

TEMA: PODER - De la legitimación por activa según el poder arrimado. Es preciso indicar que se tiene que la acción de tutela es de naturaleza especial, teniendo un trámite preferencial e informal; sin embargo, no le son ajenos algunos presupuestos básicos de ciertos actos procesales, tal es el caso de la legitimación en la causa, bien sea por activa o pasiva. / **MATERNIDAD SUBROGADA** - La maternidad subrogada con fines económicos tiene elementos que configuran una clara explotación de la mujer, como ser humano y como madre, ignorándose la protección del menor, y transgrediéndose a ambos la dignidad e igualdad como valores supremos en nuestra Constitución.

HECHOS: El asunto a dirimir, radica en verificar si es procedente revocar la Sentencia de Primera Instancia; analizándose dentro de un contrato “de subrogación de la maternidad” celebrado entre las partes, si es posible (i) prohibir la salida del país de la citada menor; y, (ii) ordenar la prueba de ADN para establecer la aludida filiación. Por lo que en el caso en estudio se pretende la salvaguarda del artículo 44 de la Constitución, de donde deriva que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás, punto este recalcado en la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, ratificado por Colombia a través de la Ley 12 de 1.991.

TESIS: Del artículo 14 del Decreto 2591 de 1.991 se tiene que la acción de tutela es de naturaleza especial, teniendo un trámite preferencial e informal; sin embargo, no le son ajenos algunos presupuestos básicos de ciertos actos procesales, tal es el caso de la legitimación en la causa, bien sea por activa o pasiva, de lo que el artículo 10° ídem señala que el afectado puede actuar por sí mismo o a través de otro en su nombre, previéndose la posibilidad que un agente oficioso, el Defensor del Pueblo, los personeros municipales, o un representante judicial debidamente habilitado, agencie por derechos ajenos. (...) es claro que la solución brindada por el a quo es la adecuada, (...) sin que el principio de informalidad en la acción que nos ocupa, sea suficiente para vadear el requisito que se echó de menos. (...) (...) las pretensiones en tutela son: 1) prohibir la salida del país a una menor; y, 2) ordenar prueba de ADN para establecer filiación, solicitudes estas en las que no se cumple con el requisito de “subsidiariedad”, pues ello debe abordarse en el correspondiente proceso de impugnación según se deriva de los artículos 22.2 y 386.2 del C. G. del P., último que señala que desde el auto admisorio “...el juez ordenará aún de oficio, la práctica de una prueba con marcadores genéticos de ADN o la que corresponda con los desarrollos científicos... Así mismo y en aras del interés superior del menor, es el Juez de Familia quien a solicitud de parte o de oficio, toma las medidas frente a cualquier afectación de sus derechos, siendo una eventual medida de protección la prohibición para salir del país. (...) De otro lado, afirma el actor -y anexó un escrito con tales características-, que suscribió con la accionada el documento denominado “Contrato Privado de Maternidad Subrogada”(…) con lo anterior ni más ni menos contractualmente se está pactando la compraventa de seres humanos (cual venta de cosa futura, artículo 1869 C.C.), aprovechándose de la situación económica de la gestante, cuestión que el ordenamiento jurídico censura.(…) En este momento es que debe aplicarse el artículo 11 Constitucional en sus dos últimos incisos, en el entendido que el Estado “... promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.”; y, “... protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”. Tales normas, sin mayores consideraciones adicionales, claman en este caso, por lo que debemos enmarcarlas dentro de la perspectiva de género en favor de la madre vinculada, y

obviamente su infante criatura. (...) (la) maternidad subrogada con fines lucrativos constituye una explotación al cuerpo de la mujer, pues se podría arrendar y explotar con el fin de satisfacer los deseos de otros; ídem, los menores se considerarían objetos de consumo o productos comerciales que “se encargan, se compran, se venden e incluso se devuelven o se cambian si no se satisface al cliente.”, reduciéndose el tema de amor a meros objetos de uso. (...) Entendiéndose que lo anterior fundamenta el por qué la maternidad subrogada con fines económicos tiene elementos que configuran una clara explotación de la mujer, como ser humano y como madre, ignorándose la protección del menor, y transgrediéndose a ambos la dignidad e igualdad como valores supremos en nuestra Constitución.(...) Como conclusión, ninguna perspectiva en el ordenamiento jurídico da espacio para la desmesurada pretensión del actor, por lo que en tales términos, el amparo ha de negarse.

