

Bogotá D.C. 25 de junio de 2011

**Señor o señora**

**Juez o jueza del circuito**

**Reparto**

**E.**

**S.**

**D.**

*Ref.: Acción de tutela del Sr. CHANDLER ELLIS BURR por violación a sus derechos a la igualdad, el libre desarrollo personalidad y el debido proceso y por la violación de los derechos de sus hijos [REDACTED] a tener una familia y no ser separado de ella, a no ser discriminados en razón del origen familiar y a la educación.*

RODRIGO UPRIMNY YEPES, mayor de edad, domiciliado y residente en la ciudad de Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía 79.146.539 de Bogotá, portador de la Tarjeta Profesional de abogado No. 46043 del Consejo Superior de la Judicatura y director del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad DeJuSticia, actuando, como consta en poder especial anexo, en representación del Sr. CHANDLER ELLIS BURR, mayor de edad y ciudadano norteamericano, identificado con el pasaporte Nro. [REDACTED] y de sus hijos [REDACTED], ciudadano colombiano y menor de edad, identificado con el [REDACTED] y [REDACTED], ciudadano colombiano e identificado con el [REDACTED], acudo a su despacho para presentar, con fundamento en el artículo 86 de la Constitución Política, ACCION DE TUTELA en contra del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF-, con el objeto de invocar la protección de los derechos fundamentales a la igualdad, el libre desarrollo personalidad, el debido proceso del Sr. CHANDLER ELLIS BURR, así como la protección de los derechos de sus hijos [REDACTED] a tener una familia y no ser separados de ella, a no ser discriminados en razón del origen familiar y a la educación.

## **I. HECHOS**

1. El Sr. Chandler Ellis Burr es un ciudadano estadounidense, con un bajo nivel de conocimiento del idioma español, tanto en su comprensión como en el habla.
2. Desde hace dos años, el Sr. Burr inició el proceso de adopción de los niños [REDACTED], dos hermanos de 13 y 8 años, respectivamente, caracterizados como niños de difícil adopción. A lo largo del proceso se cumplieron todos los requisitos y se surtieron las diferentes etapas que establece la ley colombiana y de acuerdo con los convenios internacionales relativos a la adopción.

3. Durante todo este trámite, los niños ██████████ Burr tuvieron varios encuentros personales en Colombia y en Estados Unidos con el señor Chandler Burr, así como varios encuentros por medios virtuales. En virtud de esto, se constituyeron vínculos emocionales entre ambas partes, y se generaron altas expectativas de conformar una familia.
4. Tras la culminación de los trámites administrativos de adopción se expidió la sentencia del correspondiente juez de familia que declaró al Sr. Burr como padre de los niños ██████████. Después de esta declaración judicial, se cumplieron los trámites administrativos nacionales e internacionales que siguen a este fallo judicial y que autorizan al Sr. Burr a llevar a sus hijos fuera de Colombia, si así lo considera pertinente.
5. El día 31 de marzo de 2011, en horas de la mañana, el Sr. Burr se encontraba con sus hijos cerca de la sede nacional del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF-, y decidió aproximarse a hablar con algunos funcionarios de la institución para despedirse.
6. El Sr. Burr sostuvo una conversación informal, sin presencia de un traductor, con la Sra. Ilvia Ruth Cárdenas, Subdirectora de Adopciones del ICBF. Durante la conversación, el Sr. Burr manifestó su inquietud por el temor que existe en Colombia frente a la adopción por parte de personas homosexuales y dio a entender que siendo él un hombre gay, nunca fue considerado como no apto para adoptar. Ante este comentario, la Sra. Cárdenas, le preguntó al Sr. Burr si él tenía pareja, a lo que él respondió afirmativamente.
7. Después de esta conversación, el Sr. Burr se dirigió junto con sus hijos a la Embajada de los Estados Unidos en Colombia con el fin de recoger las visas de estos, ya que ese mismo día viajarían a Estados Unidos a iniciar una nueva vida como familia.
8. Una vez en la Embajada, se le informó al Sr. Burr, que debido a una comunicación de funcionarios del ICBF que solicitaban impedir la salida del país de los niños ██████████ de Colombia, había sido negada la visa, a pesar de haber sido tramitada favorablemente (se impuso un sello de “negación sin prejuicio”, de forma transitoria).
9. Ante esta situación, el Sr. Burr se dirigió nuevamente al ICBF y solicitó explicaciones al respecto. El Sr. Burr habló en forma privada con la Sra. Cárdenas, quien le informó que al día siguiente se iniciaría un proceso de restablecimiento de derechos de los niños.
10. En ese mismo momento, los niños ██████████ fueron entrevistados por un funcionario del ICBF.
11. El mismo 31 de marzo la Subdirectora de Adopciones radicó ante el ICBF una denuncia de amenaza a los derechos de los niños ██████████ en la que solicitó verificar la situación de sus derechos y adelantar un proceso administrativo de restablecimiento de derechos.
12. A raíz de esta denuncia, se realizó la verificación de derechos de los niños y se estableció que a nivel físico, de presentación personal, y emocional se encontraban bien, salvo porque se encontraban en un estado “alterado emocionalmente por las dificultades presentadas en último momento para viajar”. Así mismo, se destacó que los niños *“presenta[n] retraso escolar porque su familia biológica no los tenía escolarizados”*. Finalmente, se concluyó que *“de conformidad con lo dispuesto en el Art. 52 de la Ley 1098 de 2006, el niño tiene sus derechos garantizados. Sin embargo, de la situación presentada el día de hoy con el padre adoptante de los niños, de donde se colige que hubo omisión de información durante las etapas*

*administrativa y judicial del proceso adopciones, lo cual conlleva a formular una denuncia penal con las consecuencias que ello conlleva, el equipo conceptúa que en el presente caso existe una presunta amenaza a los derechos a la salud mental y emocional y por ende al derecho al desarrollo armónico e integral...”*.

13. El 1 de abril de 2011, la Defensora de Familia, la Sra. Belén Villamizar expidió el auto de apertura del proceso de restablecimiento de derechos, el cual fue notificado al Sr. Burr. Ese mismo día, en el marco de este proceso, se tomó la declaración del Sr. Burr. En respuesta a las preguntas formuladas por la Defensora de Familia, el sr. Burr declaró que no le había hablado a sus hijos acerca de su orientación sexual, que era un hombre soltero que vivía solo y que tenía una relación afectiva. Cuando se le interrogó acerca de cómo iba a manejar este último aspecto con los menores, respondió: *“cómo (sic) se relacionan los amigos, sin contactos físicos, como estamos acá reunidos...”*.
14. El 1 de abril de 2011, la Defensora de Familia interpuso denuncia penal contra el Sr. Burr, con fundamento en las declaraciones dadas por este.
15. Este mismo día se celebró una reunión en la que se acordó que los niños estarían en el hogar sustituto donde habían vivido durante el trámite de la adopción. Esto, debido a que el Sr. Burr tiene compromisos laborales en Estados Unidos y a que, en vista del proceso de restablecimiento de derechos, es imposible que los niños salgan del país, El Sr. Burr estuvo de acuerdo con esta decisión pues conocía a la familia sustituta y tenía buenas relaciones con esta.
16. El 2 de abril de 2011, el Sr. Burr tuvo que irse del país sin los niños. Ellos, por su parte, se vieron obligados a retornar al hogar sustituto en San Gil (Santander).
17. Después de que el Sr. Burr salió del país, mantuvo contacto cotidiano con los niños por medios virtuales, lo cual se facilitó gracias al apoyo de la familia sustituta.
18. El 8 de abril de 2011, la Defensora de Familia, la Sra. Villamizar, solicitó a la psicóloga Graciela Camargo que conceptuara sobre *“la conveniencia o inconveniencia de que los niños continúen las visitas cotidianas que han mantenido hasta ahora con su padre señor Chandler Ellis Burr, por medio electrónico SKIPE”* (sic)
19. El 25 de abril de 2011 la psicóloga Graciela Camargo, conceptuó:  
*“Se puede apreciar que ██████, se siente frustrado y angustiado por todo el esfuerzo que ha tenido que afrontar durante el proceso de búsqueda de familia, sintiendo en este momento que su sueño se ha realizado con la adopción que hizo el señor Chandler, por lo que enfatiza a los entrevistadores la responsabilidad que tienen en la situación presente el ICBF”*  
  
*“El contacto entre padre e hijos adoptivos no se puede suspender, se recomienda que la comunicación entre ellos se dé máximo dos veces por semana, para no seguir generando altas expectativas y se haga acompañados por un adulto responsable. Atendiendo la sugerencia del equipo del Centro Zonal San Gil, considero se estudie la posibilidad que los niños sean ubicados en otro hogar sustituto en Bogotá sitio en el cual se está realizando el proceso de Restablecimiento de Derechos, ya que se ha podido evidenciar que en la casa de la madre sustituta tienen internet y los niños se comunican a diario con el padre adoptante”*.
20. El 3 de mayo de 2011 la Defensora de Familia expidió un auto resolviendo reducir las visitas por Skype a dos veces por semana durante un mes, luego a una semanal y posteriormente una quincenal, hasta el fallo del proceso administrativo de restablecimiento de derecho, siendo supervisadas las visitas por un adulto.
21. El 10 de mayo de 2011 se informó a la Subdirectora de Adopciones, la Sra. Ilvia Ruth Cárdenas, que debido a su denuncia penal ante la Fiscalía fue creada *“la*

*noticia criminal No. 680016008828201100697 contra CHANDLER BURR y le correspondió por reparto a la Fiscalía 27 Seccional de Bucaramanga”.*

22. El 25 de mayo de 2011, debido a las inquietudes que manifestó la psicóloga en su concepto y a que para los funcionarios del ICBF zonal de San Gil era conocida la “*estrecha relación entre la familia sustituta y el Sr. Burr*”, la Defensora de Familia solicitó una comisión de estudio para realizar un análisis psicosocial a los niños Burr y el hogar sustituto para evaluar el “*comportamiento inadecuado del Hogar en donde se encuentran los niños*” y de este modo avalar la propuesta de traslado de los niños a otro hogar sustituto.
23. A la fecha, el Sr. Burr sigue contactándose con sus hijos, únicamente por medios virtuales y las restricciones impuestas por el ICBF continúan vigentes.

## II. DERECHOS VULNERADOS

Los hechos descritos configuran una violación a los siguientes derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de Colombia:

Derecho a la igualdad (Art. 13 CN), derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 CN), derecho al debido proceso (Art. 29 CN), derechos fundamentales de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella (Art. 42CN), a no ser discriminados en razón del origen familiar (Arts. 13 y 42 CN) y a la educación (Art. 44 CN).

