

Bogotá D.C., 19 de agosto de 2020. En la fecha se ingresa el proceso al Despacho de la señora Juez informando que los entes accionados dieron respuesta al requerimiento efectuado por el Juzgado.

Laura Montaña Conde
Secretaria



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

**JUZGADO VEINTICUATRO DE FAMILIA DE
BOGOTÁ D.C.**

Clase de proceso	Acción de Tutela.
Accionante	Daniel Fernando Rodríguez Fernández Marines Larrazabal López
Accionado	Presidencia de la República Ministerio de Relaciones Exteriores Cónsul de San Antonio de Táchira Alto comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos. Registarduria Nacional del Estado Civil Director de la Unidad Administrativa de Emigración Colombia. Ministerio de Transporte Defensor del Pueblo Procuraduría General de la Nación
Radicación	110013110024 2020 00245 00.
Asunto	Sentencia de tutela.
Fecha de la Providencia	Diecinueve (19) de agosto de dos mil veinte (2020).

Fenecido el término otorgado a las entidades accionadas procede el Despacho con fundamento en la Ley a proferir la sentencia de tutela presentada por los señores Daniel Fernando Rodríguez Fernández y Marines Larrazabal López quienes actúan en nombre propio y en representación de la menor Alma Rodríguez de 2 meses y 24 días, en contra en contra de la Presidencia de la República de Colombia, Ministerio de Relaciones Exteriores, el Consulado de Colombia en Venezuela, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la Registraduría Nacional del Estado Civil, el Director de la Unidad Administrativa Especial de Migración Colombia, el Ministerio de Transporte, la Defensoría del Pueblo y la procuraduría General de la Nación, representados legalmente por sus Directores (as) o quien haga sus veces para que se le tutelen sus derechos a la nacionalidad, dignidad humana, identidad, familia, igualdad, vida, interés superior de los niños, niñas y adolescentes, debido proceso entre otros. Como fundamento fáctico, expusieron los siguientes;

1.-HECHOS

**Aseguran los accionantes que son de nacionalidad venezolana, residentes y domiciliados en dicho País y casados entre sí, desde el 11 de marzo de 2006.*

**Aducen que iniciaron el proceso de maternidad subrogada tras tres intentos fallidos de embarazo invitro, dadas las condiciones de salud de la señora Marines Larrazabal, para lo cual realizaron dicho procedimiento en la ciudad de Bogotá D.C., Colombia, donde acudieron el día 6 de junio de 2019 para conocer la clínica y la persona que asistiría la maternidad.*

**Indican que el parto estaba previsto para el mes de mayo de 2020. No obstante, para el mes de marzo de 2020, inició el cierre de fronteras y vuelos internacionales lo que produjo que no asistieran al parto de su hija el cual ocurrió el día 10 de mayo de 2020, quien a la fecha no se ha podido registrar.*

**Informan que en virtud de que no fue posible su traslado a este País debieron contratar los servicios de una enfermera para el cuidado de su hija, esto es la señora Luz Helena Santana Mendivelso y a una cuidadora de nombre Yolanda Hernández Berrio quienes a la fecha han asumido la protección de su menor hija, pese a quienes son ellos los llamados a brindarle afecto, amor y protección a su menor hija.*

**Manifiestan que con el fin de registrar y legalizar la situación de su hija presentaron diversos escritos dirigidos a la Cancillería en Colombia, a través de varios correos, sin que se tuviese una respuesta acertada por parte del Gobierno Colombiano, situación que vulnera los derechos de su hija a tener una familia, que se le brinde amor, afecto y cariño.*

ACTUACIÓN PROCESAL

La presente acción de tutela se admitió mediante auto de fecha 5 de agosto de 2020 ordenándose la notificación del mismo a los directores, representantes legales o quienes hiciera sus veces de la Presidencia de la República de Colombia, Ministerio de Relaciones Exteriores, el Consulado de Colombia en Venezuela, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la Registraduría Nacional del Estado Civil, el Director de la Unidad Administrativa Especial de Migración Colombia, el Ministerio de Transporte, la Defensoría del Pueblo y la procuraduría General de la Nación, a quienes se le concedió el término de dos días hábiles para que dieran respuesta a la acción de tutela atendiendo los hechos y pretensiones invocadas por la actora, así las cosas, se procedió a notificar a los entes accionados mediante correo electrónicos institucionales de cada una de las entidades accionadas.