MP. JOSÉ ÓMAR BOHÓRQUEZ VIDUEÑAS

FECHA: 01/11/2023

PROVIDENCIA: SENTENCIA DE TUTELA

ACLARACIÓN DE VOTO: MARTÍN AGUDELO RAMÍREZ



TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA PRIMERA CIVIL

Medellín, primero (1º) de noviembre de dos mil veintitrés (2.023)

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ OMAR BOHÓRQUEZ VIDUEÑAS.
TUTELA: 05001-31-03-012-2023-00388-01

Accionante: ROBERT EDWARD SLIWINSKI.

Accionado: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR y otra.

Extracto: 1. De la legitimación por activa según el poder arrimado.
2. De la improcedente del amparo por la ausencia del requisito de la subsidiariedad.
3. De la aplicación de la perspectiva de género. Confirma agregando consideraciones.

ASUNTO A TRATAR

La Sala resuelve la impugnación interpuesta por la parte actora, contra la sentencia calendada el doce (12) de octubre de dos mil veintitrés (2.023), proferida por el JUZGADO DOCE CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD de Medellín.

ANTECEDENTES

Según la acción y sus anexos, el 23 de enero hogaño el ciudadano estadounidense ROBERT EDWARD SLIWINSKI, suscribió contrato “*de subrogación de la maternidad*” con la también accionada LEIDY VANESA CEBALLOS RESTREPO, quien es nacional Colombiana.

Entre las obligaciones de las partes se convino que el primero aportaría material genético -esperma- para convertirse en padre biológico,

mientras que la segunda siendo la gestante, no podía retractarse de entregar a la persona que naciera.

No obstante, en la sexta semana de gestación CEBALLOS RESTREPO expresó que no entregaría la niña, ante lo cual su contraparte contractual y según la recomendación del abogado, le suspendió los auxilios económicos, rompiéndose desde ese momento la comunicación entre las partes.

El 20 de septiembre hogaño, el señor SLIWINSKI y su pareja deciden trasladarse a Medellín, y luego de visitar clínicas de la ciudad, tuvieron conocimiento que el 3 de agosto del corriente, CEBALLOS RESTREPO dio a luz una niña, que según sus averiguaciones fue registrada con el nombre de DLPC a quien se le asignó el registro civil 1.013.382.019, figurando como padre JEFFERSON ALEJANDRO PADIERNA OCAMPO cuya cédula de ciudadanía es la 1.128'436.105.

Que el 22 de septiembre de 2.023 “se vio” a la señora CEBALLOS RESTREPO salir de un centro médico pero sin la menor, por lo que no se le increpó ante el temor que se trasladaran de la ciudad; además que sigue sin contestar llamadas y mensajes del demandante, quien a propósito, el 29 de septiembre pasado acudió al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (ICBF) buscando se prohíba la salida del país de la niña, además que se le practique prueba de ADN para establecer su verdadera filiación, pero tal Instituto le informó que carece de competencia para dichas medidas.

Por lo expuesto, considera vulnerado el derecho a la familia y a no ser separado de ella, el que se pretende sea tutelado ordenando a quien sea competente: (i) prohibir la salida del país de la citada menor; y, (ii)

ordenar la prueba de ADN para establecer la aludida filiación. Estos pedidos también se presentaron como medida provisional.