## III. CONSIDERACIONES SOBRE LA VIOLACIÓN DE DERECHOS

### 1. Consideración previa sobre los hechos: la existencia de un trato diferenciado en razón de la orientación sexual

Antes de exponer el concepto acerca de la violación de los derechos cuya protección se solicita por medio de esta tutela, en este apartado mostraré cómo la actuación del ICBF en relación con la familia Burr constituye un trato diferenciado que se sustenta en la orientación sexual del Sr. Chandler Burr, padre adoptivo de los niños [REDACTED]. Una vez establecido este presupuesto fáctico, pasaré a argumentar, en los siguientes apartados, que este trato distintivo viola múltiples derechos fundamentales, tanto del Sr. Burr como de sus dos hijos.

Existen dos elementos que evidencian la existencia en este caso de un trato diferenciado en razón de la orientación sexual. El primero es que la actuación del ICBF se desencadenó únicamente a raíz de una conversación informal en la que el sr. Burr se refirió a su orientación sexual y advirtió que tenía una pareja. Y el segundo es la manera como se ha adelantado el proceso de restablecimiento de derechos. A continuación explicaré en detalle cada uno de estos elementos.

En relación con el primero, cabe destacar que el pasado 31 de marzo, cuando ya el Sr. Burr se encontraba *ad portas* de viajar con sus dos hijos a Estados Unidos, este sostuvo una conversación informal, sin presencia de un traductor, con la Sra. Ilvia Ruth Cárdenas,

Subdirectora de Adopciones del ICBF. Durante la conversación, el Sr. Burr manifestó su inquietud por el temor que existe en Colombia frente a la adopción por parte de personas homosexuales y puso como ejemplo su propio caso, el de un hombre gay que cumplió con todas las expectativas para llevar a buen término el proceso de adopción. Ante este comentario desprevenido, la Sra. Cárdenas le preguntó al Sr. Burr si él tenía pareja, a lo que él respondió afirmativamente. La Sra. Cárdenas infirió, sin mayor sustento, que el Sr. Burr convivía con una persona del mismo sexo y que este había ocultado esta información durante el proceso de adopción. Después de esta conversación, se desencadenaron los hechos ya señalados: se impidió la salida de los niños del país que estaba prevista para ese mismo día, se solicitó verificar la situación de los derechos de los niños [REDACTED] y al día siguiente se inició formalmente el proceso de restablecimiento de derechos en virtud del cual los niños fueron ubicados nuevamente en un hogar sustituto.

Aparte de la información suministrada por el Sr. Burr en relación con su orientación sexual, no existe ningún otro hecho que explique las actuaciones del ICBF. Esto se corrobora al examinar la justificación dada por el ICBF para abrir el proceso de restablecimiento de derechos, lo cual conduce al segundo elemento señalado.

El proceso de restablecimiento de derechos busca la restauración de la dignidad e integridad de los niños, así como la posibilidad de que puedan ejercer de forma efectiva sus derechos (art. 50 Código de la Infancia y la Adolescencia, en adelante CIA). Para poder establecer cuáles son los derechos conculcados, el funcionario público debe sustentar las medidas que adopte (art. 52 CIA par. 1.) a partir de la verificación de los derechos del niño, que no es otra cosa que el sustento fáctico de las acciones que adelante.

Según el art. 52 CIA, esta verificación de derechos debe incluir los siguientes elementos: (i) el estado físico y psicológico, (ii) el estado de nutrición y vacunación, (iii) la inscripción en el registro civil de nacimiento, (iv) la ubicación de la familia de origen, (v) el estudio del entorno familiar y la identificación tanto de elementos protectores como de riesgo para la vigencia de los derechos, (vi) la vinculación al sistema de seguridad social y (vi) la vinculación al sistema educativo.

En el caso concreto, dos cuestiones previas deben ser consideradas para evaluar el modo como se llevó a cabo el procedimiento de verificación de derechos. La primera es que antes de iniciar el procedimiento, y una vez proferida la sentencia de adopción, el Sr. Burr había convivido con sus hijos por pocos días pues estos habían estado bajo el cuidado del ICBF y del hogar sustituto. Por tal razón, las inferencias realizadas por el ICBF en relación con el eventual riesgo que comportaría que los menores estuvieran bajo el cuidado de su padre no tienen sustento en evidencia empírica específica relacionada con el trato dado por el señor Chandler a sus hijos.

La segunda es que al momento en que se realizó la verificación de derechos, los niños se encontraban en una situación óptima de salud física, psicológica y de presentación personal, tal como consta en el acta que reposa en el expediente. A nivel emocional, la única afectación fue causada precisamente por el procedimiento mismo que buscaba restablecer sus derechos. De otra parte, el nivel educativo era un aspecto de preocupación, debido a que hasta esa fecha los niños no habían tenido una educación que correspondiera a las dificultades de aprendizaje que presentaban. Esta cuestión pretendía ser remediada por el Sr. Chandler, quien incluso en la declaración que rindió en el proceso de restablecimiento solicitó que se permitiera que los niños viajaran a USA dado que él había ubicado unas escuelas apropiadas para su educación.

En vista de lo anterior, la acción de restablecimiento de derechos se fundamentó únicamente a partir del criterio de “*identificación tanto de elementos protectores como de riesgo para la vigencia de los derechos*” (art. 52 núm. 5. CIA). A su vez, el único elemento de riesgo que se advierte es la existencia de “*una presunta amenaza a los derechos a la salud mental y emocional y por ende al derecho al desarrollo armónico e integral*”. Sin embargo, la caracterización de tal amenaza es totalmente ambigua pues simplemente se indica en el acta de verificación de derechos que “*de conformidad con lo dispuesto en el Art. 52 de la Ley 1098 de 2006, el niño tiene sus derechos garantizados. Sin embargo, de la situación presentada el día de hoy con el padre adoptante de los niños, de donde se colige que hubo omisión de información durante las etapas administrativa y judicial del proceso adopciones, lo cual conlleva a formular una denuncia penal con las consecuencias que ello conlleva, el equipo conceptúa que en el presente caso existe una presunta amenaza a los derechos a la salud mental y emocional y por ende al derecho al desarrollo armónico e integral...*” (subraya fuera de texto).

De conformidad con esto, la fuente de la amenaza sería la “omisión de información durante las etapas administrativa y judicial del proceso de adopción”. Sin embargo, no se precisa cuál fue la información omitida, ni se explica por qué tal omisión constituye una amenaza a la salud mental y emocional de los niños. Tampoco es claro si la amenaza se deriva del simple hecho de la omisión o de la situación que no fue informada en el proceso de adopción. Ante esta ambigüedad, es preciso efectuar un análisis integral de la situación para determinar cuál sería en concreto la amenaza advertida por el ICBF.

Dos datos, distintos pero estrechamente ligados entre sí, fueron dados a conocer por el Sr. Chandler después de concluido el proceso de adopción. El primero es su orientación sexual y el segundo es el hecho de tener actualmente una pareja. De acuerdo con esto, podría inferirse que el ICBF considera que la amenaza a los derechos de ██████████ se deriva (i) del hecho de que su padre no dijo durante el proceso de adopción que era homosexual y tenía una pareja, (ii) de que el Sr. Chandler sea homosexual y tenga una pareja, o (iii) de que el Sr. Chandler hubiera mentido durante el proceso de adopción en relación con la conformación del hogar en el cual serían acogidos los niños. Como pasará a explicar, cada una de estas alternativas evidencia que la actuación del ICBF constituye un trato diferenciado en razón de la orientación sexual que, como mostraremos

Respecto a la primera posibilidad, es preciso aclarar que el artículo 68 de la Ley 1098 de 2006 dispone que las personas solteras pueden adoptar si satisfacen los requisitos establecidos para tal fin: ser capaz; haber cumplido 25 años de edad; tener al menos 15 años más que el adoptable; y garantizar idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño, niña o adolescente. En la Resolución no. 3748 de 2010, que establece el lineamiento técnico para adopciones en Colombia, se desarrollan en detalle los requisitos planteados. En ninguna de estas normas se incluye la orientación sexual como un criterio relevante de análisis o como un impedimento para realizar una adopción.

Cabe aclarar además que la orientación sexual ni siquiera constituye –ni puede válidamente constituir– un criterio de evaluación al momento de determinar la idoneidad moral del posible adoptante. Así, el lineamiento técnico de adopciones contiene un listado de impedimentos para el adoptante entre los cuales no se incluye la orientación sexual. Como no se trata de una lista taxativa, el lineamiento también señala los siguientes criterios mínimos que se deben tener en cuenta al evaluar la idoneidad moral del adoptante:

- La evaluación sobre la idoneidad moral de quien pretende adoptar no puede ser hecha desde la perspectiva de personales convicciones éticas o religiosas, sino desde aquellas otras que conforman la noción de *moral pública o social*.
- Esta idoneidad se establece con el estudio de las condiciones psicosociales y el certificado de antecedentes judiciales (penales) y con otro tipo de certificaciones como historia de contravenciones o infracciones menores.

Finalmente, también debe aclararse que no se puede confundir la adopción conjunta y la adopción consentida por parte de parejas del mismo sexo, con la adopción individual realizada por personas homosexuales. Así, la sentencia C-814 de 2001 que declaró la constitucionalidad de la restricción de la adopción conjunta únicamente a las parejas heterosexuales no guarda relación con las adopciones individuales realizadas por personas homosexuales, ya que esto no fue objeto de estudio de la demanda. Igualmente, en los próximos meses la Corte Constitucional deberá pronunciarse sobre una acción de tutela en la que se estudia la posibilidad de autorizar la adopción consentida de una mujer lesbiana sobre la hija biológica de su compañera permanente. Sin embargo, la resolución de este caso no es tampoco relevante para los casos de adopción individual por parte de personas homosexuales pues, se reitera, en Colombia no existe ninguna restricción legal en este sentido.

En efecto, tanto la cuestión de la adopción conjunta, como la de la adopción consentida en el caso de parejas homosexuales son distintas de la relativa a la adopción individual por parte de una persona homosexual. En cada caso los debates constitucionales son diferentes. Así, mientras en los dos primeros la discusión gira en gran medida en torno a la protección constitucional de las familias homoparentales, en el caso de la adopción individual la cuestión que se plantea es si la orientación sexual puede ser tomada en cuenta como un criterio de idoneidad para adoptar. Como ya lo señalé, mientras en los primeros casos el debate continúa pendiente de resolución, frente al segundo caso es claro que no hay ninguna limitación para que los homosexuales puedan adoptar individualmente.

De conformidad con lo anterior, resulta claro que la orientación sexual del solicitante de adopción es un criterio irrelevante, de tal modo que las personas no están obligadas a informar al respecto durante el trámite y, más aún, a las autoridades encargadas de la adopción les está vedado hacer algún tipo de indagación al respecto pues al hacerlo estarían incurriendo en un trato discriminatorio prohibido por la Constitución.