RESPUESTA DE LOS ENTES ACCIONADOS

La Procuraduría General de la Nación, a través de la oficina jurídica, solicitó declarar la falta de legitimación en la causa de la misma, dado que las pretensiones esbozadas en la acción de tutela y dado el marco de competencia no pueden ser cumplidas. No obstante, dadas las facultades preventivas y de intervención que le asisten al Ministerio Público la Oficina Jurídica ha procedido a poner en conocimiento este asunto a la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia, para que, si así lo consideran, intervengan de manera directa ante su Honorable Despacho y/o ante las dependencias encargadas de atender la situación expuesta por el tutelante.

El Ministerio de Trabajo, por medio del Asesor Jurídico se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al considerar que existe: i) falta de legitimación en la causa por pasiva de ese Ministerio ii) ninguna autoridad puede ejercer funciones distintas a las que le atribuye la constitución y la ley, y, iii) de las competencias asignadas a los alcaldes, dado que el objetivo de ese Ministerio objetivo primordial la formulación y adopción de las políticas, planes, programas, proyectos y regulación económica en materia de transporte, tránsito e infraestructura en los modos de transporte, situación que conlleva a cumplir con la Jurisprudencia Constitucional ha advertido en múltiples pronunciamientos, que un funcionario solamente puede hacer lo que la ley le permite.

La Unidad Administrativa Especial Migración Colombia solicitó desvincularse de la presente acción, toda vez que se configura la falta de legitimación de la causa por pasiva y no existen fundamentos fácticos o jurídicos atendibles que permita establecer responsabilidad en cabeza de la misma, ya que no es la entidad encargada de prestar los servicios de salud o de afiliación de extranjeros al Sistema de Seguridad Social en Salud. Así mismo, teniendo en cuenta las funciones y competencias de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, se procedió a enviar los datos de los accionantes al Director Regional Oriente de la UAEMC, de los extranjeros DANIEL FERNANDO RODRIGUEZ FERNANDEZ Y MARINE LARRAZABAL LOPEZ de nacionalidad Venezolana, quien a su vez remitió los mismo al Coordinador de Control Migratorio de la Regional, para que en el evento que estos se presenten en el puesto de control migratorio fronterizo se le permita el ingreso a territorio nacional acatando la medida cautelar impuesta por el Juzgado, cumpliendo a cabalidad con los protocolos de bioseguridad con ocasión de la crisis generada por el COVID-19.

Por su parte la Registraduría Nacional del Estado Civil solicitó negar las pretensiones de la demanda aduciendo que no ha vulnerado derecho fundamental alguno en la medida en que no existe trámite pendiente o solicitud rechazada de registro. A su vez, adujo que para efectos de agendar la cita en la Registraduría Nacional del Estado Civil <https://agenda.registraduria.gov.co/agenda/>, una vez autoricen su traslado hacia Colombia, para que se proceda a realizar el trámite del registro civil de nacimiento de su hija Alma Rodríguez.

El Ministerio de Relaciones Exteriores Casos señaló que si bien la pretensión podría tener una "causa humanitaria", no se consideran prioritarios por el momento, el extranjero no justifica apropiadamente su filiación con un/a ciudadano/a colombiana y no se evidencia una situación grave o urgente que amerite facilitar el ingreso de este

ciudadano al país; además que ninguno de los accionantes de nacionalidad venezolana cumple con los requisitos exigidos para ser incluidos en un vuelo humanitario ni las condiciones establecidas legalmente para ingresar por la frontera terrestre, máxime si tomamos en consideración que las fronteras terrestres con la República Bolivariana de Venezuela se encuentran cerradas con el fin único de evitar la propagación del contagio del COVID 19 protegiendo el interés general de toda la población colombiana.

Indicó que el día 15 de julio de 2020, cada uno los nacionales venezolanos registraron en el Sistema Integral de Trámites al Ciudadano – SITAC, una solicitud de visa tipo "V" (visitante) para casos no previstos que fue requerida por el Oficial de Visas por documentación incompleta ya que no se logró establecer el motivo de la solicitud ni acreditar el caso no previsto que ameritara la expedición del visado.

Así mismo, el Consulado de Colombia en Caracas señaló que desde el pasado 23 de junio de 2020, ha mantenido comunicación únicamente vía correo electrónico con la señora MARINÉS LARRAZÁBAL LÓPEZ, quien desde inició manifestó que su hija Alma nació el 10 de mayo en la ciudad de Bogotá, vía vientre subrogado; por su parte, el señor DANIEL FERNANDO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ nunca se ha contactado con el consulado en referencia. En razón a esta situación, la ciudadana extranjera solicitó apoyo para ingresar a Colombia en un vuelo humanitario desde Venezuela. Ante este hecho, el EFC del Consulado de Colombia en Caracas, le solicitó un número telefónico para poder ser contactada por la asesora social y explicarle el protocolo de retorno establecido en las Resoluciones 1032 y 1230 de 2020, expedidas por Migración Colombia. Esta interacción no pudo materializarse, al no haber respuesta por parte de la señora MARINÉS LARRAZÁBAL.

