución suelen ser mayores en los acuerdos con algún componente transnacional,¹⁶ como en el presente caso.

Otros autores han argumentado que la prohibición o criminalización de la gestación por sustitución perjudica gravemente a las gestantes.¹⁷ De forma no muy diferente, plantean que los vacíos normativos también pueden aumentar la vulnerabilidad de quienes gestan, quienes pueden quedar sujetas a acuerdos y cláusulas abusivas.¹⁸ Para Jennifer Damelio y Kelly Sorensen, la herramienta de la regulación administrativa, sin usar derecho penal, podría expandir la autonomía de las personas involucradas. Tanto

¹¹ Véase Amrita Banerjee, “Reorienting the Ethics of Transnational Surrogacy as a Feminist Pragmatist”, *The Pluralist* 5 no. 3 (Fall 2010):107-127. Ruth Walker & Liezl Van Zyl, “Altruism and generosity in surrogate motherhood”, *Contemporary Issues in Applied and Professional Ethics Research in Ethical Issues in Organizations* 15 (2016): 121-133. Kirby, J. “Transnational gestational surrogacy: Does it have to be exploitative?”, *American Journal of Bioethics*, 14, no 5 (2014); 24–32.

¹² Jennifer Damelio y Kelly Sorensen, “Enhancing Autonomy in Paid Surrogacy.” *Bioethics* 22, no 5 (2008): 269–77.

¹³ Definido como el desplazamiento de posibles receptores o usuarios de TRHA desde una jurisdicción o Estado donde una técnica en concreto no se encuentra disponible, a otra jurisdicción o Estado donde pueden obtenerla. Véase Lamm, *Gestación por sustitución*, pág. 194.

¹⁴ Véase Amrita Banerjee, “Reorienting the Ethics of Transnational Surrogacy as a Feminist Pragmatist”, *The Pluralist* 5, no 3 (Otoño 2010):107-127. Wilkinson S, “Exploitation in International Paid Surrogacy Arrangements”, *J. Appl. Philos* 33 (2016):125–145.

¹⁵ Véase Darryl Macer, “Ethical Conditions for Transnational Gestational Surrogacy in Asia”, *The American Journal of Bioethics* 14 no 5 (2014): 1–2. Sharmila Rudrappa, “Reproducing Dystopia: The Politics of Transnational Surrogacy in India, 2002–2015”, *Critical Sociology* 00 no 0 (2017): 1-15. Francesca Nardi, “Two Sides to Every Coin: India’s New Ban on Commercial Surrogacy”, *O’Neill Institute* (2019). Disponible en: <https://oneill.law.georgetown.edu/two-sides-to-every-coin-indias-new-ban-on-commercial-surrogacy/>

¹⁶ Federación Americana de Ginecología y Obstetricia (ACOG), “Ethical issues in surrogate motherhood”, Committee on Ethics, no 660 (Marzo, 2016). Disponible en: <https://www.acog.org/-/media/project/acog/acogorg/clinical/files/committee-opinion/articles/2016/03/family-building-through-gestational-surrogacy.pdf> pág. 5.

¹⁷ Jennifer Damelio y Kelly Sorensen, “Enhancing Autonomy in Paid Surrogacy.” *Bioethics* 22, no 5 (2008): 269–77.

¹⁸ *Id.*

las opciones de consejería y educación dirigida a comitentes y gestantes, en las que se puedan enterar de experiencias de otras personas y los límites de este tipo de acuerdos, como el fortalecimiento de redes de gestantes pueden ser medidas idóneas que contrarrestan los argumentos de coerción y explotación.¹⁹ Ruth Walker y Liezl Van Zyl proponen el modelo de profesionalización de la gestación por sustitución, enfatizando que su ejercicio debe vincularse a los sistemas de salud de los países y así disminuir los riesgos éticos que trae la falta de regulación.²⁰ Algunas de estas cuestiones serán abordadas al momento de dar respuesta a las preguntas concretas de la Corte Constitucional.²¹

Además del carácter comercial o altruista de la práctica, otros autores han centrado el análisis bioético en lo que puede suceder durante el desarrollo de la gestación, poniendo la atención sobre los riesgos e incertidumbres asociadas a estos acuerdos. Por ejemplo, se ha analizado el alcance del interés superior del niño, los derechos de la gestante, el vínculo genético entre el niño y los comitentes, y el contenido del acuerdo de gestación por sustitución. Actualmente, podría afirmarse que no hay consenso en la comunidad bioética sobre cuál de estos factores debe priorizarse,²² y tampoco en los modelos regulatorios en el derecho comparado, como explicaremos más adelante. Aspectos como la edad, el número de gestaciones previas, los posibles riesgos para la salud de quien gesta y la confidencialidad de la información clínica de las partes también han sido discutidos en la literatura.²³

1.3. *La filiación en la gestación por sustitución*

Las TRHA han permitido separar el proceso de gestación, el material genético, y la voluntad de procrear. Específicamente, en un caso de gestación por sustitución, estas funciones pueden recaer sobre personas distintas: comitente, que desea ser madre o padre; donante, que aporta sus gametos pero no desea ser padre o madre; y gestante, que aporta el proceso de gestación y tampoco tiene voluntad de convertirse en progenitora. En ese sentido, la doctrina es consistente en que la filiación en las TRHA debe determinarse a partir de la voluntad procreacional, es decir, de quien desea ser padre o madre, independientemente de su aporte genético y/o biológico. En los términos de Lamm:

“la filiación corresponde a quien desea ser «parent» (para utilizar una noción neutra), a quien quiere llevar adelante un proyecto parental, porque así lo ha consentido (...) el elemento central, determinante y base es la voluntad de ser padre y no quién o quiénes aportaron el material genético, es decir, sea que en la práctica médica se utilice material genético de la propia pareja (homóloga) o de alguien externo a quien lleva adelante el proyecto parental (heteróloga), lo cierto es que el vínculo filial queda determinado por la voluntad procreacional, con total independencia de a quién pertenezca el dato genético”.²⁴

¹⁹ *Id.*

²⁰ Véase Ruth Walker y Liezl Van Zyl, “Surrogate motherhood and abortion for fetal abnormality”, *Bioethics*, 29, no 8 (Oct 2015): 529-35, pág. 6.

²¹ Véase sección 2 de la presente intervención.

²² Véase Valeria Piersanti, Francesca Consalvo, Fabrizio Signore, et al, “Surrogacy and “Procreative Tourism”. What Does the Future Hold from the Ethical and Legal Perspectives?”, *Medicina* 57 no 47 (2021):1-16 pág. 2. Noelia Igareda González, “Legal and ethical issues in cross-border gestational surrogacy”. *Fertil Steril* 113, no 5 (Mayo 2020):916-919.

²³ Federación Americana de Ginecología y Obstetricia, *Ethical issues in surrogate motherhood*.

²⁴ Lamm, *Gestación por sustitución*, págs. 52 y 53.

Al ser una forma de TRHA, la filiación en la gestación por sustitución también debería determinarse únicamente a partir de la intención o de la voluntad procreacional, con independencia de si los comitentes aportan o no sus gametos.²⁵

Son los comitentes quienes tienen intención de ser padres o madres, ya sea con material genético propio o de un tercero, y que para ello celebran un acuerdo con una gestante. El elemento volitivo determinante es el de los comitentes, quienes tienen “la decisión de ser o no madre o padre”.²⁶ La gestante carece de esa voluntad, ya que sólo tiene la voluntad de gestar (o de gestar y aportar sus gametos, en un caso de gestación por sustitución tradicional), pero no de ser madre.

Llevado al expediente bajo estudio, sólo [REDACTED] tiene voluntad procreacional y, por lo tanto, la filiación de [REDACTED] debería predicarse únicamente respecto de [REDACTED], y no de [REDACTED]. Del auto transmitido por la Corte Constitucional, no parecería existir controversia al respecto.

1.4. *El abordaje de la gestación por sustitución en Colombia*

El artículo 42 de la Constitución Política de Colombia establece que “los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados con asistencia científica tienen iguales derechos y deberes”.²⁷ A partir de esta disposición, desde el 2009, la Corte Constitucional de Colombia ha subrayado, por un lado, que no existe en el ordenamiento jurídico colombiano una prohibición expresa de la gestación por sustitución y, por el otro, que la legalidad de la procreación a través de TRHA ha sido contemplada a nivel constitucional.²⁸

En la sentencia T-968 de 2009, la Corte hizo referencia específica a la gestación por sustitución, concluyendo que existe una necesidad de una “regulación exhaustiva y del cumplimiento de una serie de requisitos y condiciones”.²⁹ De forma similar, en la sentencia C-602 de 2019, la Corte contempló la existencia de los acuerdos de gestación por sustitución, indicando que son contratos en los que debe existir una alta intervención estatal por su posible impacto en la dignidad y otros derechos humanos.³⁰

La Corte Constitucional también ha (i) calificado a la gestación por sustitución como parte del grupo de las TRHA que hoy se ofrecen en el país y están protegidas dentro de los derechos sexuales y reproductivos;³¹ y (ii) destacado el vacío o laguna legislativa alrededor de las TRHA en general, y de la gestación por

²⁵ Se trata de la forma en que la doctrina cree que debería establecerse la filiación. En la práctica, y conforme explicaremos más adelante, algunas regulaciones de la gestación por sustitución determinan la filiación únicamente a partir del elemento volitivo, mientras que otras exigen que exista también un aporte genético de por lo menos uno de los comitentes. Véase Figura 1, disponible en anexo.

²⁶ Término utilizado en Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012, párr. 143.

²⁷ Constitución Política de Colombia, 1991, artículo 42.

²⁸ Corte Constitucional, sentencia T-316 de 2018 y SU-074 de 2020.

²⁹ Corte Constitucional, sentencia T-968 de 2009.

³⁰ Corte Constitucional, sentencia C-602 de 2019.

³¹ Corte Constitucional, sentencia T-357-2022.

sustitución en particular.³² A pesar de ese vacío, la Corte ha enfatizado que las TRHA están “constitucionalmente autorizadas”, por lo que corresponde emprender esfuerzos para su regulación.³³

De hecho, la Corte ha subrayado que el vacío legislativo alrededor de la gestación por sustitución en Colombia ha generado una situación jurídica que ha obligado al juez de tutela a resolver asuntos concretos sin que las reglas puedan hacerse extensivas a otros casos, al no existir una regulación de por medio.³⁴ Esto también ha sido reiterado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que ha llamado la atención sobre el “vacío legal” con relación a la “la definición de las reglas sobre el estado civil, así como de la filiación”.³⁵

Más recientemente, la Corte se refirió a las licencias de maternidad y paternidad en situaciones de gestación por sustitución. En la sentencia T-275 de 2022, la Corte advirtió que “(...) lleva más de doce años advirtiendo la imperiosa necesidad de que el Congreso de la República cumpla con su obligación de legislar no solamente sobre la maternidad subrogada, sino sobre los aspectos que están directamente relacionados con esta figura”.³⁶ Al referirse al caso concreto, la Corte atribuyó la falta de respuesta idónea en el caso concreto a la omisión legislativa en el tema, lo que había generado una afectación del interés superior de la niñez en el caso, vulnerando así sus derechos fundamentales y los de su padre que había optado por esta técnica de reproducción.

Abordaremos algunos de estos problemas en concreto al momento de dar respuesta a las preguntas formuladas por la Corte.

1.5. *Relevancia constitucional del caso de estudio*

Por último, destacamos que el caso de estudio es de alta relevancia constitucional, ya que la Corte está llamada a analizar los conflictos entre normas de filiación y nacionalidad que pueden surgir en el contexto de la gestación por sustitución, especialmente cuando la práctica no se encuentra expresamente regulada. El caso de estudio plantea el análisis de una situación atípica frente a la nacionalidad de ██████, quien está en riesgo de apatridia al no contar con un pasaporte y ante la ausencia de reconocimiento de nacionalidad en Colombia y Ucrania. Así, se trata de una situación no contemplada actualmente en el marco legal vigente, que combina la práctica de gestación por sustitución y la regulación en materia de adquisición de la nacionalidad en Colombia. Como ya lo hizo esta Corte en otros casos de gestación por sustitución,³⁷ el presente expediente requiere de una solución novedosa que analice los derechos en juego y tenga en cuenta las tensiones en el tema, los pronunciamientos en el DIDH y las sugerencias de salvaguardas para prevenir la vulneración de derechos de la niñez.