En este sentido, el hecho de que el Sr. Chandler no hubiera dado información sobre un aspecto sobre el cual no estaba obligado a declarar durante la adopción y sobre el cual además no podía ser indagado, no puede ser considerado como una fuente de amenaza de los derechos de sus hijos, una vez concluido el proceso de adopción. Si el ICBF no realizó ninguna indagación sobre este aspecto durante el proceso de adopción, mal podría ahora pretender revertir el resultado de dicho proceso por la omisión de dar una información irrelevante. Esta primera posibilidad debe por tanto ser descartada como una posible fuente de amenaza de los derechos de los niños.

Permítanme una metáfora. ¿Podría considerarse que el señor Chandler mintió porque, por ejemplo, no informó al ICBF que tenía convicciones políticas de izquierda (o de derecha, si se prefiere) o que hacía parte de alguna determinada iglesia? Obviamente que no, por cuanto sería discriminatorio tomar en cuenta las ideas políticas o las convicciones religiosas de una persona para determinar su idoneidad para adoptar, por lo cual el posible adoptante no tiene por qué informar al respecto. En el mismo sentido, el señor Chandler Burr no tenía

por qué informar acerca de su orientación sexual pues es un criterio prohibido para determinar la idoneidad de una persona para adoptar, como se explicará ulteriormente en forma más detallada.

En segundo lugar, si se asume que el ICBF inició el proceso de restablecimiento porque considera que el hecho de que el Sr. Chandler sea homosexual y tenga una pareja constituye una amenaza para la salud mental y emocional de sus hijos, resulta evidente que la actuación del ICBF constituye un trato diferenciado en razón de la orientación sexual. Basta con hacer un simple ejercicio mental: imaginar que el señor Chandler, mientras conversaba coloquialmente con la subdirectora de adopciones una vez concluido el proceso de adopción, le contó a esta que era heterosexual y que tenía una pareja. Resulta más que obvio pensar que si este hubiera sido el caso, el señor Chandler estaría en este momento en EEUU con sus hijos y no existiría ningún proceso de restablecimiento de derechos. Ahora bien, lo que pretendo resaltar por ahora es la existencia de un trato diferencial en razón de la orientación sexual, como un presupuesto fáctico de mi argumentación. La validez constitucional de dicho trato será evaluada en el siguiente apartado.

Finalmente, en lo que respecta a la tercera posibilidad, a saber, que la actuación del ICBF se desencadenó bajo el supuesto de que el señor Chandler mintió durante el proceso de adopción en relación con la conformación del hogar en el cual serían acogidos los niños, cabe también hacer varias precisiones.

Aunque el ICBF nunca lo menciona expresamente, de varias de sus actuaciones se infiere que este asumió que el señor Chandler convive con su pareja y que por tanto los niños no estarían bajo el cuidado de un hombre soltero, sino de una pareja de personas del mismo sexo. Así por ejemplo, en la declaración que rindió el señor Chandler en el proceso de restablecimiento, la funcionaria del ICBF le hizo la siguiente pregunta: *“los niños los ha preparado el ICBF para recibir una familia, cuyo padre es un hombre soltero solo, cómo tiene usted previsto aclararles que no es así?”*<sup>1</sup>. Igualmente, el ICBF informó a la Fiscalía acerca de la supuesta omisión de información durante el proceso de adopción, con el objeto de que esta investigara si eventualmente el Sr. Burr cometió un delito. Estas dos actuaciones del ICBF reflejan claramente que este asumió que el sr. Burr ocultó información acerca de la verdadera conformación del hogar de acogida de los niños.

Sin embargo, la asunción del ICBF no tiene un asidero sólido. Se trata de una conversación informal, en la que una persona cuya lengua nativa es el inglés y que no tiene un dominio del español, respondió afirmativamente a la pregunta de si tenía una pareja. Una persona de habla inglesa con un bajo nivel de comprensión de español y que desconoce los modismos colombianos, comprendería por el término pareja un conjunto muy amplio de relaciones afectivas que no implican la convivencia conjunta y permanente. Y de hecho, en lo que respecta a las relaciones afectivas, en el idioma español el término pareja no implica tampoco tal tipo de convivencia.

Sin embargo, en lugar de indagar más sobre esta situación para precisar a qué tipo de relación se refería el señor Chandler al advertir que tenía una pareja, el ICBF decidió apresuradamente abrir un proceso de restablecimiento de derechos e impedir así que el señor Chandler estuviera con sus hijos, desconociendo además de un tajo el proceso de casi dos años de investigación, trabajo psicológico y social realizados por el ICBF en Colombia y por las autoridades americanas siguiendo las leyes de New Jersey, en virtud del

---

<sup>1</sup> Declaración rendida por el Sr. Burr el día 1 de abril de 2011 en el marco del proceso de restablecimiento de derechos de los niños [REDACTED].



cual se pudo establecer que el Sr. Burr es soltero y vive solo. Este hecho es conocido y reiterado incluso por los funcionarios del ICBF en los antecedentes de sus conceptos<sup>2</sup>. Cabe destacar además que de las pruebas que existen hasta ahora en el proceso de restablecimiento, que incluyen la declaración del Sr. Burr y las entrevistas realizadas por los menores, lo único que resulta claro es que se trata de un hombre soltero y que tiene una pareja que no vive con él<sup>3</sup>.

Pero el problema no es solo que el ICBF tomó una decisión apresurada con un fundamento exiguo, sino que además escogió una vía que no es idónea para discutir las controversias acerca del proceso de adopción. En efecto, el proceso de adopción tiene sus propias etapas e instancias para discutir cuáles son las condiciones en que vivirá el niño, así como la conformación de su futuro hogar. De la misma forma, en la eventualidad de que algún interviniente interesado en el proceso de adopción tenga alguna inconformidad en relación con la sentencia que decreta la adopción del o los niños (como en este caso) podrá apelar el fallo y seguir los procedimientos pertinentes para discutir las razones que motivaron la apelación.

En el caso del Sr. Burr, los procedimientos para conceder la adopción de los niños [REDACTED] se surtieron en forma debida y se analizaron las condiciones del hogar al que llegarían los niños, estableciendo que sería un hogar con un solo padre y que él no convivía con nadie más. En este sentido, la determinación acerca de si hubo o no omisión de información en el proceso de adopción debe llevarse a cabo dentro del marco del proceso de adopción, apelando la sentencia del juez de familia, acorde con el artículo 126 del Código de la Infancia y la Adolescencia (CIA) y no utilizando un procedimiento (el de restablecimiento de derechos) que por su naturaleza no permite responder a estos cuestionamientos, ya que se centra únicamente en la protección al niño y no en el trámite de adopción.

Los elementos anteriores constituyen un indicativo de que incluso si el ICBF actuó bajo la asunción de que el señor Chandler convive con una pareja de su mismo sexo y que por tanto mintió acerca de la constitución del hogar de acogida de los niños, estamos también ante un trato diferenciado en razón de la orientación sexual. Dos hechos así lo corroboran: la apertura apresurada de un proceso de restablecimiento con un fundamento fáctico absolutamente exiguo y la escogencia de una vía inadecuada para discutir una controversia sobre el proceso de adopción. Un ejercicio mental resulta también útil en este caso, Si imaginamos que el señor Chandler es una persona heterosexual y que una vez concluido el proceso de adopción surge una evidencia muy dudosa y altamente ambigua de que

<sup>2</sup> Ver antecedente 4º del concepto psicológico rendido por la Sra. Graciela Camargo. 25 de abril de 2011.

<sup>3</sup>En la entrevista con los niños realizada el 31 de marzo de 2011 se estableció: “Se le indaga al niño [REDACTED] en relación con las personas que ha conocido por medio de su padre y hace referencia a la mamá y una hermana del señor Chandler, un señor italiano que vive en el apartamento y un amigo del señor Chandler, de quien manifiesta que vive y trabaja “lejos” pero se han contactado por medio de Skype.” [REDACTED] corrobora que su padre arrienda su apartamento a un Sr. Italiano (que no es la pareja del Sr. Burr que vive en otra ciudad como anota [REDACTED]) “se le pregunta a [REDACTED] dónde vive el señor Chandler, y él refiere que en un apartamento, que hay vecinos y que incluso hay un señor italiano, luego de la entrevista se indaga y se establece que el señor tiene arrendado un cuarto a un señor de nacionalidad italiana”. En la declaración del Sr. Burr el 1 de abril de 2011 respondió: “PREGUNTADO. Usted con quién vive? CONTESTADO. Solo. La entidad Baker and VictoryServices, estableció que en el proceso de adopción individual: “Una trabajadora social clínica licenciada, Barbara Cohen, elaboró un estudio de hogar a través de la JewishChildCareAssociation, agencia acreditada ante la Haya”, nunca se manifestó que de este proceso se probara que en la conformación de hogar vivía otra persona.

posiblemente aquel ocultó información acerca de la real constitución del hogar de acogida de los niños, sería muy factible pensar que el ICBF, antes de abrir un proceso de restablecimiento de derechos, habría procurado obtener más evidencia en relación con la posible omisión o falsedad. De hecho, en tal situación imaginaria, lo más lógico es pensar que el proceso de restablecimiento solo se habría abierto si se hubiere tenido la certeza de que efectivamente hubo omisión o falsedad y de que el hecho que fue ocultado constituye una amenaza para los niños. Y no, como sucede en este caso, con la idea de una amenaza fundada en un simple hecho incierto.

En virtud de lo anterior, resulta claro que la actuación del ICBF se fundamenta en un trato diferenciado en razón de la orientación sexual del señor Chandler Burr. Una vez demostrado este presupuesto fáctico, procedo a continuación a justificar las múltiples violaciones de derechos fundamentales que se desprenden de este trato diferenciado.

## **2. La violación de los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad del señor Chandler Burr**

No todo trato diferenciado constituye *per se* una vulneración del derecho a la igualdad. En ocasiones, estos tratos distintivos pueden ser compatibles con los mandatos constitucionales. Para determinar en qué situaciones tales tratos comportan una violación del derecho a la igualdad, la Corte Constitucional ha planteado que debe aplicarse un test de proporcionalidad que puede ser estricto, intermedio o leve. En aras de demostrar que en este caso el trato diferenciado descrito en el anterior apartado sí constituye una violación del derecho a la igualdad, expondré en primer lugar las razones por las cuales en este caso debe aplicarse un test de proporcionalidad estricto y, en segundo lugar, aplicaré el test.

### ***2.1. La orientación sexual como criterio en principio prohibido de diferenciación (criterio sospechoso) y el deber de aplicar un test de proporcionalidad estricto***

La Corte Constitucional colombiana ha proferido una serie de decisiones de gran importancia en el tema de los derechos de los homosexuales. Así, la Corte ha declarado la inconstitucionalidad de normas de diversos estatutos profesionales que definían el homosexualismo como una falta disciplinaria. Tal es el caso de la sentencia C-481 de 1998 que declaró la inexecutable de una disposición en este sentido contenida en el Estatuto Docente, y de la sentencia C-507 de 1999 relativa a una norma del régimen disciplinario de las fuerzas militares. Y en la sentencia C-373 de 2002 la Corte declaró inexecutable una norma que disponía como causal de inhabilidad para ejercer el cargo de notario el haber sido sancionado disciplinariamente por la falta de homosexualismo.