Aseguró que se procedió a oficiar el Instituto Colombia de Bienestar Familiar – ICBF, desde el Grupo Interno de Trabajo de Asistencia a Connacionales en el exterior, cuyo número de oficio es S-GAICE-20-002159 de fecha 26 de junio, con el fin de atender las preguntas que a continuación se transcriben, 1. ¿Es legal en Colombia la figura de vientre subrogado? 2. En el caso de que no esté permitido ¿cuál sería el mecanismo para denunciar el procedimiento? 3. Si el procedimiento fuera legal o permitido en Colombia ¿el no ingreso de los padres sería una violación de los derechos del menor?, cuya respuesta se centró en determinar que la gestación por subrogación o maternidad subrogada no tiene regulación.

La Presidencia de la República de Colombia, solicito declarar la improcedencia de la acción de tutela, o en su defecto, desvincular al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República dado que carece de legitimación en la causa por pasiva dado que no ha vulnerado o amenazado derecho fundamental alguno más aun no es responsable directo de la definición sobre las solicitudes de posesión y registro pretendidos en la tutela como tampoco están directamente encargados de la titulación de propiedades colectivas, lo que corresponde a un procedimiento sumamente técnico. (Sic).

El Agente del Ministerio Público solicito acceder a las pretensiones de la demanda de tutela en la medida en que la menor hija de los accionantes tiene el derecho a tener un nombre, una nacionalidad, al estado civil, a la identidad, a gozar de una familia a no ser separada de ella, dado que les corresponde a los accionantes la crianza y cuidado de su hija, además de participar activamente en el desarrollo motor y cognitivo que logre la bebé en sus primeros meses de vida, aduciendo que múltiples estudios han evidenciado que el crecimiento sano de un recién nacido depende del vínculo y el apego que logren con sus padres (especialmente en sus primeros meses de vida), el cariño y el acompañamiento que le brinden al bebé juega un papel de suma importancia, ya que fortalece su seguridad y lazos de confianza. UNICEF, 2001, Guía sobre pautas de crianza. Así mismo que si bien hay escasa jurisprudencia colombiana, sobre la maternidad subrogada también lo es que esta no se encuentra prohibida en Colombia, más aún cuando la doctrina ha manifestado que las técnicas de reproducción asistida están legitimadas jurídicamente, en virtud del artículo 42 de la Constitución Política, siendo una de ellas la maternidad subrogada. Sentencia T -968 - 09. MP. María Victoria Calle Correa.

CONSIDERACIONES DEL JUZGADO

La Constitución Política de 1991, en su artículo 86¹, consagra que "toda persona" tiene la posibilidad de solicitar la protección inmediata de sus derechos fundamentales

¹ Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la

amenazados o vulnerados, mediante el uso de la acción de tutela. Asimismo, el artículo 10 del Decreto Estatutario 2591 de 1991 establece que "cualquier persona" puede acudir al mecanismo de amparo constitucional cuando se enfrente a las mismas circunstancias. En ese sentido, no se diferencia entre la persona natural o jurídica, nacional o extranjera y, por tanto, legitima a todo titular de un derecho fundamental amenazado o lesionado, para solicitar el restablecimiento ante los jueces de la República.

Tal precepto aplica a los extranjeros que también son titulares de este mecanismo de defensa, en armonía con lo dispuesto en el artículo 13 de la Carta y 100 y que los faculta con los mismos derechos civiles que se conceden a los nacionales dado que a nadie se le puede discriminar por razón de su "origen nacional".²

El artículo 14 de la Constitución Política de Colombia consagra que "(t)oda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica", surgiendo para el Estado la obligación de brindar los medios y mecanismos necesarios para que el ciudadano pueda ejercer libremente tal personería, sin obstáculos injustificados, que para este caso es el registro civil de nacimiento, a partir del cual se genera el reconocimiento con el que devienen los atributos propios de la personalidad.