³² En diferentes sentencias que han analizado el debate sobre la cobertura de fertilización in vitro (FIV) en el sistema de salud, la Corte ha dejado claro la necesidad de regular estas prácticas y sus condiciones de acceso. En la sentencia T-316 de 2018, la Corte señaló que las preguntas que plantean las TRHA no han sido abordadas por el Congreso de la República, lo que ha generado una “laguna legislativa en Colombia” en diferentes temas relacionados con donación, registro de donantes, discusiones sobre filiación y la existencia de limitaciones y protocolos. Dentro de los temas en los que persiste un vacío legislativo, la Corte también destacó “la inexistencia de limitaciones o protocolos para la implantación de óvulos fecundados en vientres distintos de las madres biológicas, lo que es conocido también como “maternidad subrogada” o “maternidad sustituta”. Véase, por ejemplo, sentencias T-316 de 2018.

³³ Corte Constitucional, sentencia T-357 de 2022.

³⁴ Corte Constitucional, sentencia T-275 de 2022.

³⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de fecha 30 de noviembre de 2006. Ref.: 0024-0.

³⁶ Corte Constitucional, sentencia T-275 de 2022.

³⁷ *Id.*

2. RESPUESTA A LAS PREGUNTAS FORMULADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

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

A grandes rasgos, 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”).³⁸ En este apartado, presentaremos las características de cada uno de estos modelos, acompañando un cuadro comparativo con algunos ejemplos no exhaustivos en el derecho comparado, y comentaremos sobre su mayor o menor compatibilidad con la salud pública y los derechos humanos.

2.1.1. Modelo de la regulación expresa, total o parcial.

Se trata de los Estados o jurisdicciones **donde se permite la gestación por sustitución de manera explícita, ya sea en su totalidad o parcialmente, mediante uno o más instrumentos regulatorios³⁹ a nivel nacional o subnacional.**⁴⁰ A título ilustrativo, la **Figura 1** presenta un cuadro comparativo no exhaustivo de ciertos Estados y jurisdicciones que han optado por este modelo. Aunque todos ellos regulan aspectos relacionados con la gestación por sustitución, no siguen un único modelo regulatorio, sino que existen notables diferencias en el diseño normativo y en el alcance de la habilitación de esta figura.

En particular, los Estados y jurisdicciones que han optado por una regulación expresa suelen diferir en cuestiones como:

- i. *El tipo de gestación por sustitución que se encuentra expresamente habilitada.* En algunos casos, existe una amplia permisión de la figura mientras que, en otros, ciertas regulaciones sólo permiten la gestación por sustitución altruista y/o los acuerdos puramente gestacionales, en los que la gestante no tiene un vínculo genético con el embrión. Las razones detrás de estas diferencias suelen estar relacionadas con la inexistencia de un vínculo genético en los casos de acuerdos puramente

³⁸ Véase Rebecca Reingold, “A Lack of Consensus around Surrogacy Regulation at the National Level”, *O’Neill Institute* (2018). Disponible en: <https://oneill.law.georgetown.edu/a-lack-of-consensus-around-surrogacy-regulation-at-the-national-level/>

³⁹ En esta categoría, utilizamos el término regulación para referirnos a tres posibles formas de regular la gestación por sustitución: (i) legislativa, (ii) jurisprudencial, en los países que siguen el sistema del precedente, y/o (iii) a través de regulaciones médicas sin fuerza de ley.

⁴⁰ En esta categoría, cabe incluir, por ejemplo, a Rusia, Ucrania, México (Sinaloa y Tabasco), Reino Unido, Australia (con excepción del Territorio del Norte), Canadá, Grecia, Brasil, Israel, Sudáfrica, Estados Unidos (Arkansas, California, Colorado, Connecticut, Delaware, Florida, Illinois, Louisiana, Maine, Massachusetts, Nevada, New Hampshire, New Jersey, New York, Dakota del Norte, Ohio, Oklahoma, Carolina del Sur, Texas, Utah, Vermont, Virginia, Washington, West Virginia, Wisconsin, Wyoming, Distrito de Columbia), India y Tailandia. También se podría incluir a Uruguay que, si bien tiene legislación que prohíbe la gestación por sustitución, esa norma incluye una excepción expresa para el caso de mujeres que no puedan llevar un embarazo a término, quienes podrán realizar acuerdos gestacionales y altruistas con un familiar de segundo grado de consanguinidad. En ese sentido, la ley está expresamente habilitando o regulando parcialmente a la gestación por sustitución, tal como ocurre en otros Estados o jurisdicciones bajo esta categoría. Véase Lamm, *Gestación por sustitución*; Valeria Piersanti et. al., “Surrogacy and ‘Procreative Tourism’. What Does the Future Hold from the Ethical and Legal Perspectives?” *Medicina* 57, 47 (2021); y [Ley No. 19.167 \(Uruguay\) sobre Regulación de las técnicas de reproducción humana asistida \(2013\)](#), art. 25.

gestacionales, que hace que algunos ordenamientos vean a estos acuerdos más favorablemente, y el deseo de evitar la explotación de gestantes y la comercialización de la reproducción.⁴¹

- ii. *Los requisitos para ser comitente.* En algunos casos, las regulaciones limitan el acceso a la gestación por sustitución a parejas heterosexuales casadas (p. ej., Ucrania) mientras que otras no hacen distinción entre género, sexo o estado civil del comitente (p. ej., Sudáfrica). Se suele exigir, además, que (i) los comitentes sean incapaces de concebir o llevar un embarazo a término de forma natural, buscando asegurar que el recurso a la gestación por sustitución sea la “última ratio”; y (ii) los comitentes sean ciudadanos o residentes permanentes de esa jurisdicción, con el fin de evitar el “turismo reproductivo”.⁴²
- iii. *Los requisitos para ser gestante.* Es en este punto donde, quizás, existen mayores diferencias en los modelos, en tanto cada regulación ha contemplado distintas condiciones para ser gestante, generalmente con el fin de proteger sus derechos y prevenir abusos. Algunos ejemplos de requisitos son: (i) un consentimiento informado especial para acuerdos de gestación por sustitución; (ii) edades mínimas y máximas para ser gestante (que oscilan entre los 18 y 50 años); (iii) contar con representación legal independiente a la de los comitentes; (iii) someterse a estudios médicos, psicológicos y/o psiquiátricos previos que acrediten su libre voluntad y capacidad de gestar; (iv) tener al menos un hijo/a propio; (v) un máximo de veces en las que una persona puede ser gestante y la exigencia de inscribirse en un registro a fin de controlar el cumplimiento de este requisito; y/o (vi) requisitos de nacionalidad o residencia permanente. Algunos modelos exigen el consentimiento por escrito de la pareja de la gestante en caso de unión conyugal, generalmente con la finalidad de evitar disputas bajo las normas de filiación matrimonial. Algunas regulaciones explicitan que los costos de estos requisitos recaen en cabeza de los comitentes.⁴³
- iv. *Los requisitos del acuerdo, tanto en su forma como en su contenido.* Se suele exigir que sea por escrito, celebrado con anterioridad a la transferencia del embrión, y en presencia de representación legal y/o del personal médico que llevará adelante la inseminación artificial o FIV. Algunas regulaciones prevén un periodo de reflexión entre (i) celebración del acuerdo y transferencia, y/o (ii) alumbramiento y renuncia a la responsabilidad parental por parte de la gestante. Algunos modelos exigen aprobación previa del acuerdo, mientras otros optan por aprobación posterior; en la mayoría de los Estados, esta aprobación ha de ser judicial, mientras que algunos sólo exigen aprobación notarial o de un comité médico. En algunos casos, las regulaciones imponen (i) una aceptación de responsabilidad a los comitentes, es decir, que asumirán la responsabilidad parental del niño/a en cualquier caso y con independencia de anomalías fetales; y (ii) la prohibición de limitar los derechos de la gestante (p. ej., su capacidad de decidir sobre cuestiones atinentes a su salud, incluyendo la terminación del embarazo).⁴⁴

En general, quienes optan por un modelo de habilitación expresa (total o parcial) suelen establecer regulaciones detalladas y claras con el fin de prevenir abusos, proteger los derechos de todas las partes

⁴¹ Por ejemplo, en el caso de Australia, donde el objetivo declarado de las leyes es prevenir estas cuestiones. Véase Lamm, *Gestación por sustitución*, pág. 142.

⁴² Véase Figura 1, disponible en anexo; Lamm, *Gestación por sustitución*; Piersanti et. al., “Surrogacy and ‘Procreative Tourism’. What Does the Future Hold from the Ethical and Legal Perspectives?”.

⁴³ *Id.*

⁴⁴ *Id.*

involucradas, visibilizar los riesgos asociados a este tipo de acuerdos y, de esa forma, evitar un recurso masivo a la gestación por sustitución.

En esa línea, autores como Ruth Walker y Liezl Van Zyl han abogado por un “modelo profesional”, es decir, por una forma de regulación expresa que asimile a la gestación por sustitución a otras profesiones que exigen cuidados, como el trabajo social o la enfermería, sin que eso elimine la compensación que reciben.⁴⁵ Este modelo reconocería la naturaleza fundamentalmente ética del acto de dar a luz a un hijo para otra persona, y la vulnerabilidad tanto de la gestante como de los comitentes. Para estos autores, entender a la gestación por sustitución desde un enfoque profesional permitiría una mayor protección de los derechos humanos y una garantía de los mínimos éticos y legales durante el proceso.⁴⁶ Este modelo expresamente contemplaría, por ejemplo, un registro de gestantes, licencias y regulación de honorarios y estándares profesionales requeridos, al igual que los derechos y deberes de cada una de las partes.⁴⁷ Si bien esta es una construcción teórica, sus premisas pueden verse reflejadas en países como Estados Unidos, Canadá, Sudáfrica y el Reino Unido, donde la gestación por subrogación está altamente regulada, fijando estándares mínimos para el ejercicio de esta práctica.⁴⁸

En lo que respecta a la determinación de la filiación, es importante destacar que, en líneas generales, todos los Estados o jurisdicciones que han optado por el modelo de la regulación expresa **permiten establecer la filiación de acuerdo con la voluntad procreacional en los casos en los que la gestación por sustitución está habilitada.**

A grandes rasgos, se suele optar entre dos modelos de determinación de la filiación. Un *modelo de aprobación previa*, donde un organismo (judicial, notarial o médico) tiene la facultad de autorizar el acuerdo y determinar la filiación antes de la transferencia embrionaria o el parto. Este modelo procura asegurar que el acuerdo cumpla con todos los requisitos establecidos por la regulación. Por ejemplo, en California, una vez celebrado el acuerdo y antes del parto, los comitentes pueden establecer la filiación a través de un proceso judicial que culmina con una sentencia que declara la filiación a su favor (“pre-birth judgment”). Esta sentencia extingue cualquier filiación que se pueda establecer respecto de la gestante.⁴⁹ Por otro lado, hay quienes optan por un *modelo de aprobación posterior*, poniendo el foco en las garantías que permiten a la gestante cambiar de opinión antes de la transferencia, durante el embarazo y por un período posterior al nacimiento. Es el caso de, por ejemplo, el Reino Unido donde, si bien se habilita expresamente la gestación por sustitución altruista, se aplicará la regla general de filiación al momento del nacimiento, según la cual “madre es quien da a luz” (*mater semper certa est*). La filiación sólo se podrá transferir a los comitentes si estos lo solicitan a los tribunales mediante una “parental order”, pasado el período de reflexión de seis semanas que se otorga a la gestante.⁵⁰

Las cuestiones de filiación suelen estar expresamente normadas dentro de la regulación que rige la gestación por sustitución. En cambio, **las cuestiones relativas a la nacionalidad del niño/a no suelen contemplarse dentro de las regulaciones de esta figura**, sino que se rigen por las leyes de nacionalidad. Es en este punto

⁴⁵ Ruth Walker y Liezl Van Zyl, *Altruism and generosity in surrogate motherhood*.