TRÁMITE PROCESAL, PRUEBAS Y CONTRADICCIÓN:

Por auto del 29 de septiembre de 2.023 se admitió la acción. En este trámite se dispuso la vinculación de: MIGRACIÓN COLOMBIA, REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL; FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN; CELAGEM - SURROGACY IN COLOMBIA; y el ciudadano JEFFERSON ALEJANDRO PADIERNA OCAMPO; surtiéndose los traslados del caso. Como medida provisional se ordenó a MIGRACIÓN COLOMBIA prohibir la salida del país de la niña DANA LUCIA, e hizo requerimientos¹:

Dentro del traslado la señora CEBALLOS RESTREPO, refiriéndose a cada uno de los hechos de la tutela, expresó que el contrato arrimado con el escrito de tutela, no es el mismo que firmó, y que su inconformidad empezó por la afiliación al sistema de la seguridad social; y en abril hogaño tomó “*la decisión de no entregarles a mi hija*”, a lo que le pidieron interrumpir el embarazo, y como se negó recibió amenazas e intimidaciones, incluso fue víctima persecución por parte de la Clínica CELAGEM - SURROGACY IN COLOMBIA, hecho del que informó a la FISCALÍA y por lo que se le dio medida de protección.

¹ Entre tales se encuentran: “... CUARTO: De cara a la legitimación en la causa por activa, se requiere al Dr. NICOLAS CAMILO FERNÁNDEZ ALFONSO y al Dr. NICOLAS ARANGUREN CUBILLOS, para que en el término de dos (2) días aporten poder especial debidamente conferido para actuar en este trámite constitucional, o en caso contrario indiquen en que calidad actúan. (...) SEXTO: Se REQUIERE al accionante para que en el término de dos (2) días, explique detalladamente las circunstancias del caso, y además, para que indique cuál es la pretensión en sede de tutela... “SÉPTIMO: REQUERIR a la REGISTRADURÍA NACIONAL DE ESTADO CIVIL, para que en el término de dos (2) días, aporte copia del registro civil de nacimiento de la menor DANA LUCIA PADIERNA CEBALLOS con número 1.013.382.019.”.

Reconoció que dejaron de enviarle aportes económicos, y que recibió citación del ICBF para verificación de derechos de la menor; y finalizó indicando que no tiene interés en trasladar a la menor fuera del país.

El ICBF a través de la Defensora de Familia del Centro Zonal Nororiental de Medellín, indicó que existe un vacío normativo sobre el alquiler de vientre y/o maternidad subrogada, y que el 27 de septiembre de 2.023 conoció del asunto de marras en el que el hoy actor bajo los mismos hechos de esta acción, solicitó la intervención del ICBF (radicado 11065560); por ello, al día siguiente (28 de septiembre), se expidió la *“Citación a Diligencia de Verificación de Derechos”*, sin que ameritara la adopción de medidas urgentes, y contando con el deber de garantía en los derechos de los niños, está dentro del término para definir conforme las Leyes 1098 de 2.006 y 1878 de 2.018.

Que la práctica de la prueba de ADN es competencia del Juez de Familia en el proceso de impugnación de la paternidad, donde se debatirá lo pertinente. Solicitó ser desvinculada.

El CENTRO DE FERTILIDAD REPRONAT S.A.S., adujo que ofrece servicios médicos especializados en fertilidad, genética y diagnóstico molecular, siendo su énfasis la medicina reproductiva y la reproducción asistida. En esos términos, dijo que se limitó a efectuar estudios a LEIDY VANESA, para establecer su buen estado de salud. También deprecó ser desvinculada, pues dijo que no ha vulnerado derechos.

El Fiscal Local Delegado 40 de la Unidad Estructura de Apoyo - EDA Falsedades, precisó que conoce de la noticia criminal 050016099166202277505, donde LEIDY VANESA denunció hechos de suplantación (falsedad personal), aduciendo que no suscribió un contrato de subrogación. Sostuvo que procederá a proponer un

programa metodológico, aunque no tiene incidencia frente a lo peticionado en tutela.

La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN COLOMBIA, señaló que con ocasión a la medida provisional decretada por el *a quo*, procedió a prohibir la salida del país de la menor DLPC, sin que existan hechos sobre su responsabilidad en el caso objeto de la acción.

La REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL manifestó que la menor PADIERNA CEBALLOS se identifica con el R.C. 1.013.382.019, donde como padres registran LEIDY VANESA CEBALLOS RESTREPO y JEFFERSON ALEJANDRO OCAMPO PADIERNA, registro que *“se encuentra en estado válido.”*, el cual arrió diciendo que no tiene competencia frente a lo pretendido.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

La *a quo* después de referir a la acción, contradicción y trámite procesal, explicó que esta tutela fue presentada mediante apoderado, y aunque se arrió un poder, este se dirigió al *“Juzgado 38 Penal Municipal, y no refiere que haya sido emitido para presentar acción constitucional”*, de ahí el requerimiento que hizo en el auto admisorio.