En ese sentido, el registro consiste en la idoneidad con la que cuentan todos los miembros de la sociedad para ser titulares de sus intereses. Sin embargo, en sentencia C-109 de 1995 la Corte Constitucional reconoció que "el derecho a la personalidad jurídica no se reduce únicamente a la capacidad de la persona humana a ingresar al tráfico jurídico y ser titular de derechos y obligaciones sino que comprende, además, la posibilidad de que todo ser humano posea, por el simple hecho de existir e independientemente de su condición, determinados atributos que constituyen la esencia de su personalidad jurídica e individualidad como sujeto de derecho. Son los llamados atributos de la personalidad".

Asimismo, la Corte en la SU-696 de 2015 determinó que, en relación con los atributos de la personalidad, "uno de los más importantes es el estado civil en la medida en que a través del mismo se logra identificar y diferenciar a la persona del resto de ciudadanos". Es así como el Decreto 1260 de 1970 señala en su artículo 52, el contenido del registro civil de nacimiento, acto necesario para que se dé un pleno reconocimiento de la personería jurídica y de los diferentes atributos que devienen con esta.

En síntesis, el derecho a la personalidad jurídica no solo comprende la posibilidad que tienen los individuos de ingresar al tráfico jurídico, sino que también incluye todas las características individuales asociadas a su condición de persona. En tal virtud, el registro civil se convierte en el instrumento necesario para concretar dicho derecho, y conlleva el reconocimiento de unas características y atributos propios de la persona, entre las cuales están su nacionalidad, filiación y nombre, además de otras que resultan necesarias para el ejercicio de diferentes derechos.

El alquiler de vientre o útero, conocido también como maternidad subrogada o maternidad de sustitución, ha sido definido por la doctrina como "el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste." En este evento, la mujer que gesta y da a luz no aporta sus óvulos. Las madres sustitutas aceptan llevar a término el embarazo y una vez producido el parto, se comprometen a entregar el hijo a las personas que lo encargaron y asumieron el pago de una suma determinada de dinero o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto.

En el ordenamiento jurídico colombiano no existe una prohibición expresa para la realización de este tipo convenios o acuerdos. Sin embargo, respecto de las técnicas de reproducción asistida, dentro de las cuales se ubica la maternidad subrogada o sustituta, la doctrina ha considerado que están legitimadas jurídicamente, en virtud del artículo 42-6 constitucional, el cual prevé que "Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes." La doctrina ha llegado a considerar la maternidad

protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública".

² sentencia T-1088 de 2012

sustituta o subrogada como un mecanismo positivo para resolver los problemas de infertilidad de las parejas, y ha puesto de manifiesto la necesidad urgente de regular la materia para evitar, por ejemplo, la mediación lucrativa entre las partes que llegan a un acuerdo o convenio de este tipo; la desprotección de los derechos e intereses del recién nacido; los actos de disposición del propio cuerpo contrarios a la ley; y los grandes conflictos que se originan cuando surgen desacuerdos entre las partes involucradas.

ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO

En virtud de lo expuesto y de conformidad con el Artículo 44 de la Constitución Política son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separado de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación entre otros, deben ser protegidos por la Familia, sociedad y el Estado, pues prevalecen sobre los demás.

Esta protección reforzada de los derechos de los niños, según la jurisprudencia constitucional, encuentra sustento en tres (3) razones principales: i) su situación de fragilidad frente al mundo, en mayor o menor grado dependiendo de su desarrollo personal; (ii) es una manera de promover una sociedad democrática en la que sus miembros conozcan y compartan los principios de libertad, igualdad, tolerancia y solidaridad; y (iii) es una forma de corregir el déficit de representación política que padecen los niños en nuestro sistema político, al no poder participar directamente en el debate legislativo.³

Este tratamiento preferencial del menor como interés jurídico relevante, encuentra un claro respaldo y reconocimiento en el derecho internacional contemporáneo a través del llamado principio del interés superior del menor, consagrado por primera vez en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre derechos del niño, y posteriormente reproducido en otros instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Sobre Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Igualmente, el Código de la Infancia y la Adolescencia, en su artículo 9 ha consagrado la prevalencia de los derechos de los menores, al disponer que (i) "en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona"; y (ii) "en caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente."