⁴⁶ *Id.*

⁴⁷ *Id.*, pág.129.

⁴⁸ Véase Figura 1, disponible en anexo; Lamm, *Gestación por sustitución*; Piersanti et. al., “Surrogacy and ‘Procreative Tourism’. What Does the Future Hold from the Ethical and Legal Perspectives?”.

⁴⁹ Lamm, *Gestación por sustitución*, págs. 190-191.

⁵⁰ Véase Figura 1, disponible en anexo; Lamm, *Gestación por sustitución*, págs. 132-133.

donde resulta crucial considerar las reglas de adquisición de nacionalidad de cada Estado o jurisdicción (es decir, si se rigen por el principio de *ius soli* o *ius sanguinis*) como explicaremos más adelante.

2.1.2. Modelo tolerante.

Este modelo se refiere a aquellos Estados o jurisdicciones que carecen de regulaciones que aborden expresamente la cuestión de la gestación por sustitución. En otras palabras, **no existen leyes específicas que explícitamente prohíban o habiliten esta práctica**. La experiencia demuestra que, bajo este modelo, comitentes, gestantes y médicos/as suelen interpretar que existe una especie de "tolerancia" o "permiso implícito" para algunas formas de gestación por sustitución, particularmente los acuerdos altruistas, basándose en el principio de legalidad según el cual todo lo que no está expresamente prohibido se considera permitido.

En términos más simples, 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**. Esto da lugar a problemas comunes, como (i) conflictos entre comitentes y gestantes, que pueden resultar en abusos hacia las gestantes; (ii) problemas relacionados con la filiación y nacionalidad; (iii) decisiones arbitrarias tomadas por médicos y otros involucrados en los procesos de TRHA; y (iv) decisiones arbitrarias tomadas por jueces que están llamados a resolver los conflictos, especialmente luego del parto.

Este modelo es seguido por la mayor parte de los Estados o jurisdicciones que, como consecuencia de los debates y preocupaciones asociadas a esta figura, se han abstenido de crear marcos normativos claros para la gestación por sustitución. Cabe mencionar el caso de **Colombia** donde, como se ha explicado más arriba, la falta de una regulación expresa no ha impedido que estos acuerdos se lleven adelante, como en el expediente bajo estudio, apelando al artículo 42 de la Constitución Política y sin ningún tipo de salvaguardas para las partes involucradas. Sin parámetros legislativos claros, cualquier conflicto que pueda surgir en el marco de estos acuerdos debe ser resuelto por los jueces, a menudo bajo el bloque de constitucionalidad, tal y como ha sido destacado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.⁵¹

Este también es el caso de Argentina, donde la figura no se encuentra expresamente habilitada o prohibida por ley. Si bien el anteproyecto del Código Civil y Comercial proponía regular esta figura, esa propuesta no superó el trámite legislativo, y la versión aprobada del Código y vigente desde 2015 no hace referencia a los acuerdos de gestación por sustitución. Pero tampoco existen normas en el ordenamiento jurídico que explícitamente prohíban esta figura. Como resultado, comitentes y gestantes realizan acuerdos altruistas en el país al amparo del principio de legalidad constitucional. Estos acuerdos, que quedan sujetos a las normas generales del Código relativas a los contratos y a la discreción médica y judicial, deben superar el obstáculo de la determinación de la filiación, en tanto el Código aún dispone que la maternidad se determina por el parto, incluso en contextos de TRHA, lo que impide el registro adecuado al momento del nacimiento.⁵²

En ese sentido, el caso de Argentina es un ejemplo de una de las principales consecuencias de un modelo tolerante: desde la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, comitentes y gestantes han recurrido a los tribunales de todo el país -en distintos momentos del proceso- para solicitar que la filiación se determine a favor de los comitentes. Sin ningún tipo de marco regulatorio a partir del cual guiarse, los

⁵¹ Véase sección 1.4 de la presente intervención.

⁵² Véase, en este sentido, Gustavo Caramelo, Sebastián Picasso y Marisa Herrera, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (Buenos Aires: Infojus, 2015), págs. 283-284.

tribunales han resuelto las controversias a partir de la aplicación directa del DIDH, autorizando los acuerdos y la determinación de la filiación en la mayoría de los casos. Aún así, un número considerable de jueces ha exhortado al Congreso a regular la figura, planteando que la regulación es lo que mejor garantiza el interés superior del niño y minimiza el riesgo de explotación y abuso de las gestantes. A la fecha, sólo una de las 24 jurisdicciones del país (la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) ha emitido unas directrices permitiendo el adecuado registro de los niños/as nacidos de acuerdos de gestación por sustitución, que tienen efectos colectivos y son vinculantes para todos los registros civiles de esa jurisdicción.⁵³

2.1.3. Modelo prohibicionista.

Por último, un tercer grupo de Estados y jurisdicciones tiene regulaciones que **explícitamente prohíben la gestación por sustitución en todas sus formas**.⁵⁴ Este modelo regulatorio busca, ante todo, prevenir o eliminar el recurso a esta forma de TRHA⁵⁵ -aunque, aún con una prohibición expresa, la gestación por sustitución continúa realizándose en la práctica en algunos Estados y es tolerada.⁵⁶

Quienes optan por este modelo suelen disponer (i) la nulidad absoluta de estos acuerdos; (ii) que la filiación en estos acuerdos quedará determinada a partir del parto (*mater semper certa est*); y/o (ii) sanciones penales o administrativas para las partes involucradas. Algunos Estados sólo sancionan a los médicos/as, pero no a las partes (p. ej., Alemania). En algunos casos, la gestación por sustitución no está tipificada como delito, aunque estos acuerdos pueden dar lugar a la comisión de otros delitos (p. ej., suposición de parto, ocultación o entrega de hijo y compraventa de niños, en el caso de España).⁵⁷

Como un ejemplo de modelo prohibicionista, cabe destacar el caso de Suiza, que contiene una prohibición de esta figura a nivel constitucional. Dice el artículo 119.2.d de la Constitución federal: “la donación de embriones y todas las formas de maternidad sustituta son ilegales”.

2.1.4. Compatibilidad de estos modelos con la salud pública y los derechos humanos.

Una de las preguntas fundamentales del auto de la Corte Constitucional se relaciona con el grado de compatibilidad de los diferentes modelos de regulación con las consideraciones de **salud pública y los derechos humanos**. Aunque no es posible dar una única respuesta a esta pregunta, esta sección presenta los diversos matices que surgen en este debate.

Desde el punto de vista de la salud pública, la respuesta al interrogante de la Corte debe partir de la siguiente premisa: la práctica demuestra que ni la prohibición expresa ni el silencio de la ley han evitado que la gestación por sustitución se realice.⁵⁸ Como lo ejemplifican los casos de Argentina y Colombia, el silencio de la ley sólo genera una “tolerancia” de esta práctica sin márgenes de control ni límites necesarios para evitar posibles abusos. Casos como el de España también indican que las prohibiciones expresas no impiden que estos acuerdos se realicen, tanto en las jurisdicciones donde se encuentra prohibida -a menudo en

⁵³ Para una discusión más detallada sobre la situación judicial de la gestación por sustitución en Argentina, véase Patricio López Turconi, “Assisted Regulation: Argentine Courts Address Regulatory Gaps on Surrogacy,” *Health and Human Rights Journal* (2023) (en prensa).

⁵⁴ En esta categoría, cabe incluir, por ejemplo, a Alemania, Italia, Francia, España, Estados Unidos (Michigan), México (Querétaro y Coahuila), China, Suiza, Austria y Lituania. Véase Lamm (2013) y Piersanti et. al. (2021).

⁵⁵ Lamm, *Gestación por sustitución*, pág. 118.

⁵⁶ Por ejemplo, en China. Piersanti et. al., “Surrogacy and ‘Procreative Tourism’. What Does the Future Hold from the Ethical and Legal Perspectives?”, pág. 7.

⁵⁷ Lamm, *Gestación por sustitución*, pág. 72.

⁵⁸ *Id.*, pág. 221.

secreto o de forma clandestina, recurriendo a la figura de la adopción o el reconocimiento, o fraguando certificados de nacimiento- o en el extranjero.⁵⁹ Más aún, en China, por ejemplo, el modelo de prohibición absoluta ha fomentado la creación de un mercado de gestación por sustitución clandestino o irregular que, según estimaciones, producía alrededor de 10.000 nacimientos al año en 2014.⁶⁰ Este tipo de mercados suelen convertirse en focos rentables y atractivos para actores que se aprovechan de la situación de vulnerabilidad de las gestantes.

Cuando los acuerdos de gestación por sustitución se desarrollan de esta manera, ya sea en la clandestinidad o sin ningún tipo de control, los distintos hitos del proceso podrían ser realizados con métodos peligrosos (p. ej., transferencia múltiple de embriones), condiciones antihigiénicas y con poca o ninguna supervisión médica, elevando el riesgo de mortalidad y morbilidad materna e infantil. Ciertamente, las gestantes cargan con todos los riesgos de salud en estos acuerdos, incluyendo tanto los riesgos para la salud física derivados del tratamiento hormonal, el embarazo y el parto, como distintos riesgos para la salud mental a menudo vinculados al estigma asociado a la criminalización o falta de habilitación expresa de esta práctica.⁶¹ Sin un marco normativo que permita supervisar y controlar la gestación por sustitución, los modelos tolerantes y prohibicionistas hacen poco para prevenir o mitigar estos peligros.

Al mismo tiempo, cabe mencionar que el modelo tolerante -y en menor medida el modelo prohibicionista- también acarrea, por lo menos, tres problemáticas adicionales en materia de salud pública y derechos humanos.

Primero, la falta de habilitación expresa a menudo dificulta la garantía de un consentimiento pleno, libre e informado de todas las personas involucradas, de modo que el acuerdo resulte seriamente evaluado en cuanto a sus riesgos y consecuencias médicas y jurídicas.

En línea con lo anterior, los vacíos regulatorios también pueden entrar en conflicto con la facultad de la gestante de tomar sus propias decisiones en materia de salud (p. ej., cuando la gestante quiere interrumpir el embarazo ante afectaciones a su salud, o cuando el producto de la gestación pueda desarrollar alguna condición médica que haga inviable su vida o pueda implicar una discapacidad).⁶² Casos relacionados con la identificación de Síndrome de Down de forma prenatal han desatado discusiones sobre los límites de la potestad de los comitentes.⁶³ Los comités de ética de la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia (FIGO) y de la Federación Americana de Ginecología y Obstetricia (ACOG, por sus siglas en inglés) han abordado este punto, enfatizado que es la mujer gestante quien en consulta con sus médicos, y

⁵⁹ *Id.*, págs. 220-224.

⁶⁰ Ian Johnson y Cao Li, “China Experiences a Booming Underground Market in Surrogate Motherhood,” *New York Times* (2 de agosto de 2014).

⁶¹ Sobre discusiones relativas al estigma en contextos de falta de regulación, véase Anna Arvidsson et al., “Surrogate mother – praiseworthy or stigmatized: a qualitative study on perceptions of surrogacy in Assam, India,” *Global Health Action* 10 (2017).

⁶² Véase Katherine Drabiak-Syed, “Waiving Informed Consent to Prenatal Screening and Diagnosis? Problems with Paradoxical Negotiation in Surrogacy Contracts,” *J Law Med Ethics* 39, no 3 (Otoño 2011):559-64.