La Corte colombiana también ha proferido varias sentencias que han protegido los derechos de los homosexuales frente a actos discriminatorios. Así por ejemplo, en la sentencia T-301 de 2004 la Corte protegió los derechos fundamentales a la igualdad, a la integridad, al libre desarrollo de la personalidad, a la honra, al buen nombre y a la libre circulación de una persona a quien las autoridades de policía le impedían estar en determinada parte de la ciudad en razón de su condición homosexual. En este fallo la Corte resaltó que la preferencia sexual hace parte del “derecho a definir los propios planes de vida y a desplegar en consecuencia la vida de relación”, y que este no puede ser limitado “por los prejuicios personales de los funcionarios con facultades de policía”.

Igualmente, desde el año 2007 la Corte ha adoptado una serie de decisiones en las que ha extendido a las parejas homosexuales derechos y deberes previstos inicialmente solo para las parejas heterosexuales. La primera sentencia en la que la Corte reconoció los derechos de las parejas del mismo sexo fue la C-075 de 2007 en la cual se dispuso la extensión del régimen de protección patrimonial previsto para las parejas heterosexuales que convivieran en unión libre. Posteriormente, la Corte amplió a las parejas del mismo sexo los derechos de afiliación a la seguridad social en salud (C-811 de 2007), de acceso a la pensión de sobreviviente (C-336 de 2008), de reclamación de cuota alimentaria (C-798 de 2008). Finalmente, en la sentencia C-029 de 2009, la Corte declaró la exequibilidad condicionada de normas contenidas en 26 leyes en las cuales se reconocían derechos y beneficios y se imponían cargas para las parejas heterosexuales, bajo el entendido de que tales disposiciones cobijaban también a las parejas del mismo sexo. Estas leyes regulan temas como la constitución de patrimonio inembargable de familia; garantía de no incriminación en materia penal; derechos a la verdad, la justicia y la reparación de víctimas de crímenes atroces; protección civil a favor de víctimas de crímenes atroces; subsidios familiares; y deberes relacionados con el acceso y ejercicio de la función pública.

Aunque esta variedad de decisiones comprenden distintos derechos de los homosexuales, tanto a nivel individual como a nivel de pareja, todas tienen como base común la protección del derecho a la igualdad y la no discriminación de las personas en razón de su orientación sexual. En este sentido, todas comparten también una específica metodología para abordar el problema jurídico.

La base de esta estructura común fue planteada por la Corte colombiana en la sentencia C-481 de 1998 que declaró la inexecutable de una norma del Estatuto Docente que definía el homosexualismo como causal de mala conducta. El punto de partida de las consideraciones de la Corte es el reconocimiento de la exclusión social y política de las personas homosexuales como un rasgo de muchas sociedades, incluyendo la colombiana. Como prueba de esto, la Corte muestra que las prácticas homosexuales han sido penalizadas y de hecho lo siguen siendo en diversos ordenamientos jurídicos. En Colombia, solo en 1980 el homosexualismo dejó de ser un delito. Igualmente, las personas con orientaciones sexuales diversas han sido y continúan siendo víctimas de la estigmatización y el rechazo.

A partir de este reconocimiento de la histórica discriminación de los homosexuales, la Corte procede a justificar la aplicación de la teoría de los criterios sospechosos o las categorías prohibidas de clasificación, desarrollada en el derecho constitucional contemporáneo para el análisis de casos que involucran un trato desigual. Según lo expone la Corte, estas categorías *“(i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) esas características han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racionales y equitativos de bienes, derechos o cargas sociales”*<sup>4</sup>.

De conformidad con el análisis efectuado por la Corte, la orientación sexual constituye un “criterio sospechoso” de distinción, esto es un criterio en principio prohibido para tratar de manera distinta a una persona, por lo cual dichos tratos se presumen discriminatorios e inconstitucionales. La Corte demuestra que esta caracterización opera con independencia de

<sup>4</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-481 de 1998.

la perspectiva que se asuma para explicar la homosexualidad. Así, si se parte de la tesis según la cual la orientación sexual está determinada por una condición genética o biológica, esta constituiría un criterio sospechoso por cuanto se trataría en un rasgo permanente que la persona no podría modificar por su voluntad. En este sentido, una discriminación fundada en la orientación sexual equivaldría a una discriminación por razón del sexo, que está expresamente prohibida por el artículo 13 de la Constitución colombiana<sup>5</sup>. De otro lado, si se asume que la homosexualidad no está determinada biológicamente, sino que depende de una decisión del individuo, la Corte advierte que se trata de una opción que se inscribe dentro del ámbito de la autonomía individual y que hace parte del núcleo esencial del libre desarrollo de la personalidad<sup>6</sup>, razón por la cual todo trato desigual fundada en ella comporta una amenaza a este derecho.

Concluye entonces la Corte que existen tres razones que justifican un control judicial estricto de todo trato diferente de las autoridades contra un homosexual:

*“(i) que estamos en presencia de grupos minoritarios tradicionalmente discriminados; (ii) que si la orientación sexual se encuentra biológicamente determinada, entonces la diversidad de trato se funda en una categoría prohibida pues equivale a una discriminación por razón de sexo; y (iii) finalmente, que si la preferencia sexual es libremente escogida, entonces se estaría limitando a un grupo de personas -los homosexuales- el libre desarrollo de la personalidad, mientras que a los heterosexuales se les asegura el pleno goce de ese derecho en materia sexual”.*

Siguiendo este criterio, en todos los casos que involucran un trato desigual fundado en la homosexualidad, la Corte colombiana ha partido de la presunción de que este trato es discriminatorio. Esta presunción solo puede desvirtuarse si satisfacen todos los pasos del test estricto, es decir, si se demuestra que el tratamiento diferenciado (i) pretende alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso, (ii) es adecuado y necesario para cumplir con ese objetivo, y (iii) es proporcionado, es decir, sus beneficios son mayores que sus costos en términos de afectación de derechos. Aunque la presunción debe ser desvirtuada por el ICBF mediante pruebas concretas de que su actuación no se fundó en un criterio sospechoso de discriminación, procedo a realizar una aplicación del test para mostrar que en el presente caso se ha vulnerado el derecho del señor Burr a no ser discriminado.

## **2.2. Aplicación del test de proporcionalidad**

El primer paso del test estricto de proporcionalidad consiste en determinar si el trato desigual obedece a un fin constitucional que sea imperioso y constitucionalmente legítimo. En este caso el fin al que obedece la actuación del ICBF es la protección de los derechos de los niños. Esto es constitucional, pues los niños son sujetos de especial protección y en esa

<sup>5</sup> El artículo 13 dispone: “*Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.* // El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. // El Estado 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” (subrayas fuera del original).

<sup>6</sup> El artículo 16 de la Constitución colombiana consagra este derecho en los siguientes términos: “*Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico*”.

medida, las acciones que busquen la realización de ese principio son constitucionales. Así mismo es un fin imperioso porque las situaciones en las que estén involucrados derechos de los niños requieren una acción urgente de la familia, el Estado y la sociedad.

Ahora bien, los medios escogidos por el ICBF para la protección de los derechos de los niños, a saber, separarlos de su padre, abrir un proceso de restablecimiento de derechos y restringir la comunicación entre ellos, no son adecuados ni necesarios en el presente caso pues no existe fundamentación fáctica de la existencia de una vulneración o una amenaza a los derechos de los niños. Por el contrario, según el diagnóstico efectuado en el curso del proceso, lo único que está amenazando la estabilidad emocional de los niños es el procedimiento de protección en sí mismo.

Las medidas adoptadas por el ICBF no resultan adecuadas ni necesarias para la protección de los derechos de los niños [REDACTED] porque no existe un vínculo causal entre la orientación homosexual de su padre y una posible afectación a sus derechos. La idoneidad física, moral, mental y social no cambia entre las personas homosexuales y las personas heterosexuales, ni tampoco la posibilidad de ofrecer una familia digna. Tanto así que el proceso de adopción que duró dos años indagó precisamente sobre las causales que podían suponer un quebrantamiento en los derechos de los niños y no se incluyó en ningún momento un análisis sobre la libertad sexual del adoptante.

No existe una relación probada entre la homosexualidad y la amenaza a la salud, ni a la educación, ni a la familia, ni a su desarrollo integral, ni a ningún otro derecho. Lo cual se demuestra también con el tiempo en que han convivido los hermanos [REDACTED] con Chandler, lapso en el que han tenido una relación armónica de respeto, cariño y autoridad propia de las relaciones de una familia. La orientación sexual es parte de la intimidad de una persona y no tiene ninguna interferencia con el rol de paternidad, no es una incapacidad para adquirir ni para ejercer derechos y mucho menos para cumplir con obligaciones. Por lo tanto, las razones que basen una restricción en la orientación sexual, son juicios que entran en el campo de la moral, inadmisibles en este caso.

Al respecto resulta pertinente resaltar que la Corte Constitucional en la sentencia T-290 de 1995 se refirió a un caso de adopción individual por parte de una persona homosexual, en el cual la orientación sexual fue un elemento irrelevante en relación con la evaluación de la idoneidad del actor. La Corte explícitamente dice, en el encabezado de la sentencia, que al negar la adopción, “la homosexualidad del actor no fue el factor determinante de la decisión del I.C.B.F. y, por lo tanto, no se le violó el derecho a la igualdad”. Las razones que tuvo en esa ocasión el ICBF para negar la adopción eran otras, esas sí relevantes, como las precarias condiciones de higiene de la vivienda, el posible abuso del alcohol por el peticionario, los riesgos de seguridad de la zona en donde vivía, etc. Por ello la Corte reiteró en esa sentencia que no hubo violación “del derecho del actor a la igualdad” pues era “evidente que el I.C.B.F. tuvo razones objetivas suficientes para decretar las medidas de protección que consideró necesarias en favor de la menor xx, y que su actuación no fue arbitraria ni se debió a prejuicio de sus funcionarios respecto de la sexualidad del señor Córdoba”. Esto muestra entonces claramente que conforme a esa sentencia, si la razón del ICBF para negar la adopción hubiera sido la condición de homosexual del actor, entonces la conducta del ICBF hubiera sido discriminatoria y violatoria de los derechos fundamentales tanto de éste como de la menor XX, pues la Constitución y la ley prohíben tener en cuenta la orientación sexual como elemento para impedir la adopción de un niño o niña. Pero desafortunadamente esto es lo que está precisamente haciendo el ICFB en el presente caso.