Que la parte actora, tratando de cumplir lo exigido, allegó el mismo escrito; sin embargo, este no acreditó la legitimación para actuar, pues *“no fue conferido para actuar en este trámite constitucional.”*

Así las cosas, declaró ausente la legitimación por activa, y en consecuencia, revocó la medida provisional decretada desde el inicio.

DE LA IMPUGNACIÓN:

La parte actora impugnó diciendo que conforme al artículo 228 de la Carta Política, debe prevalecer el derecho sustancial sobre el procesal, por lo que ha de efectuarse un análisis constitucional considerando los derechos del menor; entonces, que debió solicitársele la aclaración del poder, sino contemplar la agencia oficiosa.

Destacó que está a la espera de un informe pericial para iniciar el proceso de impugnación de la maternidad y paternidad².

Sin más intervenciones es del caso resolver la alzada, previas:

CONSIDERACIONES

INTROITO:

La acción de tutela tiene cabida para la salvaguarda de los derechos fundamentales cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o particular en los casos previstos en la ley, y deberá utilizarse siempre que no esté contemplado otro medio para su protección.

² En el escrito de impugnación se deprecó como “medida cautelar”, la entrega de la menor a su grupo familiar biológico, mientras que el Juez de familia define lo pertinente. Tal pedido fue negado por esta Corporación en auto del 30 de octubre de 2.023.

En el caso en estudio se pretende la salvaguarda del artículo 44 de la Constitución³, de donde deriva que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás, punto este recalcado en la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, ratificado por Colombia a través de la Ley 12 de 1.991.

Del poder especial para la tutela:

Del artículo 14 del Decreto 2591 de 1.991 se tiene que la acción de tutela es de naturaleza especial, teniendo un trámite preferencial e informal; sin embargo, no le son ajenos algunos presupuestos básicos de ciertos actos procesales, tal es el caso de la legitimación en la causa, bien sea por activa o pasiva, de lo que el artículo 10° ídem señala:

“La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

“También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

“También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.”

³ Dicha norma reza así: “ARTICULO 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

“La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

“Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.”

En esos términos, el afectado puede actuar por sí mismo o a través de otro en su nombre, previéndose la posibilidad que un agente oficioso, el Defensor del Pueblo, los personeros municipales, o un representante judicial debidamente habilitado, agencie por derechos ajenos.

En esta oportunidad el poder arrimado se dirigió al “*JUZGADO 38 PENAL MUNICIPAL*”⁴, autoridad judicial a quien en principio se le asignó esta acción, pero tal Despacho al advertir la ausencia de competencia funcional, en auto del 29 de septiembre de 2.023 remitió el asunto para ser repartido a los Jueces del Circuito.

Sobre el referido mandato, la Corte Constitucional ha indicado que:

“21. Ahora bien, en lo que tiene que ver con el apoderamiento judicial en materia de tutela, esta Corporación ha precisado que *i)* es un acto jurídico formal, por lo cual debe realizarse por escrito; *ii)* se concreta en un escrito, llamado poder que se presume auténtico; *iii)* debe ser un poder especial; *iv)* el poder conferido para la promoción o para la defensa de los intereses en un determinado proceso no se entiende conferido para instaurar procesos diferentes, así los hechos que le den fundamento a estos tengan origen en el proceso inicial; *v) el destinatario del acto de apoderamiento sólo puede ser un profesional del derecho habilitado con tarjeta profesional.*

...

“27. Ahora bien, en aquellos eventos en los cuales la acción de tutela se presentó por intermedio de apoderado judicial, pero el abogado no contaba con poder especial, la jurisprudencia constitucional señaló, como consecuencia jurídica, la improcedencia de la solicitud de amparo por falta de legitimación en la causa por activa...

...