⁶³ Véase, entre otras, Nishat Hyder-Rahman, “Couple request surrogate mum to abort over disability,” *News*, 11 de Octubre de 2010. Disponible en: <https://www.progress.org.uk/couple-request-surrogate-mum-to-abort-over-disability/>. T. Blackwell, “Couple Urged Surrogate to Abort Fetus Due to Defect”, *National Post*, 2010. Disponible en: <http://www.geneticsandsociety.org/article.php?id=5407>

sin interferencia de terceros, quien debe tomar las decisiones relacionadas con tecnologías de diagnóstico prenatal o la terminación del embarazo.⁶⁴

Segundo, el vacío regulatorio también puede traer problemas con la cobertura de los servicios de salud para las gestantes. Algunas decisiones judiciales en Argentina demuestran que, sin regulación expresa, las aseguradoras de salud tienden a impugnar la cobertura de los distintos bienes y servicios vinculados a la gestación por sustitución.⁶⁵ La cobertura de estos servicios queda, entonces, a discreción de los tribunales judiciales, lo que aumenta el riesgo de interrupciones o deficiencias en la atención de salud de la gestante por falta de cobertura. Nótese que, precisamente para evitar este riesgo, ciertas jurisdicciones que han optado por el modelo de habilitación explícita suelen exigir que los comitentes costeen un seguro de salud específico para gestación por sustitución, del que la gestante es beneficiaria (p. ej., el estado de Nueva York en Estados Unidos).⁶⁶ Esta también es una preocupación para Colombia ya que, tal y como fuera expresado por la Corte Constitucional en su jurisprudencia, la cobertura de las TRHA y de licencias de maternidad y paternidad ha sido ampliamente discutidas dada la ausencia de regulación en la materia.

Tercero, la falta de marcos regulatorios también dificulta la posibilidad de contar con datos y estadísticas desglosadas sobre el recurso y acceso a la gestación por sustitución, lo que permitiría identificar y monitorear cuestiones o problemas de salud pública asociadas a esta TRHA. La necesidad de contar con estadísticas desagregadas de este fenómeno también ha sido resaltada por órganos del sistema de Naciones Unidas⁶⁷ y, como se planteará al final de esta intervención, contar con estadísticas desagregadas es en sí misma una salvaguarda frente a posibles vulneraciones de derechos de las partes involucradas.

En ese sentido, **consideramos que 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 TRHA, al embarazo, al parto, y al período posterior al parto.

También desde el punto de vista de los derechos humanos, cabe notar que el DIDH también contiene varios pronunciamientos sobre gestación por sustitución, subrayando las prácticas abusivas que se pueden presentar en contextos de prohibición o poca regulación. En ese sentido, los estándares que existen hasta la

⁶⁴ Aunque en algunos casos los acuerdos de subrogación implican la posibilidad de transferir la decisión sobre estos asuntos a los comitentes, esto se ha entendido como una vulneración a la autonomía y el consentimiento informado en decisiones reproductivas. Al respecto, algunos estados de Estados Unidos como Utah y Texas han resaltado la importancia de impedir cláusulas que restrinjan el derecho de la gestante a tomar decisiones para salvaguardar su salud o la del futuro hijo. Véase Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia “Surrogación”, Committee for the Ethical Aspects of Human Reproduction and Women's Health, *International Journal of Gynecology & Obstetrics* 102, no 3 (Sep 2008): 312–313. También ver: Federación Americana de Ginecología y Obstetricia, Ethical issues in surrogate motherhood, pág 5.

⁶⁵ Patricio López Turconi, “Assisted Regulation: Argentine Courts Address Regulatory Gaps on Surrogacy,” *Health and Human Rights Journal* (2023) (en prensa) (citando Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta, *T. C., E. M.; T., J. I. c. Instituto Provincial de Salud de Salta (I.P.S.) s/ Amparo*, 2019).

⁶⁶ Departamento de salud del Estado de Nueva York, “[Gestational Surrogates' Bill of Rights](#)” (último acceso el 29 de octubre de 2023).

⁶⁷ CEDAW, Observaciones finales sobre el octavo informe periódico de Chipre, CEDAW/C/CYP/CO/8, 25 de julio de 2018, párr. 28, j y 29, m.

fecha sugieren que la regulación de esta figura es la solución más respetuosa de los derechos de todas las partes involucradas.

Por ejemplo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (en adelante, “Comité CEDAW”) ha hecho énfasis en la regulación como forma de proteger los derechos de la mujer o persona gestante y mitigar el riesgo de explotación o encarcelamiento al que podrían enfrentarse cuando se prohíbe esta práctica. En sus observaciones finales a países como República Democrática Popular Lao⁶⁸ y Chipre⁶⁹, el Comité señaló que la falta de legislación específica sobre gestación por sustitución y la falta de estadísticas pueden poner a las mujeres, incluyendo a aquellas que son migrantes⁷⁰, en alto riesgo de trata y explotación de la prostitución, vulnerando los artículos de la Convención. Recientemente, en sus observaciones finales a Ucrania, el Comité también notó que el conflicto armado en ese Estado había aumentado el riesgo de explotación de las gestantes debido a la pobreza y falta de oportunidades alternativas de generación de ingresos. En ese contexto, el Comité señaló la necesidad de robustecer los marcos legislativos que regulan esta práctica “con el fin de proteger a las madres subrogantes de ser objeto de explotación, coacción, discriminación y trata”.⁷¹

El Comité CEDAW también parece haber tomado postura respecto del uso del derecho penal en los modelos prohibicionistas. En sus observaciones a Camboya, el Comité expresó su rechazo hacia la tipificación penal de todas las formas de gestación por subrogación que había hecho el Estado en el 2016, y que había provocado la detención y procesamiento de más de 60 mujeres gestantes. Para el Comité, el encarcelamiento de las mujeres que optaron por esta práctica resultaba especialmente problemático debido a la condición de vulnerabilidad en la que se encontraban y porque su libertad fue condicionada a que éstas dieran a luz a sus hijos y los criaran como propios.⁷² Así, el Comité recomendó al Estado derogar la criminalización de esta práctica, estudiar las causas que llevan a las mujeres en contextos de vulnerabilidad a entrar en acuerdos de gestación por sustitución, e impulsar un proyecto de ley sobre el tema que “(...) no imponga responsabilidad penal ni sanciones administrativas a las madres subrogantes”.⁷³

Ahora bien, el Comité CEDAW también ha sugerido que los modelos de regulación expresa deben contar con ciertas garantías para ser verdaderamente compatibles con los derechos humanos. En particular, ha resaltado (i) la necesidad de reunir información sobre los posibles riesgos de trata de mujeres y niñas relacionados con la gestación por sustitución internacional;⁷⁴ (ii) la importancia de que las normas tengan en cuenta las relaciones de poder desiguales entre las partes;⁷⁵ y (iii) la necesidad de que se contemplen mecanismos que prevengan la explotación de las gestantes.

⁶⁸ CEDAW, Observaciones finales sobre los informes periódicos octavo y novenos combinados de la República Democrática Popular Lao. CEDAW/C/LAO/CO/8-9, 14 de noviembre de 2018, párr. 27, d y 28, d.

⁶⁹ CEDAW, Observaciones finales sobre el octavo informe periódico de Chipre. CEDAW/C/CYP/CO/8, 25 de julio de 2018, párr. 28, j y 29, m.

⁷⁰ *Id.*

⁷¹ CEDAW, Observaciones finales sobre el noveno informe periódico de Ucrania. CEDAW/C/UKR/CO/9, 1 de noviembre de 2022, párr. 46, d.

⁷² CEDAW, Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Camboya. CEDAW/C/KHM/CO/6, 12 de noviembre de 2019, párr. 47.

⁷³ *Id.*, párr. 47, d.

⁷⁴ CEDAW, Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Georgia. CEDAW/C/GEO/CO/6, 2 de marzo de 2023, párr. 27.

⁷⁵ CEDAW, Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Camboya. CEDAW/C/KHM/CO/6, 12 de noviembre de 2019, párr. 47.

El Comité también se ha referido al impacto de la falta de regulación de la práctica en el registro y nacionalidad de las niñas y niños que nacen por gestación por sustitución. En sus observaciones finales a Namibia, el Comité se basó en su *Recomendación general núm. 32 sobre las dimensiones de género del estatuto de refugiada, el asilo, la nacionalidad y la apatridia* (2014)⁷⁶ para exhortar al Estado a aprobar “disposiciones legales que establezcan que todo niño nacido de un progenitor namibio por gestación subrogada en el extranjero adquiera la ciudadanía namibia por descendencia”.⁷⁷

Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño (en adelante, “CDN”) se ha concentrado en los derechos y riesgos para los niños y niñas nacidos por gestación por sustitución. En varias oportunidades, el Comité se ha referido a estos riesgos en contextos de prohibición de la figura, específicamente instando a los Estados a impulsar legislación y regular la práctica con el fin de proteger los derechos de las niñas y niños nacidos por este tipo de práctica. En particular, el Comité ha señalado los riesgos de la falta de regulación y de los modelos prohibicionistas para los derechos civiles de las niñas y niños, en relación con el derecho a la identidad, el nombre y la nacionalidad establecido en los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Respecto de los modelos prohibicionistas, en sus observaciones finales a Suiza en el 2015, este Comité manifestó su preocupación hacia las leyes del Estado que prohíben la gestación por sustitución debido a la incertidumbre de la situación jurídica de quienes nacen por estos acuerdos en el extranjero, y que forzosamente deben transitar un proceso de adopción en el país. Por estos motivos, el CDN recomendó al Estado agilizar los procesos que evalúan la posible adopción para garantizar el interés superior del niño y garantizar que “el niño no se encuentre en una situación de apatridia ni de discriminación durante el intervalo entre su llegada al Estado parte y la formalización de la adopción”.⁷⁸ Asimismo lo hizo con Camboya, manifestándole su preocupación por la “penalización y estigmatización de la gestación subrogada” ya que puede poner a las niñas y niños en riesgo de discriminación.⁷⁹ Por esto, le pidió al Estado aprobar “(...) sin demora el proyecto de ley sobre la gestación subrogada y se asegure de que protege los derechos de los niños nacidos por esta vía, les brinda protección contra la discriminación y ampara su derecho a acceder a la información sobre su origen”.⁸⁰

En otros casos, este Comité ha tomado postura sobre los contextos de falta de habilitación o prohibición expresa. Así, el CDN ha manifestado la necesidad de regular para eliminar obstáculos que puedan poner en riesgo el derecho a la identidad de las niñas y niños, lo que puede suceder en países sin regulación. Por ejemplo, el CDN le pidió a Estados Unidos impulsar legislación para que los asuntos de filiación no queden “exclusivamente sobre una base contractual antes de la concepción o del parto”.⁸¹ En 2023, el CDN le pidió a Irlanda eliminar los obstáculos y contar con los mecanismos legales para que a todos los niños se

⁷⁶ CEDAW, Recomendación general núm. 32 sobre las dimensiones de género del estatuto de refugiada, el asilo, la nacionalidad y la apatridia de las mujeres. CEDAW/C/GC/32, 14 de noviembre de 2014.

⁷⁷ CEDAW, Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Namibia. CEDAW/C/NAM/CO/6, 12 de julio de 2022, párr. 36, a

⁷⁸ CDN, Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo a cuarto combinados de Suiza. CRC/C/CHE/CO/2-4, 26 de febrero de 2015, párr. 46 y 47.

⁷⁹ CDN, Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto a sexto combinados de Camboya. CRC/C/KHM/CO/4-6, 27 de junio de 2022, párr.20.