Ahora bien, esta conclusión de la sentencia T-290 de 1995, según la cual no se puede negar una adopción individual únicamente debido a la orientación sexual de una persona, no es para nada una conclusión estrambótica de la Corte Constitucional Colombia sino que es compartida por otros tribunales de derechos humanos, que han enfrentado casos semejantes. En este aspecto, resulta relevante la sentencia del 22 de enero de 2008 el caso “E.B contra Francia” de la Corte Europea de Derechos Humanos. En esa sentencia, ese tribunal condenó a Francia por violar el derecho a la igualdad y a la privacidad de la peticionaria por cuanto Francia le había negado una adopción, debido a que ella era lesbiana. La Corte Europea de Derechos Humanos concluyó que la orientación sexual no podía invocarse para negar una adopción. En el fundamento 98 de esa sentencia, la Corte Europea señaló que “al rechazar la solicitud de adopción, las autoridades hicieron una distinción basada en la orientación sexual, una distinción que no es aceptable en el marco de la Convención”, por lo cual habían discriminado a la peticionaria

De igual forma, el medio no es adecuado si la controversia radica en torno al trámite de adopción. Tal como se indicó con anterioridad, el procedimiento idóneo para ello se surte con la apelación de la sentencia de adopción pues el proceso de restitución de derechos no es el escenario adecuado para discutir situaciones relacionadas con el trámite de la adopción.

Finalmente, en relación con la proporción del uso del medio para alcanzar el fin planteado, es evidente que al ser el medio inadecuado e innecesario para alcanzar el fin perseguido, su uso resulta desproporcionado. Además, los costos que genera en relación con la garantía de otros derechos ratifica el carácter desproporcionado de la medida.

Así, toda la actuación del ICBF comporta una violación al derecho al libre desarrollo de la personalidad del Sr. Burr. Este derecho, reconocido en el artículo 16 de la Constitución colombiana, ha sido entendido por la Corte Constitucional también como la posibilidad del ser humano de desarrollar su sexualidad, sin ningún otro límite que la afectación de los derechos a los demás. En este sentido, las orientaciones sexuales no heterosexuales (homosexual, bisexual), son reconocidas como dignas y respetables al pertenecer también a la esfera íntima del individuo.

Aceptar las injustificadas actuaciones del ICBF motivadas por la orientación sexual del Sr. Burr supone el desconocimiento de más de 50 sentencias de tutela y constitucionalidad que han establecido explícitamente que el Estado tiene el deber de respetar las opciones de vida de los individuos en relación con su vida sexual. En virtud de esto, la Corte ha dicho que a una persona no se le puede negar o restringir, en razón de su orientación sexual, las posibilidades de estudiar<sup>7</sup>; trabajar<sup>8</sup>; acceder a cargos públicos<sup>9</sup>; ser protegido en igualdad de condiciones por la fuerza pública<sup>10</sup>; hacer uso del espacio público<sup>11</sup>; constituir uniones maritales de hecho<sup>12</sup>; gozar de derechos en materias como pensiones<sup>13</sup>, salud<sup>14</sup> y alimentos<sup>15</sup>; y adoptar<sup>16</sup>.

---

<sup>7</sup> Ver sentencia T-101 de 1998.

<sup>8</sup> Ver sentencias: T-277 de 1996, T-037 de 1995

<sup>9</sup> Ver sentencias: C-481 de 1998, C-507 de 1999, C-373 de 2002.

<sup>10</sup> Ver sentencia: T-301 de 2004

<sup>11</sup> Ver sentencia: T-268 de 2000

<sup>12</sup> Ver sentencia: C-075 de 2007

<sup>13</sup> Ver sentencia: C-336 de 2008

<sup>14</sup> Ver sentencia: C-811 de 2007

<sup>15</sup> Ver sentencia: C-798 de 2008

<sup>16</sup> Ver sentencia: T-290 de 1995

Igualmente, tal como lo mostraremos en detalle en un apartado posterior, los daños causados a los niños con la actuación del ICBF son considerables y resultan aún más graves si se tiene en cuenta que los mismos han sido ocasionados para hacer frente a una amenaza que carece de fundamento fáctico. Y, como lo explicaremos en el siguiente apartado, este trato diferenciado en razón de la orientación sexual comporta también una violación del derecho al debido proceso.

De conformidad con lo anterior, es claro que los perjuicios que genera el trato diferenciado en materia de afectación de derechos son mucho mayores que los beneficios que el mismo reporta en relación con el fin constitucional invocado como fundamento de tal trato distintivo y que, en consecuencia, la actuación del ICBF no resiste en absoluto la aplicación del test estricto de proporcionalidad, por lo cual resulta clara la violación del derecho a la igualdad del señor Chandler Burr.

### **2.3. Violación de la igualdad incluso con un simple test de razonabilidad e improcedencia de invocar el interés superior del menor**

Las mismas consideraciones son suficientes para concluir que incluso si se aplicara un análisis de la igualdad menos estricto, en todo caso habría que concluir que la conducta del ICBF es discriminatoria. La razón obvia es que no existe ninguna evidencia científica de que la orientación sexual de una persona (heterosexual u homosexual) la haga inidónea para adoptar, por lo cual no puede invocarse dicha condición para negar una solicitud de adopción. Y tampoco puede, por esa razón, el interés superior del menor, pues habría que mostrar que ser homosexual (o heterosexual) podría afectar al menor, frente a lo cual, no existe ninguna evidencia científica que soporte esa conclusión. Es más, en el presente caso, lo que ha afectado el interés de los menores adoptados ha sido precisamente la arbitraria actuación del ICBF.

## **3. Violación del derecho al debido proceso**

De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el debido proceso en actuaciones administrativas, reconocido en el artículo 29 de la Constitución colombiana, *”comprende un grupo de cautelas de orden sustantivo y de procedimiento sin presencia de las cuales no resultaría factible asegurar la vigencia del Estado social de derecho ni es posible proteger los derechos constitucionales fundamentales de las personas”*<sup>17</sup>

El debido proceso administrativo es un derecho que busca regular la administración y limitar los poderes del Estado, de tal forma *“que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas siempre a los procedimientos señalados en la ley”*<sup>18</sup>. De este modo se pretende asegurar que los asociados puedan conocer con anterioridad los límites y los alcances de las decisiones que

<sup>17</sup>Corte Constitucional. Sentencia T-828 de 2008.

<sup>18</sup>Corte Constitucional. Sentencia T-917 de 2008. En aquella ocasión le correspondió a la sala de Revisión determinar si en el caso *sub judice* la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales de Tunja, al abstenerse de levantar las medidas cautelares que recaían sobre bienes y derechos sucesorales del peticionario *“pese a existir proceso contencioso administrativo atacando el mandamiento de pago y la decisión negativa a las excepciones”* había desconocido los derechos constitucionales fundamentales del actor y se procedía conferir la tutela como mecanismo transitorio para resolver un perjuicio irremediable. La Corte efectuó un conjunto de consideraciones muy importantes respecto de la importancia de respetar el debido proceso en las actuaciones administrativas y resolvió conceder el amparo invocado.

tomen los funcionarios públicos, así como las medidas a las que se puede acudir para detener los abusos de poder.<sup>19</sup>

En lo que respecta a las personas homosexuales, la Corte Constitucional ha estudiado las situaciones de discriminación por vulneración al debido proceso. Así, en relación con el debido proceso y el goce efectivo de derechos como el de la pensión de sobreviviente, ha señalado:

*“No obstante la claridad de las disposiciones constitucionales, en la práctica las entidades encargadas de hacer efectivo el goce de los derechos constitucionales fundamentales de las parejas homosexuales suelen suponer, sin que medie sustento fáctico alguno, que las parejas del mismo sexo buscan defraudar al sistema pensional” [...] por lo que “las trabas administrativas más destacadas tienen que ver con la tendencia a abrir investigaciones adicionales –no previstas en la legislación– para recaudar pruebas no exigibles jurídicamente”<sup>20</sup>*

De tal forma, no solo se presume la mala fe de las personas homosexuales, sino que además, a consecuencia de ello, se abren procesos adicionales o se justifican medidas diferenciales que exceden el poder de la administración y entran en el rango de la arbitrariedad. Esto es precisamente lo que ha sucedido en el presente caso, en el cual, con total ausencia de argumentos fácticos y legales se abrió un proceso de restablecimiento de derechos en virtud del cual el sr. Chandler fue separado de sus hijos.

En efecto, tal como se demostró en el primer apartado de este escrito, la apertura de este proceso no tiene fundamentos en ninguna vulneración o amenaza cierta a los derechos de los niños [REDACTED]. El único supuesto criterio de afectación de los derechos que por ser un hecho cierto tendría la virtud de sustentar la apertura de este proceso, es la orientación sexual del padre de los niños, criterio este que no solo no está contemplado en el Código de Infancia y Adolescencia dentro de los parámetros de procedencia de un proceso de este tipo, sino que además constituye un criterio discriminatorio que viola de manera flagrante la Constitución.

En este sentido, la apertura de este proceso y las decisiones que se han tomado en el marco de este son abiertamente contrarias a la ley, de tal modo que no solo se viola el derecho al debido proceso, sino que incluso se puede configurar responsabilidad penal y disciplinaria de las funcionarias comprometidas en las actuaciones por haber incurrido en el delito de prevaricato por acción:

*“Artículo 413. Prevaricato por acción. El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años”*

Conducta esta que estaría sujeta a un mayor grado de reproche de conformidad con lo dispuesto en el artículo 58 del Código Penal que dispone:

*ARTICULO 58. CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PUNIBILIDAD. Son circunstancias de mayor punibilidad, siempre que no hayan sido previstas de otra manera:*

...

<sup>19</sup> *Ibíd.* Ver también la sentencia T-982 de 2004.

<sup>20</sup> Ver sentencia: T-051 de 2010.



*3. Que la ejecución de la conducta punible esté inspirada en móviles de intolerancia y discriminación referidos a la raza, la etnia, la ideología, la religión, o las creencias, sexo u orientación sexual, o alguna enfermedad o minusvalía de la víctima. (Subraya fuera de texto)*

La cesación de este proceso es entonces necesaria pues no solo viola múltiples derechos fundamentales, sino que con su continuación eventualmente podría estar permitiéndose la comisión de un delito y de una falta disciplinaria.

#### **4. Violación de los derechos fundamentales de los niños** [REDACTED]

Las actuaciones del ICBF han afectado a toda la familia Burr. En este sentido, la presente tutela se interpone también para proteger los derechos fundamentales de los niños [REDACTED], los cuales deben ser interpretados a la luz del principio del interés superior del menor reconocido en la jurisprudencia constitucional y en múltiples tratados internacionales incorporados al sistema jurídico colombiano.

