

Señores y señoras
Sala Penal
Tribunal del Distrito de Bogotá
La Ciudad

Ref.: Apelación de la sentencia del 14 de julio de 2001 del Juzgado 26 Penal del Circuito con funciones de conocimiento en la acción de tutela 2011-0061 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

Respetados magistrados o magistradas:

El suscrito, Rodrigo Uprimny, abogado con TP 46043, director del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad “Dejusticia”, y apoderado del señor Chandler Burr, por medio de este escrito impugno la sentencia de la referencia, que negó la protección de los derechos fundamentales tanto del señor Burr como de sus hijos [REDACTED]. Como mostraré en este escrito, la sentencia impugnada es equivocada pues valoró indebidamente (o incluso dejo de considerar) las pruebas y alegatos de la demanda, para aceptar integralmente y sin mayor examen las justificaciones y comportamientos del ICBF, que son discriminatorios y están violando hoy los derechos fundamentales de señor Burr y de sus hijos; igualmente la sentencia erró en valorar la procedencia de la tutela. Por todo ello, en este escrito no sólo solicito que el tribunal revoque la sentencia de primera instancia y ampare los derechos fundamentales del señor Burr y sus hijos, sino también que, dada la urgencia de la situación y la afectación de los derechos de los menores, otorgue las medidas cautelares solicitadas en la demanda de tutela.

Para sustentar esta petición, en este escrito de apelación comenzaré por resumir en un primer punto los hechos del caso, nuestras pretensiones, la defensa del ICBF, a través de la Defensora de Familia la señora Belén Villamizar Báez, y las tesis esenciales de la sentencia recurrida. Estos resúmenes me permitirán mostrar en concreto cuáles son los problemas jurídicos del presente caso.

Luego presentaré en un segundo punto, en forma breve, los argumentos esenciales por los cuales considero que la sentencia es equivocada, tanto sustantiva como procesalmente.

En los siguientes puntos, presentaré en forma detallada cada uno de los argumentos y pruebas que sustentan nuestra posición. Me disculpo con el tribunal pero en esos puntos tendré que retomar y transcribir nuevamente muchos apartes de la demanda, lo cual no es deseable en una apelación, pero resulta inevitable en este caso, por cuanto la sentencia recurrida no sólo no los tuvo en cuenta sino que ni siquiera los resumió adecuadamente en el texto de la providencia, mientras que transcribió casi literalmente y en su integridad la respuesta de la defensora de familia. Esta explicación detallada de los argumentos me llevará a solicitar que se tengan como incorporadas ciertas pruebas, que no hacen referencia a hechos nuevos pero que son útiles, para aclarar ciertos puntos, lo cual es perfectamente posible y legítimo en el trámite de una impugnación en un caso de tutela. Finalmente reiteraré las pretensiones de la demanda, no sólo aquellas relativas al amparo de los derechos fundamentales de mi poderdante y sus hijos, sino también las relativas a la necesidad de las medidas cautelares solicitadas.

I. SÍNTESIS DEL PROCESO.

a. Los hechos del caso y la solicitud de tutela

La tutela busca que se protejan 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] a tener una familia y no ser separados de ella, a no ser discriminados en razón del origen familiar y a la educación. A consecuencia de lo anterior, se solicita ordenar al ICBF que cese el proceso de restablecimiento de derechos adelantado en relación con los niños [REDACTED] y que se vuelva a la situación en la que estos se encontraban antes de iniciar el procedimiento. Igualmente se pide que el ICBF adopte las medidas necesarias para facilitar la salida del país de los niños [REDACTED] para reencontrarse con su padre y se hacen otras peticiones más específicas.

Esta solicitud, estuvo fundamentada en hechos que en su gran mayoría fueron aceptados por el ICBF y de los cuales solo algunos fueron aclarados por la entidad, sin que cambiara estructuralmente el sentido de los mismos. Para un examen detallado de los hechos por el tribunal, remito entonces a la demanda en donde están detallados. Para efectos de la apelación, los resumo sintéticamente, para llegar al núcleo del debate planteado por la acción del ICBF y por esta tutela.