⁸⁰ *Id.*

⁸¹ CDN, Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero y cuarto combinados de los Estados Unidos de América presentados en virtud del artículo 12, párrafo 1, del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. CRC/C/OPSC/USA/CO/3-4, 12 de julio de 2017, párr. 25.

les garantice el derecho a la nacionalidad, incluyendo aquellos nacidos por gestación por sustitución.⁸² En la misma línea, le pidió a Australia garantizar que las niñas y niños que nazcan por esta vía “(...) puedan obtener la nacionalidad australiana mediante unas normas y un proceso claros aplicables de manera uniforme en todo el país”.⁸³

El CDN también ha señalado cómo la gestación por sustitución sin legislación puede aumentar el riesgo de venta de niños, y resultar en una violación a los artículos 2 y 3 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Para el Comité, la venta de niños se entiende como “todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución”.⁸⁴ En esta línea, en sus observaciones finales a la República Democrática Popular Lao, el CDN reconoció que “la gestación subrogada comercial **no regulada** [...] puede equivaler a la venta de niños”⁸⁵ y le pidió adoptar legislación “(...) para impedir la venta de niños en el contexto de la maternidad subrogada comercial”.⁸⁶ El CDN también exhortó a los Países Bajos a tipificar todas las formas de venta de niñas y niños, haciendo énfasis en la “venta de niños mediante acuerdos de gestación subrogada”.⁸⁷

Por último, cabe aclarar que el CDN también se ha pronunciado sobre la necesidad de robustecer los modelos de habilitación expresa. En sus observaciones finales a Ucrania en 2022, el Comité reconoció que, aún con avances legislativos sobre el tema de gestación por sustitución, es importante proteger el interés superior de los niños y garantizar el acceso a información sobre su origen. Así, instó al Estado a “facilitar asesoramiento y apoyo adecuados a las madres sustitutas y a los futuros padres”.⁸⁸ El CDN también le pidió a México revisar la legislación del estado de Tabasco e incluir garantías para evitar que la gestación por sustitución sea usada para venta de niños.⁸⁹

Otros procedimientos especiales del sistema universal se han pronunciado sobre la compatibilidad de estos modelos con los derechos humanos. Cabe resaltar el caso de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, quien se refirió recientemente a la necesidad de regulación para combatir los riesgos de esta figura.⁹⁰ Señalando que actualmente no existe un consenso sobre el estatus legal, político o ético de la gestación por sustitución en el mundo, la Relatora resaltó la importancia de desarrollar salvaguardas mínimas para la protección de los niños nacidos por gestación por sustitución y de su interés

⁸² CDN, Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de Irlanda. CRC/C/IRL/CO/5-6, 28 de febrero de 2023, párr., 19, c, ii.

⁸³CDN, Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de Australia. CRC/C/AUS/CO/5-6, 1 de noviembre de 2019, párr. 23, c.

⁸⁴ Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, artículo 2.

⁸⁵ CDN, Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero a sexto combinados de la República Democrática Popular Lao. CRC/C/LAO/CO/3-6, 1 de noviembre de 2018, párr. 44 (énfasis agregado).

⁸⁶ *Id.*, párr. 45.

⁸⁷ CDN, Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados del Reino de los Países Bajos. CRC/C/NLD/CO/5-6, 9 de marzo de 2022, párr. 42, a.

⁸⁸ CDN, Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de Ucrania. CRC/C/UKR/CO/5-6, 27 de octubre de 2022, párr. 21.

⁸⁹CDN, Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de México. CRC/C/MEX/CO/4-5, 3 Julio 2015, párr. 69, b.

⁹⁰ Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños. A/74/162, 15 de julio de 2019.

superior. En tanto, en países en los que la gestación por sustitución está prohibida o no hay regulación, el valor de los contratos puede ser nulo y las personas involucradas pueden verse sometidas a sanciones penales, lo que perjudica el bienestar de las niñas y niños.⁹¹ Para la Relatora, la modalidad de gestación por sustitución no puede ser una excusa para que a ningún niño le sea negado su derecho a la identidad, nombre y nacionalidad, así como las relaciones familiares sin ninguna injerencia. Notando que niñas y niños nacidos por esta vía pueden enfrentar barreras para su registro de nacimiento y correr riesgo de apatridia - particularmente en acuerdos transnacionales cuando los niños son llevados a países con regímenes de prohibición- la Relatora 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”.⁹² En el caso específico de Bulgaria, la Relatora manifestó su preocupación por la falta de estadísticas oficiales sobre la gestación por sustitución y la falta de un marco regulatorio que deja a merced de otras legislaciones el reconocimiento y registro de los menores y ha permitido la existencia de clínicas privadas con prácticas irregulares y sin ningún control del Estado.⁹³

UNICEF también ha expresado que independientemente de las posiciones individuales de los Estados sobre la gestación por subrogación, “todos los Estados tienen el deber proteger los derechos humanos de todos los niños nacidos mediante gestación subrogada sin discriminación, incluidos garantizar que existan marcos legales y regulatorios apropiados a nivel nacional para proteger y promover sus derechos”.⁹⁴

Por último, es importante resaltar que el modelo de regulación también habilita una serie de salvaguardas procedimentales que permiten activar posibles recursos ante violaciones de derechos humanos que se puedan presentar en este contexto. En particular, una regulación explícita puede facilitar el acceso a la información y a recursos efectivos ante violaciones de DDHH derivadas de estos acuerdos.

En ese sentido, y aunque la discusión no se encuentra zanjada, es posible concluir que distintos pronunciamientos a nivel internacional sugieren que los modelos regulatorios **que cuentan con salvaguardas robustas** son, en principio, más compatibles con los derechos humanos que los modelos tolerantes o de prohibición absoluta.

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

Como fuera anticipado, las cuestiones de **filiación** suelen estar expresamente normadas dentro de la regulación que rige la gestación por sustitución, tanto en los modelos de habilitación expresa como en los prohibicionistas. Aunque existen diferencias entre los distintos Estados y jurisdicciones, a grandes rasgos, es posible concluir que:

- i. En los países con habilitación expresa, la filiación se resuelve según el criterio de voluntad procreacional en los casos en los que la gestación por sustitución se encuentra habilitada. Así, se permite que sólo los comitentes, y no la gestante, sean emplazados como progenitores del niño/a que nace por gestación por sustitución.

⁹¹ *Id.*, párr. 19.

⁹² *Id.*, párr. 30.

⁹³ Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños. Visita a Bulgaria. A/HRC/43/40/Add, 14 de febrero de 2020, párr. 17-18.

⁹⁴ UNICEF y Child Identity Protection “Key Considerations: Children’s Rights & Surrogacy. Briefing Note”, febrero 2022. Disponible en: <https://www.unicef.org/media/115331/file>

- ii. En los países bajo el modelo tolerante, la determinación se resuelve según los criterios tradicionales previstos para los casos de filiación por naturaleza (en general, *mater semper certa est*). Para que los comitentes puedan ser emplazados como progenitores, será necesario (i) transitar un proceso de adopción (especialmente en casos de gestación tradicional); y/o (ii) solicitar judicialmente la corrección del registro o acta de nacimiento (en general, apelando al interés superior del niño y a la inaplicabilidad de las normas de filiación por naturaleza para casos de TRHA).
- iii. En los países con un modelo prohibicionista, la cuestión también se resuelve según las normas de filiación por naturaleza. Algunos Estados, como España, expresamente disponen que “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”,⁹⁵ no sólo como una clara señal de la prohibición de estos acuerdos, sino también como un desincentivo a la gestación por sustitución en todas sus formas. Bajo estos modelos, para que los comitentes puedan ser emplazados como progenitores -especialmente en casos de acuerdos transnacionales- casi siempre será necesario transitar un proceso judicial.

Ahora bien, es indispensable destacar que las cuestiones relativas a la **nacionalidad** del niño/a no suelen contemplarse dentro de las regulaciones de esta figura, incluso bajo el modelo de habilitación expresa, sino que se rigen por las leyes de la nacionalidad. Por esto, es importante distinguir entre quienes se rigen por el principio de *ius soli* o *ius sanguinis*. **Así, no resulta posible dar una respuesta concluyente sobre cómo se resuelve la cuestión de la nacionalidad en estos modelos**, en tanto pueden existir una multiplicidad de situaciones, por ejemplo:

- i. Un Estado que expresamente habilita la gestación por sustitución y se rige por el principio de *ius soli* (p. ej., Estados Unidos o Canadá), donde todas las personas nacidas en el territorio por acuerdos de gestación por sustitución -incluso aquellos que escapen la habilitación legal- serán nacionales de ese Estado, independientemente de la nacionalidad de sus padres.
- ii. Un Estado que expresamente habilita la gestación por sustitución pero que se rige por el principio de *ius sanguinis* (p. ej., Ucrania), que considera progenitores a los comitentes, pero no otorga la nacionalidad a los hijos de extranjeros nacidos en su territorio. Este modelo posiciona a los hijos e hijas de padres extranjeros frente a la necesidad de verificar la adquisición de la nacionalidad bajo el criterio de *ius sanguinis* en el país de origen de los comitentes y plantea un riesgo de apatridia en caso de que ello no sea posible.
- iii. Estados que expresamente prohíben la gestación por sustitución pero que combinan tanto la adquisición de nacionalidad por *ius sanguinis* con la adquisición de nacionalidad por nacimiento en el territorio, siempre y cuando se cumplan otros requisitos, como la residencia legal en el país (p. ej., Francia). En estos casos, la respuesta a la nacionalidad del niño/a será distinta según se trate de acuerdos transnacionales o acuerdos realizados en esa jurisdicción en la clandestinidad.⁹⁶

Al respecto, es posible afirmar que, **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**. Es por esto que los órganos de tratados y procedimientos especiales de las Naciones Unidas han precisamente exhortado a los Estados a prestar especial atención a

⁹⁵ Ley 14 de 2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (España), artículo 10.

⁹⁶ Para ver los conflictos que presentan los acuerdos de gestación por sustitución en esos marcos jurídicos, véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). *Mennesson c. Francia*. App. No. 65192/11 (26 de septiembre de 2014).

la necesidad de establecer marcos legales específicos que regulen la nacionalidad de los niños y niñas nacidos por gestación por sustitución, ya sea en el territorio o en el extranjero, estableciendo claros criterios de adquisición de nacionalidad tanto por *ius solis* como por *ius sanguinis*. Ello con el fin de prevenir el riesgo de apatridia de quienes nacen por esta vía.

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.⁹⁷ El expediente bajo estudio parece presentar ambos riesgos:

Por un lado, para Colombia, y en virtud de una resolución judicial, no habría controversia respecto a que la filiación de [REDACTED] debe predicarse únicamente respecto de [REDACTED] y no de [REDACTED]. Sin embargo, para Ucrania, sí habría controversia al respecto, en tanto se trataría de un acuerdo de gestación por sustitución que no está expresamente habilitado en el país, que sólo permite el recurso a esta práctica a las parejas heterosexuales casadas (véase **Figura 1**). En ese sentido, no sería posible proceder al reconocimiento de [REDACTED] como padre de [REDACTED] según la legislación ucraniana sobre gestación por sustitución (art. 123 del Código de Familia de Ucrania) y pareciera ser necesario que la misma sea establecida judicialmente (art. 130 del Código de Familia de Ucrania).

Por otro lado, para Colombia, [REDACTED] no sería colombiana. Ciertamente, como no habría controversia para Colombia sobre la filiación de [REDACTED], no hay una “madre” de nacionalidad colombiana en los términos del artículo 96.1 de la Constitución Política. Como [REDACTED] no tenía domicilio en el país al momento del nacimiento, no estarían dados los requisitos para la adquisición de nacionalidad por nacimiento en el territorio según ese mismo artículo. Tampoco es claro que, para Ucrania, [REDACTED] sea ucraniana: por no poderse establecer la filiación respecto de [REDACTED], éste no podría pasarle su nacionalidad vía *ius sanguinis* a [REDACTED]. Más bien, para que [REDACTED] pueda adquirir la nacionalidad por esta vía, sería necesario que la filiación incierta sea resuelta en un tribunal ucraniano.

Lo anterior quiere decir que, en la actualidad, [REDACTED] tendría una filiación cierta en Colombia, que no es suficiente para ser reconocida como nacional colombiana, y una filiación incierta en Ucrania que pareciera prevenir la adquisición de nacionalidad por *ius sanguinis*. **Como resultado de ese conflicto, [REDACTED] carece de nacionalidad y estaría en riesgo de quedar apátrida.** Como Colombia no cuenta con un marco normativo o regulatorio que otorgue salvaguardas claras para niñas nacidas de gestación por sustitución, no tiene una solución legal específica para una niña en estas circunstancias.