La Constitución de 1991 otorgó a los niños y niñas el status de sujetos de especial protección, lo cual implica un giro en la forma de concebir sus derechos y de protegerlos. A partir de este reconocimiento, la sociedad, la familia y el Estado deben velar porque los niños y las niñas tengan las condiciones adecuadas para un desarrollo pleno e integral. El interés superior del menor se convierte entonces en un principio orientador de todas las actuaciones en las cuales esté involucrada la garantía de los derechos de los niños y las niñas.

Es por tanto imperativo que las acciones llevadas a cabo por el ICBF y las consecuencias que estas han tenido en el bienestar de [REDACTED] sean revisadas a la luz del principio del interés superior del menor. En lo que respecta a los casos de adopción, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente en relación con el contenido y alcance de este principio:

*“En suma, el principio del interés superior del menor constituye una norma ampliamente aceptada por el derecho internacional, la jurisprudencia y el ordenamiento jurídico colombiano, que representa una valiosa guía hermenéutica orientadora de las decisiones judiciales que resuelvan conflictos que involucren a menores de edad. De acuerdo con este principio al menor debe dispensarse un trato preferente, acorde con su caracterización jurídica como sujeto de especial protección constitucional, en procura de garantizar su desarrollo integral y armónico y su bienestar físico, mental, espiritual y social. La adopción es concebida como un mecanismo orientado primordialmente a satisfacer el interés superior del menor adoptable, a través de la posibilidad de garantizarle el derecho a tener una familia originada en vínculos civiles, cuando la natural no le brinde el cuidado que su condición de menor reclama.”<sup>21</sup>*

Específicamente el principio intenta proteger a los menores en cualquier circunstancia que pueda afectarlos, para lo cual es preciso considerar tanto circunstancias fácticas como las jurídicas. Al respecto, la Corte ha dicho:

*“Para establecer cuáles son las condiciones que mejor satisfacen el interés superior de los niños en situaciones concretas, debe atenderse tanto a consideraciones (i) fácticas –las*

<sup>21</sup> Corte Constitucional, sentencia C-840 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

*circunstancias específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislados–, como (ii) jurídicas –los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil–. En ese mismo sentido, es necesario tener en cuenta que el interés del menor “debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres o de los funcionarios públicos encargados de protegerlo”.<sup>22</sup>*

Se debe revisar entonces, en la situación real y concreta, qué es lo más favorable para la niña o el niño, y frente a casos de amenaza o vulneración de derechos, darle prevalencia a los derechos de los niños frente a los de los adultos.

En el caso concreto, existen condiciones fácticas que tienen que ver con el estado emocional de los niños, causadas por la cancelación de su viaje a Estados Unidos y las acciones llevadas a cabo por el ICBF que han creado sentimientos de frustración y tristeza, lo cual, como se presentará más adelante, ha sido constatado por el mismo ICBF en varias entrevistas. Todo esto los está sometiendo a generar una ruptura dolorosa de un lazo afectivo que tienen con su padre adoptivo Chandler Burr y a una desilusión por no poder materializar su anhelo de tener finalmente una familia.

Por otro lado, las consecuencias también son jurídicas y violatorias de sus derechos fundamentales preexistentes, específicamente del derecho a la familia, a no ser discriminado por su origen familiar, a no ser separado de su padre, y al derecho a la educación.

A continuación se presentan tanto las consideraciones fácticas, como jurídicas que, en virtud del principio de interés superior del menor, demandan la cesación del proceso de restablecimiento de derechos y la reubicación de los niños [REDACTED] con su padre adoptivo.

#### **4.1. Consideraciones fácticas relativas al estado emocional de los niños**

Cuando los menores estaban a cargo del sr. Chandler Burr se encontraban estables emocionalmente. Sin embargo, según las propias entrevistas realizadas por el ICBF, desde que se impidió su viaje a Estados Unidos se concretó una amenaza a su salud mental y emocional. Resulta claro que en este caso el estado de tristeza y frustración de los niños es producto de las acciones iniciadas por el Instituto y no por su padre Chandler.

Lo anterior tiene que ver concretamente con que existe un vínculo afectivo positivo entre Chandler Burr con [REDACTED], que se ha tratado de debilitar y eso es lo que genera daños en los menores.

#### ***La existencia de un vínculo afectivo positivo entre los niños [REDACTED] y su padre adoptivo***

Diversos elementos contenidos en el expediente del proceso de restablecimiento de derechos dan cuenta de la existencia de un lazo emocional positivo que une a la familia Burr, el cual está siendo afectado a raíz de las actuaciones del ICBF, lo cual a su vez está afectando la estabilidad emocional de los niños. Así, en el relato de la entrevista realizada a los niños el 31 de marzo de 2011, se indica:

<sup>22</sup> Corte Constitucional, sentencia T-510 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

*“durante el dialogo, ambos niños expresan sentirse a gusto con quien identifican abierta y plenamente como su padre; manifiestan que reciben afecto, que les dice que los quiere, que los complace comprándoles juguetes y llevándolos a conocer diferentes sitios, entre otros Santa Martha.”*

*“[redacted] se siente protegido y a gusto en su compañía, incluso se puede apreciar que él es un referente afectivo y fuerte y de autoridad a quien respetan y obedecen. [redacted] refiere que su papá los educa, les llama la atención cuando se están portando mal y les ha enseñado a pedir perdón cuando juegan brusco y se lastiman”.*

*“[redacted] hace referencia, que la convivencia con su padre a futuro, es para él la respuesta a su deseo de querer tener una familia, añade que la mayoría de los compañeros con los que viajo (sic) ya tienen una familia y los que no tuvieron suerte están todavía con el ICBF y el (sic) no quiere vivir ni enfrentar una situación que le impida lograr cumplir el sueño de tener una familia, estudiar y viajar.”*

*“cuando los niños se reencontraron con su papa (sic), inmediatamente se lanzaron sobre él y le demostraron su afecto con abrazos y beso, y retomaron sus juegos, el señor Burr les llamo (sic) la atención para que estuvieran sentados y quietos e inmediatamente ellos respondieron a su solicitud demostrando que existe un buen nivel de respeto ante su autoridad”*

Como se expondrá a continuación, es con la preservación de este vínculo, y no con su ruptura, que mejor se puede garantizar el bienestar emocional de [redacted].

### ***La probada afectación al bienestar emocional de los niños por la actuación del ICBF***

A lo largo del expediente existe evidencia de la afectación de los niños en su bienestar emocional. Así, en la anotación contenida en el concepto que solicita la apertura del proceso de restablecimiento en relación con el estado emocional de [redacted] se indica: *“Alterado emocionalmente por las dificultades presentadas en último momento para su proyecto de viaje”*. Igualmente, en relato de la entrevista realizada a los niños el pasado 31 de marzo se refiere:

*“[redacted] manifiesta su malestar con la situación presentada el día de hoy, por tener que postergar su viaje a EEUU refiriendo su enojo con el ICBF porque le preguntan muchas cosas.”*

*“[redacted] expresa verbalmente sentirse muy mal por no poder viajar a los Estados Unidos con su papá, con su expresión corporal demuestra estar muy afectado por la situación, su inconformidad es manifestada haciendo referencia a que el quiere estar con su hermano y su papá”*

*“Teniendo en cuenta que el ICBF y la Agencia de Adopciones preparó a los niños [redacted] Burr a lo largo de las etapas administrativas y judiciales, para la adopción por parte del señor Chandler Ellis Burr y que la cancelación del viaje, la alteración de su proyecto y la investigación penal que se adelantará contra el señor Burr, pueden afectar el desarrollo armónico e integral de los niños...”*

Por su parte, en el concepto psicológico sobre el estado mental y emocional de los niños [redacted] Burr, presentado el 25 de abril de 2011, se indica:

*“Se puede apreciar que [redacted] se siente frustrado y angustiado por todo el esfuerzo que ha tenido que afrontar durante el proceso de búsqueda de familia, sintiendo en este momento que su sueño se ha realizado con la adopción que hizo el señor Chandler, por lo que enfatiza a los entrevistadores la responsabilidad que tienen en la situación presente el ICBF”*

Sin embargo, pese a la probada afectación a la situación emocional de los niños generada por el distanciamiento con su padre, el ICBF optó por reforzarlo. Así, en el citado concepto psicológico, se realiza la siguiente recomendación:

*“El contacto entre padre e hijos adoptivos no se puede suspender, se recomienda que al comunicación entre ellos se dé máximo dos veces por semana, para no seguir generando altas expectativas y se haga acompañados por un adulto responsable. Atendiendo la sugerencia del equipo del Centro Zonal San Gil, considero se estudie la posibilidad que los niños sean ubicados en otro hogar sustituto en Bogotá sitio en el cual se está realizando el proceso de Restablecimiento de Derechos, ya que se ha podido evidenciar que en la casa de la madre sustituta tienen internet y los niños se comunican a diario con el padre adoptante”.*

En virtud de esto, el 3 de mayo de 2011, la Defensoría resolvió *“Reducir el número de visitas entre los niños y su padre por cualquier medio (skipe) (sic) que estas se den para comunicarse; comenzando por permitir solo dos entrevistas a la semana con (sic) por el termino de un mes, siguiendo con una semanal y finalizando con una quincenal hasta el fallo del proceso administrativo de restablecimiento de derechos.”* Igualmente, solicitó un estudio sobre el hogar sustituto a efectos de evaluar su reubicación en un hogar distinto en el que no se ofrezcan las mismas facilidades de comunicación entre los niños y su padre.

De lo anterior, puede apreciarse que el interés superior del niño, en materia de bienestar emocional, ha sido afectado únicamente por las acciones adelantadas por el Bienestar familiar. La única medida que puede restablecer el bienestar emocional de los niños es, en consecuencia, el reencuentro con su padre.

#### **4.2. Consideraciones jurídicas**

De acuerdo con la jurisprudencia, el interés superior del menor no es un concepto vacío que sirva de base para tomar decisiones arbitrarias. Una de las características de este principio es su carácter relacional, de tal modo que en caso de conflicto de derechos en los que esté involucrado un menor, debe prevalecer el derecho de este último<sup>23</sup>.

No obstante, en el caso concreto, los derechos de los menores no tienen ningún conflicto con los derechos de su padre. Por el contrario, estos se complementan, en tanto la protección de los derechos del padre favorece la protección de los derechos de sus hijos.

A continuación se analizan los derechos de los niños que están siendo afectados y requieren protección urgente por parte del juez constitucional.

##### ***El derecho a la familia y a no ser separados de ella***

La Constitución Política de Colombia ha reconocido a la familia como el *“núcleo fundamental de la sociedad”*<sup>24</sup> titular de derechos fundamentales y fuente de derechos y obligaciones de sus integrantes, el Estado y la sociedad.

La adopción marca el surgimiento de una familia a través de vínculos jurídicos y la voluntad responsable de conformarla<sup>25</sup>. En consecuencia, después de finalizado el proceso de adopción existe una familia reconocida entre el señor Chandler Burr, ██████████ Burr. Sin embargo, los procedimientos llevados a cabo por el ICBF están poniendo en

<sup>23</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-408 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

<sup>24</sup> Constitución Política de Colombia, artículo 42.