“28. De conformidad con lo anterior, para esta Sala de Revisión resulta claro que la postura de la Corte Constitucional ha sido pacífica respecto de declarar la falta de legitimación en la causa por activa, en aquellos eventos en los cuales se presenta una carencia de poder para formular acción de tutela por conducto de apoderado judicial...”⁵

Del anterior precedente, en el que se sigue la línea jurisprudencial⁶, es claro que la solución brindada por el a quo es la adecuada, por lo que

⁴ Ver folios 20-21 del archivo 02 en el cuaderno de la primera instancia.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-024/19.

⁶ En el mismo se hace recuento de las sentencias T-001 de 1997, T-531 de 2002, T-658 de 2002, T-664 de 2011 dimanados de la misma alta Corte, y que se refirieron sobre la materia.

el fallo atacado está llamado a ser confirmado, sin que el principio de informalidad en la acción que nos ocupa⁷, sea suficiente para vadear el requisito que se echó de menos.

No obstante, la Sala realiza las siguientes consideraciones adicionales en aras de la motivación, para indicar que además del referido aspecto formal, existen argumentos adicionales para denegar la protección reclamada.

ADENDA:

En primer lugar, las pretensiones en tutela son: 1) prohibir la salida del país a una menor; y, 2) ordenar prueba de ADN para establecer filiación⁸, solicitudes estas en las que no se cumple con el requisito de “subsidiariedad”, pues ello debe abordarse en el correspondiente proceso de impugnación según se deriva de los artículos 22.2 y 386.2 del C. G. del P., último que señala que desde el auto admisorio “...*el juez ordenará aún de oficio, la práctica de una prueba con marcadores genéticos de ADN o la que corresponda con los desarrollos científicos...*”.

⁷ Sobre el principio de informalidad en asuntos de tutela, la Corte Constitucional, ha indicado: “*Por el principio de informalidad la acción de tutela no se encuentra sujeta a formulas sacramentales ni a requisitos especiales, que puedan desnaturalizar el sentido material de protección que la propia Constitución quiere brindar a los derechos fundamentales de las personas por conducto de los jueces. En aplicación de este principio, la presentación de la acción sólo requiere de una narración de los hechos que la originan, el señalamiento del derecho que se considera amenazado o violado, sin que sea necesario citar de manera expresa la norma constitucional infringida, y la identificación de ser posible de la persona autora de la amenaza o agravio. Adicionalmente, la presentación de la acción no requiere de apoderado judicial, y en caso de urgencia, o cuando el solicitante no sepa escribir, o sea menor de edad, podrá ser ejercida de manera verbal.*”. Sentencia C-483/08

⁸ Archivo 02 y 12 ídem.

Así mismo y en aras del interés superior del menor, es el Juez de Familia quien a solicitud de parte o de oficio, toma las medidas frente a cualquier afectación de sus derechos, siendo una eventual medida de protección la prohibición para salir del país.

Es por lo anterior que la acción es improcedente en los términos del numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1.991.

De otro lado, afirma el actor -y anexó un escrito con tales características-, que suscribió con la señora CEBALLOS RESTREPO el documento denominado “*Contrato Privado de Maternidad Subrogada*”. Tal pacto se incorporó, y en el mismo podemos advertir:

CLÁUSULA PRIMERA: Aclaraciones y Antecedentes. 1. (A), cuenta con su núcleo familiar propio y dadas las condiciones actuales de este no tiene la posibilidad de procrear un hijo propio, por lo que requiere de la colaboración altruista de una madre subrogada que preste su vientre para procrear, gestando un hijo suyo concebido por fecundación in vitro con material genético donado anónimamente, específicamente (J). 2. La madre subrogada con total respeto y acogimiento de las normas legales vigentes y de la jurisprudencia que así las soporte con sujeción a la Constitución política de Colombia, ha brindado su consentimiento para someterse al programa de Ovodonación Niño Sano en casa, ajustado a los servicios de salud y fertilidad que brinda la sociedad CORPORACIÓN REPRONAT S.A.S, bajo la dirección del experto Bioanalista y Embriólogo Dr. Pedro Martínez 3. La madre subrogada, es mayor de edad, madre de (H) hijos, resolviendo de tal manera su condición de madre. 4. La madre subrogada se encuentra actualmente en plenas condiciones físicas, psiquiátricas y psicológicas, idóneas para prestar altruistamente su vientre con el fin de gestar un hijo con los componentes biológicos de (A). 5. La madre subrogada no tiene la intención de crear y consolidar una relación de madre e hijo con el menor(es) gestado(s) en su vientre, menor(es) el cual no posee material genético de La madre subrogada. 6. La madre subrogada no tiene fines lucrativos con la realización del procedimiento de reproducción humana asistida científicamente, sino es de carácter altruista con el único fin de ayudar a (A) para concebir un hijo. 7. Ambas partes se han sometido a unas evaluaciones de personal profesional, autorizado y certificado con el fin de valorar su salud física, psiquiátrica y psicológica, con el único fin de establecer que se encuentran en condiciones óptimas para realizar el objeto del presente contrato, así como a cumplir todas las obligaciones que en el mismo se insertan. 8. Entiéndase por médico tratante aquel profesional de la salud encargado del procedimiento de fertilidad humana asistida científicamente, especialmente quien se encuentre

a cargo del procedimiento de maternidad subrogada y sea quien realice el seguimiento previo, durante y después del embarazo.

Más adelante señala:

CLÁUSULA SEGUNDA: Objeto. El presente contrato tiene por objeto la realización del método de reproducción humana asistida científicamente denominada *Maternidad Subrogada* ó *Maternidad por Sustitución*, definido como el acto reproductor que genera el nacimiento de un o unos niños gestados por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido; sin que la mujer que gesta aporte sus óvulos o material genético propio alguno. Las madres sustitutas aceptan llevar a término el embarazo y una vez producido el parto, se comprometen a entregar el hijo(s) a las personas que le encargaron dicha labor. (E) realizara el procedimiento de reproducción humana asistida científicamente mencionado anteriormente de manera altruista sin remuneración alguna, recibiendo por medio del método de fertilidad in vitro en su vientre subrogado un(os) embrión(es) conformado (s) por material genético de (A) específicamente (I) y material genético donado específicamente (J), generando un embarazo y manteniendo el mismo hasta el momento del respectivo parto. El procedimiento de reproducción humana asistida científicamente se realizará por la **CORPORACIÓN REPRONAT S.A.S.** bajo la supervisión y dirección del médico experto Bioanalista y Embriólogo Dr. Pedro Martínez y su equipo profesional.

Y pese a hablarse de gratuidad, a la gestante se le daría un “apoyo económico” (sic) de \$1’800.000,00 mensuales por el término de doce (12) meses; y aquella a cambio, principalmente, entregaría a su hijo al momento que naciera.

Pues bien, con lo anterior ni más ni menos contractualmente se está pactando la compraventa de seres humanos (cual venta de cosa futura,

artículo 1869 C.C.), aprovechándose de la situación económica de la gestante⁹, cuestión que el ordenamiento jurídico censura.

Llega alguien del primer mundo al tercer mundo a adquirir un ser humano como si se tratara de una mercancía. ¿Cuál será el paso siguiente?; ¿será accionar por vicios redhibitorios?

En este momento es que debe aplicarse el artículo 11 Constitucional en sus dos últimos incisos, en el entendido que el Estado “... *promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.*”; y, “... *protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.*”.

Tales normas, sin mayores consideraciones adicionales, claman en este caso, por lo que debemos enmarcarlas dentro de la perspectiva de género¹⁰ en favor de la madre vinculada, y obviamente su infante criatura.

Reforzando la anterior idea, destacamos la exposición de motivos del proyecto de Ley 118 de 2.019, “*Por medio de la cual se prohíbe la maternidad subrogada con fines de lucro y se establecen los parámetros generales para la práctica de la maternidad subrogada con fines altruistas*”, en el que se reconoció que el único referente legal

⁹ Obsérvese su lugar de residencia -según el “contrato” soporte de la acción-, que conforme los registros oficiales residen personas de menores recursos económicos. Para el efecto ver https://www.medellin.gov.co/irj/go/km/docs/pccdesign/SubportaldelCiudadano_2/PlandeDesarrollo_0_17/IndicadoresyEstadsticas/Shared%20Content/Documentos/VIVIENDAS_DEFINITIVAS_2012.pdf; ello en la página oficial del municipio de Medellín.