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.**⁹⁸

⁹⁷ El riesgo de apatridia es definido como la situación en la que una persona “enfrenta serias barreras legales o prácticas para probar que es nacional de un determinado Estado y, careciendo de otra nacionalidad, está en riesgo de llegar a ser apátrida”. Juan Ignacio Mondelli. Peritaje escrito para el Caso Habbal vs. Argentina ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁹⁸ Para una descripción detallada de algunos casos publicados hasta el 2013, véase Lamm, *Gestación por sustitución*, págs. 194 a 210.

2.2.1. El criterio del interés superior del niño como herramienta para resolver estos conflictos

Siguiendo los estándares internacionales, el concepto de interés superior de la niñez se debe interpretar como: (i) un derecho sustantivo que permita garantizar la primacía de los derechos del niño/a; (ii) un principio jurídico interpretativo que otorgue prioridad a la interpretación que favorezca de forma efectiva al niño/a; y (iii) una norma de procedimiento que incluya la estimación de las repercusiones que determinada decisión le pueda acarrear a un niño/a.⁹⁹

En su *Observación general No. 14* (2013), el CDN puntualizó que, para realizar un análisis sobre el interés superior del niño/a, debe hacerse una lista exhaustiva de los factores que pueden impactar el caso concreto. Ello incluye la opinión del niño/a, su identidad cultural, la prevención de la separación familiar y preservación de la unidad familiar, su cuidado, protección y seguridad, su situación de vulnerabilidad, y la garantía de sus derechos fundamentales.¹⁰⁰

En Colombia, el criterio del interés superior de la niñez está regulado en el Código de la Infancia y la Adolescencia, y ha sido ampliamente discutido por la jurisprudencia constitucional.¹⁰¹ La Corte Constitucional se ha referido a este principio, enfatizando que no puede entenderse como algo abstracto, sino que se debe adecuar a la realidad concreta de cada menor, pero ha dado pautas para cómo debe realizarse el análisis¹⁰². En este sentido, la Corte aclaró que son las autoridades administrativas y judiciales las encargadas de determinar el contenido del interés superior de los niños en casos particulares.¹⁰³ Para esto, deberán tener en cuenta las consideraciones fácticas del caso y las consideraciones jurídicas con las que cuenta -o no- el ordenamiento jurídico nacional.¹⁰⁴

Como se explicará en el siguiente apartado, frente al caso específico de riesgo de apatridia, la experiencia demuestra que algunos tribunales han utilizado el criterio del interés superior del niño para modificar o resolver omisiones en la legislación con el fin de rectificar certificados de nacimiento y/o nacionalidad. Algunos han optado por otorgar visas y/o documentos de identidad y de viaje a los niños/as. En muchos casos, estas soluciones fueron dadas por los tribunales a pesar de que se apartaban del marco normativo vigente, nuevamente apelando a “razones humanitarias” o, más específicamente, al deber de proteger los derechos de la niñez y garantizar el reconocimiento de su identidad y nacionalidad.¹⁰⁵

⁹⁹ CDN, Observación General No 14. CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013.

¹⁰⁰ *Id.*

¹⁰¹ Corte Constitucional, sentencias T-261 de 2013 y T-033 de 2020.

¹⁰² La Corte Constitucional estableció los siguientes criterios primordiales para determinar el interés superior de las niñas y niños: (i) la garantía del desarrollo integral del niño/a, que implica un bienestar físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la evolución de su personalidad; (ii) la garantía de condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del niño/a, incluyendo su derecho al cuidado, a tener familia y a no ser separado de ella; (iii) el equilibrio de derechos de los padres, que implica la necesidad de armonizar los derechos de los padres con los del niño/a; (iv) la provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo integral del niño/a; (v) la protección frente a riesgos prohibidos, incluyendo los abusos y la violencia; y (vi) la necesidad de contar con razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones filiales. Véase Corte Constitucional, sentencias T-510 de 1993, T-503 de 2003 y T-397 de 2004.

¹⁰³ *Id.*

¹⁰⁴ Corte Constitucional, sentencia SU-180 de 2022.

¹⁰⁵ Lamm, *Gestación por sustitución*, págs. 194 a 210.

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

2.3.1. Mecanismos de protección frente al riesgo de apatridia en general

El derecho internacional cuenta con dos tratados que establecen mecanismos de protección frente al riesgo de apatridia: la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954¹⁰⁶ y la Convención para Reducir los Casos de Apatridia de 1961.¹⁰⁷ La Convención de 1954 contiene un marco amplio para identificar los casos de apatridia y establecer los derechos mínimos para la protección internacional de las personas apátridas. A su vez, la Convención de 1961 regula las obligaciones estatales en torno a la prevención y erradicación de los casos de apatridia, así como las relativas a facilitar las vías para el acceso a la nacionalidad. Ambas Convenciones son complementarias: la primera funciona como elemento sustantivo y la segunda como elemento práctico en la materia. La condición de apatridia está definida en la Convención de 1954 como “toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación”.¹⁰⁸

Como fuera anticipado, los órganos de tratados y procedimientos especiales de las Naciones Unidas han exhortado a los Estados a que adopten legislaciones que aseguren que los niños y niñas nacidos de estos acuerdos no se encuentren en una situación de apatridia ni de discriminación. Aunque no se han sugerido mecanismos de protección concretos para el riesgo de apatridia en casos de gestación por sustitución, el DIDH sí ha esbozado algunas salvaguardas para el riesgo de apatridia en general.

Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha determinado que, para la adquisición de la nacionalidad, la condición de nacimiento en el territorio debe ser la única cuestión a demostrar si se advierte que la persona no tendría derecho a otra nacionalidad, de no obtener la del Estado de nacimiento.¹⁰⁹ Por otra parte, la Corte IDH también ha enfatizado que los Estados tienen la obligación 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”.¹¹⁰

En el sistema universal, la *Observación general conjunta No. 4/23* (2017) del Comité de Trabajadores Migratorios y sus Familiares y del Comité sobre los Derechos del Niño reiteró los desarrollos regionales al determinar que los Estados deben revocar las leyes sobre la nacionalidad que discriminen en lo que respecta a la transmisión o adquisición de la nacionalidad por razones prohibidas, entre otras en relación con la situación migratoria del niño y/o sus padres. Además, todas las leyes sobre la nacionalidad deben aplicarse sin ningún tipo de discriminación, por ejemplo, en lo que respecta a la situación de residencia y a sus exigencias de duración, a fin de respetar, proteger y cumplir el derecho de todos los niños a una nacionalidad. A su vez, el texto establece que los Estados deben reforzar las medidas para conceder la nacionalidad a los niños nacidos en su territorio, en situaciones en las que de otro modo serían apátridas.¹¹¹

¹⁰⁶ Ratificada por Colombia el 7 de octubre de 2019.

¹⁰⁷ Ratificada por Colombia el 15 de agosto de 2014.

¹⁰⁸ Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954, artículo 1.1.

¹⁰⁹ Corte IDH. Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014, párr. 260.

¹¹⁰ Corte IDH. Opinión Consultiva 21-14 de 19 de agosto de 2014, párr. 94.

¹¹¹ Comité de Trabajadores Migratorios y sus Familiares y Comité sobre los Derechos del Niño, Observación general conjunta núm. 4. CMW/C/GC/4–CRC/C/GC/23. 6 de noviembre de 2017, párrs. 25-26.

2.3.2. Mecanismos de protección frente al riesgo de apatridia en Colombia y posible aplicación al caso en concreto

En Colombia, se han tomado medidas orientadas a superar la situación de apatridia que podrían ser aplicables en casos donde existe un riesgo de apatridia debido a un acuerdo de gestación por sustitución.

En el 2019, la Registraduría Nacional del Estado Civil emitió la Resolución 8470 con el propósito de incluir de oficio una anotación en las actas de registro civil de nacimiento que indicara “válido para demostrar nacionalidad”. La medida se tomó para abordar el riesgo de apatridia en que se encontraban las personas nacidas en territorio colombiano, hijos e hijas de padres extranjeros -en su mayoría venezolanos- con impedimentos para acreditar el requisito de domicilio establecido en el artículo 96 de la Constitución Política, todo ello con el fin de conceder la nacionalidad. A esta medida se le conoció más ampliamente bajo el eslogan de “Primero la Niñez”, y fue prorrogada a través de la Resolución 8617 de 2021. Esta última resolución contempló una vigencia del programa hasta el 21 de agosto de 2023 con una posibilidad de renovación automática hasta por 2 años, por lo que al día de hoy su aplicabilidad se encuentra vigente.¹¹²

La Corte Constitucional cuenta con extensa jurisprudencia en materia de protección de las personas en situación de apatridia y riesgo de apatridia en Colombia, especialmente en casos de niñez. En la sentencia T-212 de 2013, la Corte reconoció el derecho de una niña hija de padre y madre colombianos nacida en el extranjero a ser registrada como nacional colombiana a pesar de no contar los requisitos previstos en la legislación. En dicha sentencia, la Corte subrayó que el derecho a la personalidad jurídica es un derecho fundamental que deviene imperioso en los casos de niñez, pues hace posible la vida civil de una persona. Frente a la situación de vulnerabilidad en que la niñez se encuentra, es obligación del Estado remover aquellos obstáculos que impidan el ejercicio de los derechos fundamentales de los niños y niñas, particularmente si estas barreras constituyen meros formalismos que nada aportan al ejercicio eficaz de los derechos y, por el contrario, lo obstaculizan o entorpecen. Aunado a la personalidad jurídica, la Corte se pronunció sobre la importancia de garantizar el derecho a la nacionalidad de la niña, a efectos de lograr el acceso efectivo a otros derechos, entre ellos, la salud. Así, la Corte tuteló los derechos de la niña y ordenó al Registro Civil a proceder a su registro extemporáneo de nacimiento.¹¹³

Otro precedente es la sentencia T-075 de 2015, donde la Corte nuevamente protegió el derecho a la nacionalidad de un niño nacido en territorio colombiano de padre extranjero. Al niño se le había negado la expedición del pasaporte debido a que su padre no podía acreditar que contaba con una visa de residencia, a pesar de que el nacimiento ya había sido registrado previamente. Así, la Corte consideró que el cumplimiento del requisito del domicilio del ciudadano extranjero que solicita la nacionalidad de su hijo/a nacido en Colombia puede ser demostrado a partir de diversos medios de prueba, tales como los visados de negocios, residente o temporales.¹¹⁴

Específicamente en la sentencia T-006 de 2020, la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse en torno a los niños y niñas hijos de extranjeros de nacionalidad venezolana que se encuentran en riesgo de apatridia en Colombia debido al requisito de domicilio contenido en la legislación colombiana. En esta

¹¹² Cancillería de Colombia, “La medida ‘Primero la niñez’ continuará su vigencia y aplicabilidad, después del 21 de agosto de 2023”, 18 de agosto de 2023. Disponible en: [https://www.cancilleria.gov.co/newsroom/news/medida-primero-ninez-continuara-su-vigencia-aplicabilidad-despues-21-agosto-2023#:~:text=%E2%80%9CPrimero%20la%20ni%C3%B1ez%E2%80%9D%20fue%20proferida,dos%20\(2\)%20%C3%B1os%20adicionales](https://www.cancilleria.gov.co/newsroom/news/medida-primero-ninez-continuara-su-vigencia-aplicabilidad-despues-21-agosto-2023#:~:text=%E2%80%9CPrimero%20la%20ni%C3%B1ez%E2%80%9D%20fue%20proferida,dos%20(2)%20%C3%B1os%20adicionales).

¹¹³ Corte Constitucional, sentencia T-212 de 2013.