Bajo tal precepto, considera esta autoridad en sede de tutela que se flagela en este caso la personalidad jurídica el cual corresponde al estado civil de la menor Alma, en la medida en que a través del mismo se logra identificar y diferenciar a la persona del resto de ciudadanos y que conlleva al reconocimiento y ejercicio de unas características y atributos propios de la persona, entre las cuales están su nacionalidad, filiación y nombre, además de otras que resultan necesarias para el ejercicio de diferentes derechos de la menor involucrada en este asunto, dado que a la fecha no ha sido registrada por sus padres como tal, más aún en su estado de indefensión al contar a penas tres meses de nacida, ahora bien, es relevante para el estudio que los accionantes señores Daniel Fernando Rodríguez Fernández y Marines Larrazabal López han adelantado los trámites propios en busca de ingresar al País de forma legal utilizando los medios necesarios para garantizar a su hija los derechos que le asisten sin que ello tuviera éxito, situación que requiere protección y por ende la prosperidad de las pretensiones invocadas.

Así las cosas y en vista de la protección que se le debe brindar a la menor por parte del Estado Colombiano en cumplimiento a lo previsto en el Artículo 44 de la Constitución Política, que se ha considerado que la maternidad asistida está legitimadas jurídicamente, en virtud del artículo 42.6 ibídem y la necesidad de la niña de ser reconocida su personalidad jurídica, se tutelaran los derechos fundamentales deprecados por sus progenitores y como consecuencia de ello se ordenará al Ministerio de Relaciones Exteriores y a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia se autorice el ingreso de los ciudadanos Daniel Fernando Rodríguez Fernández y Marines

³ Sentencia C-796 de 2004 (MP. Rodrigo Escobar Gil).

Larrazabal López al territorio Colombiano, para cuyo efecto deberá autorizarse la visa de visitante y el ingreso de los ciudadanos Venezolanos a este país sin dilación alguna y demás trámites para que los mismos puedan conocer a su menor hija. Así mismo, se autoriza el traslado de las señoras Manuela Esperanza Orjuela Moncaleano y Yolanda Hernández a la ciudad de Cúcuta para lo cual se ordenará al Ministerio de Transporte incluirlas en las bases de datos correspondientes para su libre circulación. Para tal efecto se concederá el término de 48 horas contados a partir de la notificación de la sentencia.

No obstante, lo anterior se advierte a los accionantes, así como a las señoras Manuela Esperanza Orjuela Moncaleano y Yolanda Hernández seguir estrictamente las recomendaciones de bioseguridad y autocuidado para la prevención y mitigación del Covid- 19.

Para efectividad del cumplimiento de esta sentencia se ordenará la intervención de la Procuraduría General de la Nación así como del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Por lo expuesto, el Juzgado Veinticuatro de Familia de Bogotá, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO. - TUTELAR los derechos que le asisten a los señores Daniel Fernando Rodríguez Fernández y Marines Larrazabal López en representación de su menor hija, con fundamento en la motivación que antecede

SEGUNDO. - ORDENAR al Ministerio de Relaciones Exteriores y a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia se autorice el ingreso de los ciudadanos Daniel Fernando Rodríguez Fernández y Marines Larrazabal López al territorio Colombiano, para cuyo efecto deberá autorizarse la visa de visitante y emitir las autorizaciones correspondientes para el ingreso de los ciudadanos Venezolanos a este país sin dilación alguna. Para tal efecto se concederá el término de 48 horas contados a partir de la notificación de la sentencia.

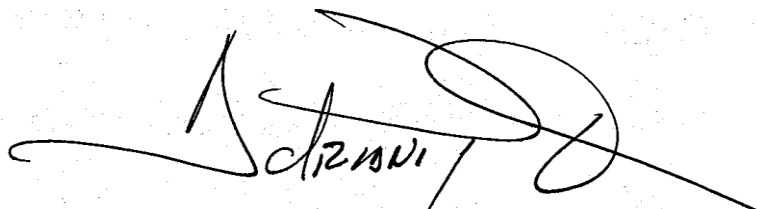
TERCERO.- ORDENAR al Ministerio de Transporte incluir en sus bases de datos los traslados que realicen las señoras Manuela Esperanza Orjuela Moncaleano y Yolanda Hernández desde de Bogotá a la ciudad de Cúcuta. Para tal efecto se concederá el término de 48 horas contados a partir de la notificación de la sentencia.

CUARTO.- SOLICITAR a la Procuraduría General de la Nación y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, asistencia y vigilancia en el cumplimiento de las órdenes aquí impartidas.

QUINTO.- NOTIFICAR esta decisión a todas las partes involucradas en este asunto, por el medio más ágil y eficaz.

SEXTO.- REMITIR en caso de que no sea impugnado este fallo, la actuación a la Honorable Corte Constitucional para una eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



ADRIANA PATRICIA DÍAZ RAMÍREZ
Jueza