¹⁰ Entiéndase tal concepto como “2°. *La perspectiva de género en las providencias judiciales, como medio para erradicar toda forma de violencia y discriminación contra la mujer y, 3°. Las formas de violencia contra la mujer, especialmente, en el ámbito institucional y económico.*” Corte Constitucional, Sentencia T-224/23.

sobre la práctica de maternidad subrogada en Colombia es la sentencia T - 968 de 2.009 dimanada de la Corte Constitucional¹¹.

Se explicó que maternidad subrogada con fines lucrativos constituye una explotación al cuerpo de la mujer, pues se podría arrendar y explotar con el fin de satisfacer los deseos de otros; ídem, los menores se considerarían objetos de consumo o productos comerciales que “*se encargan, se compran, se venden e incluso se devuelven o se cambian si no se satisface al cliente.*”, reduciéndose el tema de amor a meros objetos de uso. Sobre el punto, en tal proyecto de Ley se dijo que:

“La Organización Profesionales por la Ética (ONG española que desde 1992 estudia el tema), se ha encargado de documentar ejemplos y presentarlos en el Parlamento Europeo para demostrar estos dos supuestos de explotación a la mujer y al menor.

“En 2014 denunciaron, por ejemplo, como una pareja homosexual de australianos dejó abandonado en Tailandia un bebé nacido con síndrome de Down, pero se llevaron a su gemela que nació sana. En este caso, la madre gestante se quedó con el bebé enfermo, a pesar de su situación económica, y solicitó que se le devolviese a la niña sana, pero se le denegó y la niña se quedó con los dos hombres que la compraron.

“Este ejemplo ilustra cómo cuando un bebé es fruto de una compraventa, lo que se espera, y por tanto se puede exigir, es que el bebé objeto del contrato tenga una garantía de calidad o que se pueda devolver si uno no queda satisfecho con el producto”.¹²

¹¹ En esta decisión, la Corte estableció unos requisitos mínimos para entender la validez de la figura de maternidad subrogada, tales son:

“A) La mujer solicitante debe tener problemas fisiológicos para concebir.

“B) Los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante (quien facilita el vientre).

“C) La mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas.

“D) La mujer gestante debe cumplir una serie de requisitos como mayoría de edad, salud psicofísica y haber tenido hijos.

“E) La mujer gestante debe tener la obligación de someterse a las valoraciones psicológicas exámenes pertinentes antes, durante, y después del embarazo.

“F) Se debe preservar la identidad de las partes.

“G) La mujer gestante, una vez firmado el consentimiento informado, e implantado el material reproductor o gametos, no pueda retractarse de la entrega del menor.

“H) Los padres solicitantes no pueden rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia.

“I) La muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor.

“J) La mujer gestante sólo pueda interrumpir el embarazo por prescripción médica”.

¹² Sobre el punto, la Corte Constitucional después de advertir el “*Vacío legislativo sobre la «maternidad subrogada»*”, anotó: “*En conclusión, esta Corte lleva más de doce años*

El aspecto económico que rodea la maternidad subrogada también fue resaltado de la siguiente manera:

“Es importante tener en cuenta, como lo señala el Parlamento Europeo, que esta explotación se concentra especialmente en las mujeres de países pobres o menos desarrollados. Las organizaciones Early Institute, y Center for social Research, (Organizaciones No Gubernamentales dedicadas a este estudio), han demostrado que en los países del primer mundo que la permiten, los costos del proceso son muy altos en comparación con los que se ofrecen en países en vías de desarrollo.

“Por ejemplo, en Estados Unidos y en Europa Occidental el alquiler de vientre oscila entre \$100 – 150mil dólares, mientras que en Colombia, entre \$ 4 mil – 10mil dólares (Según ofertas en clasificados). Es decir, en Colombia es 93.3% más económico.”