¹¹⁴ Corte Constitucional, sentencia T-075 de 2015.

sentencia, la Corte reconoció que la nacionalidad es un derecho humano y adoptó los criterios desarrollados por la Corte IDH al observar que, de los hechos, los niños y niñas no podían acceder a la nacionalidad de origen de sus padres y, por lo tanto, se encontraban en riesgo de apatridia. En ese contexto, la Corte notó que la exigencia de una visa específica para acreditar el requisito de domicilio de los padres extranjeros resultaba incompatible con la obligación del Estado colombiano de conceder la nacionalidad a los niños y niñas nacidos dentro del territorio que de otro modo serían apátridas. Así, la Corte tuteló a las personas en riesgo de apatridia y ordenó a la Registraduría a proceder al reconocimiento de nacionalidad a través del registro civil de nacimiento.¹¹⁵

En la sentencia T-079 de 2021, la Corte Constitucional se pronunció sobre el registro de nacimiento y expedición de documentos de registro y pasaporte a una persona nacida en territorio colombiano de padres extranjeros, en este caso españoles. La decisión consideró que, al momento del nacimiento, el padre de la persona sí acreditaba el criterio de domicilio pues contaba con un trabajo fijo de larga duración, por lo que debió registrarse a la persona con la anotación “válido para acreditar nacionalidad”. La Corte también aclaró que, en los casos de niños, niñas y adolescentes existe una regla de subsidiariedad que es menos rigurosa y atiende de manera primordial el interés superior de la niñez, por lo que se debe garantizar la nacionalidad.¹¹⁶

En la sentencia SU-180 de 2022 la Corte reiteró su postura frente al riesgo de apatridia y la vulneración de derechos fundamentales, analizando el caso de un niño migrante venezolano sin acompañantes que no contaba con la nacionalidad colombiana, ni un registro civil. En este caso, la Corte optó por una decisión con efectos *inter comunis*, que hace que la solución jurídica planteada para el caso sea aplicable a otras personas que se encuentran en iguales circunstancias. Así, la Corte ordenó que en casos similares cuando haya algún menor en esta situación y después de 1 año de domicilio permanente en Colombia, los Defensores de Familia les debe tramitar la nacionalidad colombiana “(...) siempre que no exista duda sobre las razones por las cuales se encuentran en territorio colombiano o de que no han sido separados forzosa o delictivamente de sus padres o familiares”.¹¹⁷

Por otra parte, en la sentencia T-393 de 2022, la Corte estudió el caso de un grupo familiar compuesto por una madre con doble nacionalidad –venezolana y colombiana– y padre e hija venezolanos, estos últimos con condición de refugiados en Colombia tras entrar a la nación de forma irregular. El registro extemporáneo de nacimiento de la hija en Colombia fue rechazado, alegando el incumplimiento de requisitos de apostilla de documentos. La Corte detalló que “las autoridades registrales colombianas tienen deberes de diligencia y protección, estando obligadas a realizar los trámites registrales estipulados en el ordenamiento jurídico que, a la luz de las condiciones específicas y particulares, no resulten irrazonables, desproporcionados ni injustificados”.¹¹⁸

Más recientemente, en la sentencia T-183 de 2023, esta Corte se pronunció sobre el caso de una persona a la cual le fue anulada su acta de registro civil de nacimiento y cancelada la cédula de ciudadanía. La Corte reiteró que el derecho a la personalidad jurídica es un derecho fundamental y que el acta de registro civil de nacimiento y la cédula de ciudadanía son esenciales para el ejercicio de este derecho. Sostuvo que los

¹¹⁵ Corte Constitucional, sentencia T-006 de 2020.

¹¹⁶ Corte Constitucional, sentencia T-079 de 2021.

¹¹⁷ Corte Constitucional, sentencia SU-180 de 2022

¹¹⁸ Corte Constitucional, sentencia T-393 de 2022, párr. 83.

procesos de anulación y cancelación deben ejecutarse con las garantías de debido proceso y el derecho de defensa.¹¹⁹

Considerando que tanto la Resolución 8470 de 2019 como los precedentes de la Corte Constitucional en la materia deberían ser aplicables al expediente bajo análisis, la interpretación más favorable al caso de ██████ debería orientarse a considerar el otorgamiento de la nacionalidad colombiana. Ello en tanto, del auto transmitido por la Corte, se desprende que ██████ es una niña nacida en Colombia de un padre extranjero, a través de una gestante colombiana, que estaría en riesgo de quedar apátrida por la imposibilidad de adquirir la nacionalidad por nacimiento en el territorio, específicamente debido al requisito de domicilio y los medios para acreditarlo.

En ese sentido, ante una situación inminente de riesgo de apatridia como la que parece verificarse en el caso, ██████ debería beneficiarse de las respuestas aplicadas por la Registraduría y por la Corte Constitucional para otros hijos de extranjeros nacidos en Colombia. No hacerlo en este caso por tratarse de un acuerdo de gestación por sustitución iría en contra del interés superior de ██████ ya que, como se explicó anteriormente, en este análisis debe primar la identidad de la menor, la prevención de la separación familiar y la prevalencia de sus derechos fundamentales, incluyendo su derecho a la no discriminación y a la nacionalidad.

2.3.3. Propuesta de mecanismos de protección frente al riesgo de apatridia específicamente en los casos de gestación por sustitución

La necesidad de contar con salvaguardas que protejan a las partes involucradas en acuerdos de gestación por sustitución, tanto a nivel nacional como transnacional, ha sido señalado por la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, y por diferentes expertos en el tema.¹²⁰

Específicamente, los *Principios para la protección de los derechos del niño nacido por gestación subrogada* (en adelante, “Principios de Verona”) han estipulado un derrotero de salvaguardas y protecciones integrales para las niñas y niños nacidos por esta vía, con el fin de orientar la legislación, las políticas, los procesos de toma de decisiones y las prácticas pertinentes.¹²¹ Estos principios, que son una suerte de derecho blando, toman como punto de partida las observaciones de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, y son el resultado de un consenso de expertos independientes a nivel internacional. Así, los principios procuran “sentar las bases para un consenso mundial sobre la protección efectiva de los derechos humanos derechos de los niños que nacen mediante acuerdos de gestación subrogada”.¹²²

Entre otras cuestiones, los Principios de Verona abordan las salvaguardas específicas que deberían aplicarse a los acuerdos de gestación por sustitución para prevenir el riesgo de apatridia. Establecen que, por regla general, 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.¹²³

¹¹⁹ Corte Constitucional, sentencia T-183 de 2023.

¹²⁰ Véase Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños.

¹²¹ Véase International Social Service, *Principios para la protección de los derechos del niño nacido por gestación subrogada* (Principios de Verona) (Ginebra: International Social Service, 2021). Disponible en: https://www.issi-ssi.org/wp-content/uploads/2023/03/VeronaPrinciples_25February2021-1.pdf

¹²² *Id*, pág. 5.

¹²³ *Id*, principio 13.4, a.

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.¹²⁴ 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.**¹²⁵

Siguiendo lo anterior, para dar respuesta al interrogante de la Corte, y más allá de la resolución del presente caso, consideramos pertinente resumir los mecanismos de protección o salvaguardas que buscan proteger a las niñas y niños nacidos de acuerdos de gestación por sustitución.

Salvaguardas para prevenir el riesgo de apatridia:

- Se debe verificar la integración de una regla general en las leyes de nacionalidad que haga referencia a casos no previstos en ley, que deberán resolverse atendiendo al principio del interés superior de la niñez y el deber general de prevención y erradicación de la apatridia.¹²⁶
- Es necesario garantizar que, cuando se permita la práctica de gestación por sustitución, el país de nacimiento del niño/a se haga cargo de verificar que los comitentes puedan regresar y registrar efectivamente a los recién nacidos en su país de origen.¹²⁷ Esto es especialmente relevante para la adquisición de la nacionalidad y para prevenir el posible riesgo de apatridia de estos niños/as. Para ello, se debe realizar un análisis expedito de los hechos y del derecho para poder evaluar la práctica del Estado de origen en torno a la aplicación de sus leyes de nacionalidad para casos de gestación por sustitución, con el único fin de verificar un posible riesgo de apatridia. La autoridad competente del Estado que realice este análisis deberá verificar, en un primer momento, si la legislación reconoce o confiere el derecho a la nacionalidad y, posteriormente habrá de determinar si, en la práctica, las autoridades estatales competentes dan cumplimiento a dicha normativa a través de la garantía de acceso a los mecanismos de reconocimiento de la nacionalidad, principalmente aquellos concernientes al registro de nacimiento, ya sea de manera oportuna o tardía.
- Se debe vincular el criterio del interés superior de la niñez en cualquier análisis administrativo o judicial en todos los casos de gestación por sustitución. Como se explicó anteriormente, en algunos países la evaluación del caso y del interés de la niñez se hace antes o después del nacimiento por parte de autoridades administrativas y/o judiciales. Este análisis deberá privilegiar la interpretación más favorable para las niñas y niños, en línea con el DIDH, y tener en cuenta el derecho de las niñas y niños a la personalidad jurídica, a la nacionalidad, a la vida digna y a tener una familia y a no ser separado de ella.¹²⁸
- La determinación del interés superior en los casos de gestación por sustitución debe considerar factores como las características específicas de la niña o niño; las intenciones de las partes al entrar al acuerdo, los vínculos genéticos, las relaciones con hermanos y otra familia extendida, la

¹²⁴ *Id.*, principio 13.4., b.

¹²⁵ *Id.*, principio 13.4., c y d.

¹²⁶ Véase Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños. También ver *Principios de Verona*, principio 13.

¹²⁷ Véase Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños, párr. 93.

¹²⁸ Véase Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños, párr. 42.

idoneidad de los comitentes; la unidad familiar; cualquier daño que pueda haber sufrido la niña o niño; la opinión de los menores y sus deseos, al igual que sus necesidades específicas y apego emocional; la posible implicación de prácticas ilícitas y la transparencia de las transacciones financieras y el rol de los intermediarios de la práctica.¹²⁹

- Se debe fomentar la colaboración entre Estados para resolver posibles conflictos en el marco de acuerdos de gestación por sustitución transnacional, promoviendo la transparencia sobre el estatus legal de la práctica en el país y las acciones coordinadas para prevenir la vulneración de los derechos de los niños/as nacidos por esta vía.¹³⁰

Salvaguardas para la protección general de las niñas y niños

- Es necesario fomentar la existencia de datos desagregados oficiales y no oficiales sobre el número de nacimientos por gestación por sustitución.¹³¹ Estas estadísticas harán posible abordar la magnitud del fenómeno e identificar posibles vulnerabilidades de las partes interesadas, incluyendo la persistencia del “turismo reproductivo” en Colombia y las características de quienes optan por ser gestantes y a qué grupos socio demográficos pertenecen.
- Los Estados deben garantizar que el registro de nacimiento de las niñas y niños nacidos por gestación por sustitución se ejerza de forma transparente y oportuna inmediatamente después del nacimiento. Esto implica generar un marco procesal para garantizar que la información relevante de los casos de sustitución sea registrada.¹³²
- Se debe contar con procesos claros para delimitar la filiación y responsabilidad parental en estos casos, incluyendo los casos de acuerdos con algún componente transnacional.¹³³ Aunque en el caso concreto de ██████ intervino un juzgado de familia para delimitar la filiación, este juzgado no hizo un análisis del interés superior de la niña, sino que se limitó a emitir un concepto sobre la filiación de la gestante, sin prever otros aspectos que pudiesen dejarla en riesgo.
- Con la finalidad de garantizar el derecho a la identidad, se debe prever el derecho del niño/a nacido/a de estos acuerdos a conocer sus orígenes a través de, por ejemplo, un registro con los detalles de las personas gestantes y de los donantes de gametos en casos de donación. Estos registros deberán velar por la protección de la confidencialidad de los datos personales.¹³⁴
- Los Estados deben contar con mecanismos idóneos para evitar cualquier abuso hacia las gestantes y las niñas y niños que nazcan de la práctica de gestación por sustitución. En específico, se deberán implementar medidas para la prevención de trata y venta de niñas y niños a nivel nacional y transnacional.¹³⁵

¹²⁹ *Principios de Verona*, principio 6.7.

¹³⁰ *Id*, principio 18.

¹³¹ *Id*, principio 6.

¹³² *Id*, principio 12.4.

¹³³ *Id*, principio 10.

¹³⁴ Véase Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños, párr. 158 y 161. *Principios de Verona*, principio 11 y 18.

¹³⁵ Véase Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños, párr. 73.