El Sr. Chandler Ellis Burr es un ciudadano estadounidense, que después de haber cumplido con todos los requisitos legales, adoptó a los niños [REDACTED] y [REDACTED], dos hermanos de 13 y 8 años, respectivamente, caracterizados como niños de difícil adopción. Entre ellos se constituyeron ya vínculos emocionales y altas expectativas de conformar una familia.

Luego de la sentencia de adopción, el 31 de marzo de 2011, y poco antes de viajar con sus hijos a los Estados Unidos, el señor Burr decidió despedirse de algunas funcionarias del ICBF, entre las cuales estaba la señora Ilvia Ruth Cárdenas, Subdirectora de Adopciones del ICBF. Allí informalmente expresó su inquietud por el temor que existe en Colombia frente a la adopción por parte de personas homosexuales y dio a entender que él era un hombre gay, pero 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.

Ese mismo 31 de marzo, y con base en esa charla informal, la Subdirectora de Adopciones radicó ante el ICBF una denuncia de amenaza a los derechos de los niños [REDACTED], en la que solicitó verificar la situación de sus derechos y adelantar un proceso administrativo de restablecimiento de derechos. Igualmente denunció penalmente al señor BURR. El argumento esencial era que el señor BURR había omitido información y que habría una presunta amenaza a los derechos de los menores.

El ICBF solicitó entonces que se impidiera la salida del país del señor BURR con sus hijos, lo cual incluyó una petición a la embajada de Estados Unidos. La visa de sus hijos fue revocada, pero en semanas siguientes, el 25 de mayo, fue reestablecida luego de que las autoridades americanas hicieran verificaciones internas sobre la situación del señor Burr.

El 1 de abril de 2011, la Defensora de Familia, la Sra. Belén Villamizar, inició el proceso de restablecimiento de derechos y debido a razones laborales que obligaban al Sr. Burr salir del país, se separó de sus hijos, quedando ellos en un hogar sustituto. Ese mismo día tomó una declaración del Sr. Burr, en donde éste aclaró que él no convivía en pareja con nadie, que era soltero y tenía un novio, pero que no convivía con él. En efecto, la defensora de familia le preguntó que como el ICBF ha preparado a los niños “para recibir una familia cuyo padre es un hombre soltero solo, ¿cómo tiene usted previsto aclararles que no es así?”. Y Burr respondió que “yo soy exactamente la persona para quien el ICBF preparó los niños, un hombre soltero solo”.

Los niños fueron separados de su padre, puestos en un hogar sustituto y el señor BURR tuvo que viajar solo a los Estados Unidos. Un concepto de la sicóloga Graciela Camargo,

solicitado por la Defensora de Familia e incorporado al expediente, resalta que esa separación ha provocado una grave frustración y desconfianza en los menores.

El proceso administrativo de restablecimiento de derechos ha seguido y en él se ha ordenado reducir los contactos virtuales del señor Burr con sus hijos a uno quincenal, con el argumento de que es mejor para los niños ir quitándoles la expectativa de que podrían reunirse con su padre. Nosotros como Dejusticia hemos intervenido en ese proceso administrativo, como apoderados del señor BURR, haciendo argumentaciones y solicitudes semejantes a las presentadas en esta acción de tutela, lo cual no es en manera alguna una irregularidad, o un hecho que genera la improcedencia de la tutela, contrariamente a lo sostenido por la Defensora de Familia y la sentencia recurrida, como lo explicaremos ulteriormente.

b. La esencia del problema jurídico del presente caso y de la petición de tutela

El anterior resumen fáctico muestra que el núcleo del presente caso es el siguiente: el señor Burr es homosexual, pero es soltero y vive solo, aunque tiene un novio. Esto es lo que está probado. No hay ninguna prueba de que no sea soltero ni de que conviva con alguien. Durante el trámite de la adopción, el señor Burr nunca expresó su orientación sexual, pero tampoco la negó pues nunca le fue preguntada. Y, como lo mostraremos ulteriormente, no tenía por qué revelarla pues la orientación sexual es un hecho irrelevante para definir si una persona es idónea para adoptar individualmente. Otra cosa es la adopción por parejas del mismo sexo, punto que se encuentra en controversia en la Corte Constitucional, pero en el ordenamiento jurídico colombiano es claro que una persona homosexual puede adoptar.