<sup>25</sup> *“El fin de la adopción, como lo ha sostenido la Corte, no es solamente la transmisión del apellido y del patrimonio, sino el establecimiento de una verdadera familia, como la que existe entre los unidos por lazos de sangre, con todos los derechos y deberes que ello comporta”* Corte Constitucional. Sentencia C-477 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

riesgo la existencia de esta familia, situación especialmente preocupante si se tiene en cuenta que los niños ██████████ han sufrido diferentes situaciones de rechazo y que han sido categorizados como de difícil adopción<sup>26</sup>. En efecto, al ser ██████████ hermanos mayores de 8 años, tienen pocas posibilidades de ser nuevamente adoptados, lo cual reduce la probabilidad de que tengan una nueva familia en caso de que el ICBF decidiera declararlos nuevamente en situación de adoptabilidad.

El distanciamiento que ha generado el ICBF entre los niños y su padre con la solicitud para que no les dieran las visas, la apertura del proceso de restablecimiento de derechos y las medidas que allí se han tomado, está vulnerando el derecho de los niños a tener una familia<sup>27</sup> y a no ser separados de ella. Sobre el tema, la Corte Constitucional ha sido constante en sostener:

*““(…) La vulneración del derecho a la familia constituye una amenaza seria contra derechos fundamentales como el de la integridad física, la salud, a crecer en un ambiente de afecto y solidaridad, a una alimentación equilibrada, a la educación, a la recreación y a la cultura. Un niño expósito no sólo es incapaz de satisfacer sus necesidades básicas, sino que está en una circunstancia especial de riesgo respecto de fenómenos como la violencia física o moral, la venta, el abuso sexual, la explotación laboral o económica y el sometimiento a la realización de trabajos riesgosos. En síntesis, el derecho a formar parte de un núcleo familiar, además de ser un derecho fundamental que goza de especial prelación, constituye una garantía esencial para asegurar la realización de otros derechos fundamentales de la misma entidad, consagrados en el artículo 44 de la Carta”.*<sup>28</sup>

La existencia de la familia y el derecho de los niños a no ser separados de su padre está en vilo por las actuaciones injustificadas del ICBF. Explícitamente ha dicho la Corte Constitucional que el distanciamiento que se produzca en virtud de un proceso de restablecimiento debe obedecer a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, y reunir las siguientes condiciones:

*“...el decreto y la práctica de medidas de restablecimiento de derechos, si bien se amparan en la Constitución, en especial, en el artículo 44 Superior, también es cierto que las autoridades administrativas competentes para su realización deben tener en cuenta (i) la existencia de una lógica de gradación entre cada una de ellas; (ii) la proporcionalidad entre el riesgo o vulneración del derecho y la medida de protección adoptada; (iii) la solidez del material probatorio; (iv) la duración de la medida; y (v) las consecuencias negativas que pueden comportar algunas de ellas en términos de estabilidad emocional y psicológica del niño, niña o adolescente.”*<sup>29</sup>

Los anteriores criterios demandan la verificación de la existencia de un riesgo claro y cierto en el derecho de los niños como causa para distanciarlos de su padre. Sin embargo, en el presente caso, tal como se indicó en apartados anteriores, no hay una causa probada que dé origen a la amenaza, y mucho menos que sea proporcional a las medidas hasta ahora adoptadas. Del mismo modo, el ICBF no ha considerado el efecto negativo que tales medidas han tenido sobre la estabilidad emocional y psicológica de los niños, tal como lo resaltan los propios conceptos psicológicos que reposan en el expediente. Prueba de esto es

<sup>26</sup> Existen características especiales de los niños que dificultan su adopción, ya que lo más común es que se adopten niños solos, de corta edad y sin enfermedades; entonces, en el caso de los más grandes, que tienen hermanos y/o alguna enfermedad, es menos requerida su adopción.

<sup>27</sup> Este aspecto ha sido reconocido por el Instituto cuando al restringir las conversaciones argumenta que la medida es conveniente porque los niños volverán a su protección Ver concepto psicológico de la psicóloga Graciela Camargo. 25 de abril de 2011.

<sup>28</sup> Corte Constitucional. Sentencia T 587 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

<sup>29</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-477 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

que pese a la tristeza y sentimientos de frustración de los niños, el ICBF resolvió reducir la comunicación entre los niños y su padre a través de medios virtuales, medida que solo tiene sentido si se parte del supuesto de que los niños serán definitivamente separados de su padre y que por tanto es mejor empezar un proceso progresivo de distanciamiento desde ahora, que reduzca también las expectativas de los niños de gozar de una familia.

En síntesis, existe una vulneración al derecho de los niños a no ser separados de su familia en tanto no existe un peligro probado que amenace su salud mental y que requiera tomar medidas proporcionales para protegerlos. Las medidas que se han tomado no cumplen los parámetros de razonabilidad que deben tener y, a causa de esta ausencia, se genera un daño a los derechos de los niños. Así mismo, la propia entidad familiar que constituyen Chandler, ██████████ Burr se ve amenazada por las medidas injustificadas y desproporcionadas que ha tomado el ICBF, completamente discriminatorias e irrespetuosas de los derechos y principios constitucionales.

### ***La prohibición de discriminación por origen familiar***

El artículo 13 de la Constitución dispone que ninguna persona puede ser discriminada en razón de su origen familiar. Igualmente, el artículo 42 de la Carta concreta este principio de igualdad al disponer que *“los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”*.

En el presente caso, los niños ██████████ han sido sometidos a un trato discriminatorio en razón de su origen familiar, esto es, por ser dos niños adoptados por un hombre soltero homosexual. En virtud de esto, el ICBF ha tomado una serie de medidas que no hubieran sido tomadas si los niños hubieran sido adoptados por una pareja heterosexual o por un hombre soltero heterosexual.

Este trato discriminatorio desconoce la dignidad de la orientación sexual del Sr. Burr, pero principalmente afectan la dignidad del grupo familiar, ya que los niños tienen también que soportar las diferenciaciones odiosas realizadas contra su padre, en virtud de las cuales han sido sometidos a un procedimiento que únicamente los ha afectado a nivel emocional, y les ha impedido acceder a otros beneficios y derechos.

### ***La afectación del derecho fundamental a la educación***

El artículo 44 de la Constitución establece que la educación es un derecho fundamental de los niños. A juicio de la Corte constitucional, el hecho en sí mismo de afectar el derecho a la educación de los niños es suficiente para que proceda la acción de tutela. Al respecto ha señalado:

*“Cualquier intento de restringir alguno de los anteriores criterios que involucre las características del derecho a la Educación sin obedecer a una justa causa, debidamente expuesta y probada, deriva en arbitrario y, por ende, procede en su contra la acción de tutela y los demás instrumentos jurídicos y administrativos procedentes para exigir al Estado o al particular respectivo el cese inmediato de la vulneración”<sup>30</sup>*

En el caso bajo estudio, resulta fundamental tener presente que los niños han visto limitadas sus posibilidades de acceso a la educación y a tener una educación de mayor calidad que se adapte a sus necesidades particulares de dificultad de aprendizaje, únicamente en razón al proceso de restablecimiento de derechos.

---

<sup>30</sup> ibíd.

A pesar de la reiteración del diagnóstico de los trabajadores sociales y psicólogos que señalaban problemas educativos en los niños, se continuó adelantando un proceso que ha impedido el acceso a una educación de calidad acorde con sus necesidades educativas. El Sr. Burr demostró, a lo largo del proceso de adopción, que por sus posibilidades económicas, así como por el contexto educativo de la ciudad en la que vive, puede ofrecer una educación acorde a las dificultades que los niños presentan en el aprendizaje a causa del limitado acceso a la educación que por muchos años vivieron, primero con su familia y luego con el ICBF. Durante la declaración que rindió el Sr. Burr el día 1 de abril de 2011, señaló:

*“Quiero saber si los niños pueden ir a los Estados Unidos conmigo a mi casa, aunque sea con visa de turistas por el tiempo que el ICBF lo ordene. Lo solicito por dos razones psicológicas y emocionalmente es mejor para ellos y por que las escuelas públicas en donde vivo son muy buenas y tienen muchos recursos educativos para niños que hablan español y son atrasados”.*

A lo largo del expediente, esta legítima preocupación no ha sido ni siquiera considerada por el ICBF, que aunque ha ofrecido en la medida de sus posibilidades un reintegro al sistema educativo, no puede proporcionar la educación particularizada y especial, que requieren los niños y que su padre sí tiene posibilidad de ofrecer.

#### **IV. PROCEDENCIA DE LA TUTELA**

La presente acción de tutela es procedente por cuanto existe una violación a los derechos fundamentales y no existe otro mecanismo judicial de protección que pueda garantizar la protección de los derechos del Sr. Chandler Burr y de sus dos hijos menores [REDACTED]. En primer lugar, cabe destacar que en relación con actos de discriminación que vulneran el derecho a la igualdad, tal como sucede en el presente caso, la acción de tutela es el mecanismo procedente de protección. Así lo ha reconocido la Corte Constitucional, que al respecto ha indicado:

*“El acto discriminatorio contra la accionante, analizado en esta sentencia, constituye una lesión directa del derecho a la igualdad. La acción de tutela, de conformidad con los criterios anteriormente expuestos, se revela como el medio de defensa judicial más apto para la defensa del derecho fundamental de aplicación inmediata objeto de la vulneración”<sup>31</sup>*

En segundo lugar, la familia Burr tampoco cuenta con otros medios de defensa judicial de sus derechos diferentes a la tutela. Tal como lo hemos indicado, la violación de los derechos cuya protección se invoca se genera en una serie de actuaciones del ICBF que incluyen el haber impedido que el Sr. Chandler viajara a EEUU con sus hijos, la iniciación de un proceso administrativo de restablecimiento de derechos y la adopción de medidas en el curso de este, tales como ubicar a los niños en un hogar sustituto y restringir notablemente las posibilidades de comunicación con su padre. Sin embargo, el señor Chandler y sus hijos únicamente cuentan con un medio de defensa judicial frente al fallo final que adopte la Defensoría de Familia en el proceso de restablecimiento.