- Las autoridades administrativas y judiciales a cargo de la protección de la niñez deben contar con mecanismos y entrenamiento para responder a disputas o vulneraciones de derechos que se puedan presentar en el marco de acuerdos de gestación por sustitución a nivel nacional y transnacional. Esto implica un reconocimiento del marco legal aplicable desde el DIDH y el derecho interno.¹³⁶

3. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Nuestra intervención ha aportado algunas ideas que ayudan a comprender ciertas tensiones y desacuerdos existentes en la literatura y en el derecho comparado con respecto a la gestación por sustitución. Esto involucra discusiones sobre sus riesgos éticos, la forma más idónea de resolver controversias y el uso de los términos más alineados con los derechos humanos.

A lo largo de este documento, también hemos explicado los diferentes modelos que hoy coexisten en el mundo frente a esta práctica, haciendo énfasis en que el modelo de regulación guarda mayor compatibilidad con consideraciones de salud pública y derechos humanos. Con ese fin, hemos explicado cómo el DIDH ha llamado la atención sobre diferentes los riesgos asociados a la penalización de esta práctica y los vacíos regulatorios alrededor de esta figura. El Comité CEDAW, el CDN y otros procedimientos especiales de Naciones Unidas coinciden en la necesidad de implementar salvaguardas que protejan a todas las partes de estos acuerdos, instando a los Estados a reconocer el fenómeno y trabajar en la creación de legislación que esté alineada con los mandatos de derechos humanos -incluyendo, entre otros temas, la necesidad de establecer regulaciones sobre la nacionalidad de niñas y niños nacidos por gestación por sustitución.

Para contestar a la pregunta sobre la solución más idónea en los modelos regulatorios existentes para resolver conflictos de nacionalidad y filiación, señalamos que hoy no existe consenso sobre la regulación de la gestación por sustitución, ni uniformidad en el derecho comparado en la respuesta a la pregunta por la filiación y la nacionalidad. Como explicamos a lo largo de este texto, la complejidad de los acuerdos transnacionales de gestación por sustitución se debe a la diversidad de marcos regulatorios a nivel internacional y a la ausencia de regulación específica en diferentes países. Esta complejidad contribuye a que se materialicen riesgos reales de filiación incierta y apatridia de menores nacidos por esta práctica, como lo muestra el caso de estudio.

Todo lo anterior ratifica la importancia del pronunciamiento que esta Corte pueda hacer sobre este caso. Por un lado, enfatizamos que esta Corte puede guiarse tanto por las disposiciones del DIDH en materia de prevención de apatridia como por su propia jurisprudencia sobre riesgo de apatridia para el caso de hijos e hijas de extranjeros, considerando el rol primordial del interés superior de la niñez. Por otro lado, la Corte puede guiar su decisión a partir de las salvaguardas sugeridas por diferentes expertos para abordar los derechos de la niñez en este contexto, y específicamente para prevenir la apatridia. Considerando estos dos frentes, afirmamos que la solución para el caso concreto debería orientarse a considerar el otorgamiento de la nacionalidad colombiana a [REDACTED], facilitando los registros y documentos administrativos necesarios para el reconocimiento de la nacionalidad y para la reunificación con su padre. Por último, en este escrito, compartimos una lista de salvaguardas sugeridas que buscan proteger los derechos de las niñas y niños nacidos por gestación por sustitución, y que buscan prever o eliminar el riesgo específico de apatridia para el caso en concreto y otros futuros casos que puedan surgir.

Desde la Iniciativa Salud y Derechos Humanos del Instituto O'Neill creemos que este caso es una oportunidad valiosa para que esta Honorable sala siga reiterando la importancia de que el Congreso de la

¹³⁶ *Principios de Verona*, principio 17.

República y las entidades administrativas competentes regulen la gestación por sustitución. La solución del presente expediente podrá exigir una solución novedosa ante el vacío normativo pero, en un escenario ideal, deberían existir regulaciones previas y claras sobre la gestación por sustitución que puedan guiar a los tribunales. Sin perjuicio de ello, reiteramos que una actuación diligente de las autoridades administrativas y judiciales para resolver este tipo de casos implica interpretar cualquier posible vacío formal bajo el amparo de las normas y principios constitucionales.¹³⁷

Expresamos nuestra gratitud por la oportunidad de intervenir en este importante proceso. Esperamos que nuestros insumos ayuden a fortalecer el estudio de este caso y de la figura de la gestación por sustitución en general y, en última instancia, conduzcan a obtener la solución más alineada con los derechos humanos para las partes involucradas, y en especial para [REDACTED]

Quedamos a su disposición para responder a cualquier pregunta que la Sala Primera de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional pueda tener en relación con este documento.

Cordialmente,



Silvia Serrano Guzmán

Abogada y Co-Directora de la Iniciativa Salud y Derechos Humanos

Instituto O'Neill para el Derecho y la Salud Nacional y Global, Universidad de Georgetown

Profesora Adjunta, Facultad de Derecho de la Universidad de Georgetown

sjs357@georgetown.edu



Natalia Acevedo Guerrero

Abogada y Consultora

Instituto O'Neill para el Derecho y la Salud Nacional y Global, Universidad de Georgetown

n859@georgetown.edu



Ivonne Garza Garza

Abogada y Asociada Senior

Instituto O'Neill para el Derecho y la Salud Nacional y Global, Universidad de Georgetown

ig123@georgetown.edu



Patricio López Turconi

Abogado y Asociado

Instituto O'Neill para el Derecho y la Salud Nacional y Global, Universidad de Georgetown

pl730@georgetown.edu

¹³⁷ Corte Constitucional, Sentencia SU-696 de 2015.

4. ANEXO

Figura 1 - Cuadro comparativo no exhaustivo de algunos Estados o jurisdicciones que han optado por el modelo de la regulación o profesionalización

Estado o jurisdicción	Tipo de gestación por sustitución legalmente habilitada	Requisitos para ser comitente	Requisitos para ser gestante	Requisitos del acuerdo	Fuente legal
Rusia	*Sólo gestacional *Altruista o comercial	*Parejas heterosexuales, casadas o no, o mujeres solteras (con excepciones por vía judicial)	*Tener entre 20 y 35 años *Tener al menos un hijo propio sano *Tener buena salud *Contar con el consentimiento del cónyuge	*Consentimiento expreso de la gestante para la inscripción de la filiación de los comitentes *Preservar el derecho de la gestante a decidir las cuestiones relativas a la maternidad, incluyendo IVE	Legislación a nivel nacional
Ucrania	*Sólo gestacional *Altruista o comercial	*Pareja heterosexual casada *Incapacidad de concebir o llevar a término un embarazo *El material genético debe corresponder por lo menos a uno de los comitentes *Residencia temporal en el caso de extranjeros	*Tener al menos un hijo previo *Realizar examen de salud previo *Contar con el consentimiento del cónyuge	*Consentimiento expreso de la gestante para la inscripción de la filiación de los comitentes	Legislación a nivel nacional
México (Sinaloa)	*Tradicional o gestacional *Altruista o comercial	*Parejas heterosexuales, casadas o no, o personas solteras *Acreditar imposibilidad de la mujer para llevar a término un embarazo *Ser de nacionalidad mexicana *Realizar examen de salud	*Tener entre 25 y 35 años *Tener al menos un hijo previo *Tener buena salud *Realizar examen de salud previo	*Velar por el interés superior del niño y la dignidad humana *Intervención de notario público y director/a de la clínica o centro hospitalario *Notificación a Secretaría de Salud y registro civil	Legislación a nivel estatal

		previo			
México (Tabasco)	*Tradicional o gestacional *Altruista o comercial	*Mujer debe tener entre 25 y 40 años de edad *Acreditar imposibilidad de la mujer para llevar a término un embarazo *Ser de nacionalidad mexicana	*Tener entre 25 y 35 años *Realizar examen de salud previo *Contar con el consentimiento del cónyuge o concubino *Ser de nacionalidad mexicana	*Notificación a Secretaría de Salud	Legislación a nivel estatal
Reino Unido	*Tradicional y gestacional *Sólo altruista	*Parejas heterosexuales u homosexuales, casadas o en unión civil o convivencial *Edad mínima de 18 años *Acreditar vínculo genético con al menos uno de los comitentes *Tramitar la orden parental para establecer la filiación luego del nacimiento y del período de reflexión	*Período de reflexión de seis semanas luego del nacimiento para poder renunciar a la responsabilidad parental	*Se admite el pago de gastos razonables, lo que no priva al contrato de su gratuidad *Los acuerdos no son ejecutables por los tribunales	Legislación a nivel nacional y precedentes judiciales
Canadá	*Tradicional y gestacional *Sólo altruista	*Se rige por el derecho provincial	*Edad mínima de 21 años *Otras restricciones según el derecho provincial (p. ej. Ontario exige representación legal independiente y otorga un período de reflexión de 7 días).	*Se rige por el derecho provincial	Legislación a nivel federal y legislaciones provinciales
Grecia	*Sólo gestacional *Sólo altruista	*Parejas heterosexuales o mujeres solteras *Incapacidad para llevar un embarazo a término *Edad máxima de 50 años para	*Consentimiento del cónyuge *Realizar examen de salud previo *Ser ciudadano griego o	*Ser celebrado por escrito *Ser autorizado judicialmente antes de la transferencia *Se permite la	Legislación a nivel nacional

		<p>las mujeres</p> <p>*Ser ciudadano griego o residente permanente</p>	<p>residente permanente</p>	<p>compensación de gastos razonables</p>	
Brasil	<p>*Tradicional y gestacional</p> <p>*Sólo altruista</p>	<p>*Cualquier persona, independientemente de estado civil</p>	<p>*Pertener a la familia de uno de los comitentes en relación de parentesco hasta el cuarto grado</p> <p>*Edad máxima de 50 años</p> <p>*Examen de salud previo</p> <p>*Autorización del cónyuge o pareja</p> <p>*Haber transitado por lo menos un embarazo</p>	<p>*Establecer claramente la filiación</p> <p>*Disponer la imposibilidad de la interrupción del embarazo después de haber iniciado el proceso, salvo en los casos previstos por la ley o autorizados judicialmente</p> <p>*Garantía de tratamiento médico a la gestante hasta el puerperio</p>	<p>Regulaciones médicas a nivel nacional</p>
Sudáfrica	<p>*Tradicional o gestacional</p> <p>*Sólo altruista</p>	<p>*Parejas heterosexuales u homosexuales, casadas o no, y personas solteras</p> <p>*Al menos uno de los comitentes debe estar domiciliado en el país</p> <p>*Incapacidad para llevar un embarazo a término en virtud de una condición permanente e irreversible</p> <p>*Tener capacidad de ejercicio</p> <p>*Tener idoneidad para actuar como comitente y entender las consecuencias jurídicas del acuerdo</p>	<p>*Tener capacidad de ejercicio</p> <p>*Tener idoneidad para actuar como gestante y entender las consecuencias jurídicas del acuerdo</p> <p>*Haber transitado al menos un embarazo y un parto viable</p> <p>*Tener por lo menos un hijo propio vivo</p> <p>*Tener domicilio en el país</p> <p>*Consentimiento del cónyuge o pareja</p>	<p>*Ser celebrado por escrito</p> <p>*Ser autorizado judicialmente antes de la transferencia</p> <p>*Plazo máximo de 18 meses para lograr el embarazo luego de la autorización judicial</p> <p>*Se permite la compensación por gastos directamente relacionados al uso de TRHA, embarazo y nacimiento</p> <p>*Se permite el pago de pérdida de ingresos incurridos por la gestante</p> <p>*Se permite a la gestante interrumpir el embarazo en los términos de la ley, previa</p>	<p>Legislación a nivel nacional y precedentes judiciales</p>

				notificación a los comitentes. Los comitentes no pueden impedir la interrupción, pero tienen derecho al reembolso de los gastos incurridos como consecuencia del acuerdo, salvo que se trate un aborto por motivos de salud	
--	--	--	--	---	--

Fuente: Elaboración propia a partir de Lamm (2013) y Piersanti et. al. (2021). Cualquier error o inconsistencia es de nuestra autoría.