Entendiéndose que lo anterior fundamenta el por qué la maternidad subrogada con fines económicos tiene elementos que configuran una clara explotación de la mujer, como ser humano y como madre, ignorándose la protección del menor, y transgrediéndose a ambos la dignidad e igualdad como valores supremos en nuestra Constitución.

En este proyecto de Ley se intentó crear el tipo penal denominado *“Constreñimiento a la maternidad subrogada con fines de lucro”*, y que la maternidad subrogada con fines altruista sí es posible, eso sí, sólo cuando: 1) Se realice entre nacionales colombianos; 2) Se presente certificado médico en el que se demuestre incapacidad física o biológica para concebir; y, 3) Se realice entre sujetos que gocen de plena capacidad que conste mediante declaración extrajudicial juramentada.

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. Además, el vacío legislativo que existe sobre la materia ha generado una situación jurídica que, de paso, 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... La omisión del Congreso para legislar sobre el asunto. La Sala advierte que en el Congreso de la República se han intentado tramitar por lo menos los siguientes dieciséis proyectos de leyes relacionados con la maternidad subrogada, desde 1998:”. Ver sentencia T 275/22.

Este proyecto de Ley se presentó el 13 de agosto de 2.019, y en últimas fue archivado en los términos del artículo 162 de la Constitución; valga anotar que igual texto ya se había presentado ante el Senado de la República (proyecto – Ley 070 de 2.018); sin embargo, corrió la misma suerte, fue archivado. Ello también sucedió con, entre otros, el proyecto – Ley 263 de 2.020.

Como conclusión, ninguna perspectiva en el ordenamiento jurídico da espacio para la desmesurada pretensión del actor, por lo que en tales términos, el amparo ha de negarse, confirmándose de esta manera la decisión de primera instancia, eso sí, con las consideraciones adicionales que aquí se han presentado, y sin perjuicio que el interesado accione como a bien tenga.

Finalmente, no se compulsarán copias pues el asunto en lo administrativo es de conocimiento del ICBF, y en lo penal se presentó *notitia criminis* ante la Fiscalía General de la Nación, tal como se documentó en las presentes.

Por lo expuesto, la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley:

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia calendada el doce (12) de octubre de dos mil veintitrés (2.023), proferida en el referenciado por el JUZGADO DOCE CIVIL DEL

CIRCUITO DE ORALIDAD de Medellín, con las consideraciones adicionales aquí realizadas.

SEGUNDO: Notifíquese esta decisión por el medio más expedito (artículo 30 Decreto 2591 de 1.991).

TERCERO: Remítase la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de este fallo (artículo 32 ídem).

Notifíquese:



JOSÉ OMAR BOHÓRQUEZ VIDUEÑAS
MAGISTRADO



JULIO NESTOR ECHEVERRY ARIAS
MAGISTRADO



ACLARANDO EL VOTO
MARTÍN AGUDELO RAMÍREZ
MAGISTRADO



ACLARACIÓN DE VOTO

Medellín, primero de noviembre de dos mil veintitrés

05001-31-03-012-2023-00388-01

Magistrado ponente: José Omar Bohórquez Vidueñas

Las pretensiones del tutelante fueron dos: *a)* prohibir la salida del país de la menor Dana Lucía Padierna Ceballos y; *b)* ordenar la práctica de una prueba de ADN “con el fin de establecer la filiación verdadera de la menor”.

Comparto la posición de la Sala mayoritaria respecto a que no se supera el requisito de la subsidiariedad; el escenario idóneo para ventilar lo pretendido es el procedimiento de investigación de la paternidad ante el Juez de Familia. Sin embargo, considero que no eran necesarias las demás consideraciones de fondo que llevaron a la Sala a concluir que: “ninguna perspectiva en el ordenamiento jurídico da espacio para la desmesurada pretensión del actor”.

Si la tutela es improcedente por no superarse la subsidiariedad, en estricta técnica, la Sala de Decisión solo debió motivar la providencia desde la improcedencia formal del amparo; y, en consecuencia, dejar las consideraciones de fondo al juez natural.

Respetuosamente,

MARTÍN AGUDELO RAMÍREZ
Magistrado