<sup>31</sup> Corte Constitucional, 1994, sentencia T-098 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

En efecto, en lo que respecta a los procesos de restablecimiento de derechos, los jueces de familia solo son competentes para conocer en única instancia de las siguientes cuestiones:

1. *La homologación de la resolución que declara la adoptabilidad de niños, niñas o adolescentes.*
2. *La revisión de las decisiones administrativas proferidas por el Defensor de Familia o el comisario de familia, en los casos previstos en esta ley.*
3. *De la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes.*
4. *Resolver sobre el restablecimiento de derechos cuando el defensor o el Comisario de Familia haya perdido competencia (Artículo 119, Ley 1098 de 2006)*

Según esta ley, la única decisión administrativa cuya revisión compete a los jueces de familia es la que resuelve de fondo la cuestión. Así lo dispone el artículo 100:

*ARTÍCULO 100. TRÁMITE. Cuando se trate de asuntos que puedan conciliarse, el defensor o el comisario de familia o, en su caso, el inspector de policía citará a las partes, por el medio más expedito, a audiencia de conciliación que deberá efectuarse dentro de los diez días siguientes al conocimiento de los hechos. Si las partes concilian se levantará acta y en ella se dejará constancia de lo conciliado y de su aprobación.*

*Fracasado el intento de conciliación, o transcurrido el plazo previsto en el inciso anterior sin haberse realizado la audiencia, y cuando se trate de asuntos que no la admitan, el funcionario citado procederá establecer mediante resolución motivada las obligaciones de protección al menor, incluyendo la obligación provisional de alimentos, visitas y custodia.*

*El funcionario correrá traslado de la solicitud, por cinco días, a las demás personas interesadas o implicadas de la solicitud, para que se pronuncien y aporten las pruebas que deseen hacer valer. Vencido el traslado decretará las pruebas que estime necesarias, fijará audiencia para practicarlas con sujeción a las reglas del procedimiento civil y en ella fallará mediante resolución susceptible de reposición. Este recurso deberá interponerse verbalmente en la audiencia, por quienes asistieron en la misma, y para quienes no asistieron a la audiencia se les notificará por estado y podrán interponer el recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil.*

*Resuelto el recurso de reposición o vencido el término para interponerlo, el expediente deberá ser remitido al Juez de Familia para homologar el fallo, si dentro de los cinco días siguientes a su ejecutoria alguna de las partes o el Ministerio Público lo solicita con expresión de las razones en que se funda la inconformidad, el Juez resolverá en un término no superior a 10 días. (Subrayas fuera de texto)*

En este sentido, la revisión de las decisiones que se han tomado hasta el momento en el proceso de restablecimiento frente a los hijos del señor Burr, a saber, la de apertura del proceso, la ubicación de los niños en un hogar sustituto y la de la restricción de la comunicación, no corresponde a los jueces de familia.

Igualmente, al tratarse de autos de trámite, tampoco cuentan con acción ante la jurisdicción contenciosa administrativa. Así lo dispone el artículo 49 del Código Contencioso Administrativo: *“IMPROCEDENCIA. No habrá recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios, o de ejecución excepto en los casos previstos en norma expresa”*. Por su parte, la Corte Constitucional, en la sentencia C-557 de 2001, al sintetizar la jurisprudencia del Consejo de Estado en relación con la improcedencia de la acción de nulidad contra los actos de trámite, destaca que:



*“el Consejo de Estado (especialmente la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo), ha reiterado que no procede la demanda de actos de trámite o preparatorios que no pongan fin a la actuación administrativa ni imposibiliten su continuación. En este sentido, se ha sostenido, por ejemplo, que no son susceptibles de impugnación ante los tribunales contencioso administrativos por tratarse de actos de trámite o preparatorios, entre otros: las comunicaciones y oficios, los certificados que se expidan con el fin de obtener determinado permiso o autorización por parte de la administración, los pliegos de cargos y el auto que ordena la apertura de la investigación, el auto que ordena la realización de una inspección tributaria y el acta que se extiende en dicha diligencia, el auto de mandamiento ejecutivo expedido dentro de un juicio de jurisdicción coactiva, y los actos dentro de los procesos electorales diferentes al declaratorio de elección”* (subrayas fuera de texto).

Ahora bien, dado que lo que genera la vulneración de los derechos cuya protección se invoca en esta tutela es la existencia misma del proceso de restablecimiento del derecho, así como las decisiones que se han tomado en el curso de este, resulta claro que el único mecanismo judicial que existe en este caso es la acción de tutela. No está de más resaltar que el proceso que actualmente adelanta la Defensoría de Familia es de carácter administrativo, no judicial. Por lo tanto, no tiene la capacidad de desplazar la procedencia de la tutela. Igualmente, en todo caso en el proceso administrativo no se puede solicitar la protección los derechos aquí invocados porque (i) es un procedimiento que lleva a cabo la Defensoría de Familia, entidad que ha generado la discriminación y por lo tanto no ofrece garantías de imparcialidad; (ii) la naturaleza del proceso no permite un análisis integral de la situación expuesta en esta tutela, puesto que en aquel solo se consideran los derechos de los niños, pero no a la luz de los derechos del padre y la familia. Punto fundamental en el caso, pues la vulneración a un derecho del padre es la causa de la afectación de los demás derechos; y (iii) no hay oportunidad en las etapas procesales para controvertir la discriminación que atraviesa todo el procedimiento.

Finalmente, cabe resaltar que incluso si se parte del supuesto de que en este caso lo procedente es esperar el resultado del proceso y atacar judicialmente la decisión de fondo que adopte la Defensoría de Familia, la presente tutela también resulta procedente por cuanto es el único mecanismo idóneo para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. En efecto, en este caso concurren los requisitos que, según la jurisprudencia constitucional, constituyen este tipo de perjuicio, a saber, que sea (i) cierto e inminente, (ii) grave por el interés jurídico que lesionaría, y (iii) demande una atención urgente.<sup>32</sup>

En este caso existe un perjuicio cierto e inminente desde que se separó a la familia conformada por el Sr. Burr y sus dos hijos en virtud de la discriminación de la que fue objeto el primero. ██████████ se han sentido muy frustrados, tal como lo muestran los informes del ICBF, pues no están de acuerdo con la cancelación de su viaje a Estados Unidos y con la imposibilidad de estar con su padre. Incluso, las entrevistas realizadas por el ICBF han mostrado que los niños se han visto afectados emocionalmente. Adicional a esto, entre más pasa el tiempo más aumenta la necesidad del reencuentro, teniendo en cuenta que los menores ya fueron dados en adopción. En virtud de todo esto, se están creando graves perjuicios en la salud emocional de todos los involucrados.

Otro perjuicio es el distanciamiento que pretende hacer el ICBF entre los niños y Chandler a través de la reducción de llamadas. Este daño es también cierto e inminente y tiene

<sup>32</sup> Corte Constitucional, sentencia T – 778 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

consecuencias en la ruptura de los lazos familiares y la estabilidad emocional de los niños y del padre.

Lo anterior es muy grave puesto que afecta valores jurídicos básicos en una democracia como son la igualdad, los derechos de los niños, y la familia. Entonces, por su relevancia, se requiere la adopción de una medida urgente.

En conclusión, la tutela es procedente porque existe una vulneración a varios derechos fundamentales, de toda una familia, que tienen origen específicamente en la discriminación por la orientación sexual de la cual es objeto el señor Chandler Burr que hace el ICBF y que obstaculiza el viaje de sus hijos a Estados Unidos. Los daños y el perjuicio inminente a los derechos de los niños y el Sr. Chandler exigen un análisis integral, efectivo y rápido, acompañado de la protección inmediata de los derechos.

## V. PETICIONES

1. Tutelar los derechos fundamentales a la igualdad, el libre desarrollo personalidad y el debido proceso del Sr. CHANDLER ELLIS BURR, así como los derechos de sus hijos [REDACTED] BURR a tener una familia y no ser separados de ella, a no ser discriminados en razón del origen familiar y a la educación.
2. A consecuencia de lo anterior, ordenar al ICBF que cese el proceso de restablecimiento de derechos adelantado en relación con los niños [REDACTED] [REDACTED] y que se vuelva a la situación en la que estos se encontraban antes de iniciar el procedimiento.
3. Ordenar al ICBF que adopte las medidas necesarias que estén a su alcance para facilitar la salida del país de los niños [REDACTED] para reencontrarse con su padre.
4. Ordenar al ICBF que se abstenga de adelantar actuaciones administrativas sustentadas en el criterio discriminatorio de la orientación sexual.
5. Ordenar al ICBF que solicite disculpas públicas a la familia Burr, por los daños emocionales causados hasta la fecha debido a sus actuaciones.
6. Oficiar a la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General de la Nación para que investigue la actuación de las funcionarias implicadas en los hechos referenciados en esta tutela, por la posible comisión del delito de prevaricato por acción, agravado por la motivación fundada en la orientación sexual.
7. Remitir copia de la sentencia y el expediente de tutela a la Fiscalía 27 Seccional de Bucaramanga para que este proceso sea tenido en cuenta dentro de la investigación que se adelanta por estos mismos hechos, radicado bajo la noticia criminal No. 680016008828201100697 contra CHANDLER BURR.

Además de las anteriores solicitudes, con fundamento en el artículo 7 del decreto 2591 de 1991, solicito al señor juez se dicte como medida provisional,

1. Ordenar al ICBF que se reestablezcan las comunicaciones de los niños [REDACTED] [REDACTED] con su padre por los medios telefónicos, escritos, virtuales u otros que considere el Sr. CHANDLER ELLIS BURR pertinentes para mantener el contacto con sus hijos.

2. Ordenar al ICBF que suspenda cualquier traslado de los niños a un hogar sustituto diferente a aquel en el que actualmente se encuentran.

## **VI.SOLICITUD DE RESERVA DE NOMBRES - EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTIMIDAD**

Solicito a su despacho se sirva guardar el nombre y datos de la familia Burr y hacerles saber de esta obligación legal al personal que se desempeña en el despacho.

Igualmente no dar a conocer los datos de la familia a terceras personas.

Esta protección se solicita teniendo como base el derecho fundamental a la intimidad consagrado en la Carta Política y en tratados internacionales aprobados por Colombia que versan sobre derechos humanos y conforme lo dispone el art. 93 de la misma prevalecen sobre el orden interno y los derechos y deberes de inferior jerarquía.

## **VII. JURAMENTO**

Bajo la gravedad del juramento afirmo que no he presentado otra acción de tutela por los mismos hechos y derechos respecto de la petición que se pretende se conteste.

## **VIII. ANEXOS**

Adjunto copia informal del expediente del proceso de restablecimiento de derechos que adelanta el ICBF.

Adjunto original del poder especial otorgado por el Sr. CHANDLER ÈLLIS BURR a título personal y a nombre de sus hijos [REDACTED].

## **IX.NOTIFICACIONES**

AL SUSCRITO en la Carrera 24 No. 34 - 61  
6083605 – 2327858. Bogotá D.C. o al correo mnoguera@dejusticia.org.

A la entidad demandada en la Avenida 68 No. 64C – 75. Bogotá D.C. Colombia. Teléfono  
Línea Gratuita Nacional de Bienestar Familiar: 01 8000 91 8080  
PBX: (57) 1 - 437 76 30

Del señor juez o la señora jueza

**RODRIGO UPRIMNY YEPES**

C.C. 79.146.539 de Bogotá

T.P. 46043 del CSJ