Ahora bien, el único hecho nuevo por el cual el ICBF separó al señor BURR de sus hijos e inició el proceso de restablecimiento de derechos de los menores, que en el fondo busca quitarle los hijos al señor BURR para ponerlos en adopción para otra persona o familia, es la conversación en donde el señor BURR expresó su orientación sexual y que tiene novio. Es claro para el ICBF, después del interrogatorio del 1 de abril por la Defensora de Familia, que el señor BURR es soltero y vive solo. No puede el ICBF argüir que el señor BURR los engañó sobre la estructura de su hogar pues es absolutamente claro que vive solo y es soltero. La confusión que pudo existir es que, debido a que su español no es el mejor, el señor Burr interpretó la pregunta de si tiene pareja como si le preguntaran si tenía relaciones afectivas o novio. Pero nunca afirmó en la conversación informal que conviviera con alguien y luego explicó claramente su situación en el interrogatorio realizado por la Defensora de Familia.

La única razón por la cual el ICBF y la Defensora de Familia separan de sus hijos al señor BURR, lo denuncian penalmente y adelantan el proceso administrativo de restablecimiento de derechos es entonces porque el señor BURR les contó que era homosexual. Ni siquiera es relevante que tenga novio, pues si el señor BURR les hubiera contado que era heterosexual y tenía novia, nunca lo hubieran denunciado penalmente ni se hubiera considerado que estaban amenazados los derechos de sus hijos adoptados.

Reitero un punto, que muestra que el ICBF se funda exclusivamente en la orientación sexual del señor Chandler y que con base en ese criterio prácticamente han tomado la medida de separar definitivamente al señor Chandler de sus hijos. El punto es el siguiente: si uno analiza el proceso de restablecimiento de derechos y las medidas tomadas por la Defensora de Familia aparecen claras dos cosas: primero que rápidamente el ICBF y la Defensora de Familia aclararon que el señor Chandler no convivía con ninguna pareja; y sin embargo, segundo, han continuado con el proceso de restablecimiento de derechos y han reducido al mínimo los contactos por vías virtuales, como teléfono o skype, entre el señor Chandler y sus hijos, con el argumento de que es necesario evitarle expectativas infundadas a los hijos de poder reunirse con sus padres. Esto sugiere entonces que la decisión por el ICBF está prácticamente tomada: separar definitivamente al señor Chandler de sus hijos debido a su orientación sexual

Así las cosas, la esencia del problema jurídico del presente caso es la siguiente: ¿Puede el ICBF y la Defensora de Familia intentar quitarle sus hijos al señor BURR, que fueron legalmente adoptados siguiendo todos los pasos establecidos por la ley, únicamente porque después de la sentencia se enteraron de que el señor BURR es homosexual? Nuestra posición es que no, y que esa decisión del ICBF es arbitraria y discriminatoria, pues en el ordenamiento jurídico colombiano una persona homosexual puede adoptar individualmente y el señor BURR demostró que era un padre idóneo y no hay ningún hecho nuevo que muestre que no lo es. El proceso de restablecimiento de derechos viola entonces los derechos fundamentales del señor BURR a no ser discriminado por su orientación sexual pues le quitan sus hijos debido a su homosexualidad.

También, y más grave aún, con esos comportamientos el ICBF y la Defensora de Familia violan los derechos de sus hijos, pues los privan, sin ninguna razón válida, de su padre, con quien ya habían construido lazos afectivos, y les generan una nueva frustración en la difícil vida que han tenido, pues estaban convencidos de que iban a viajar y hacer una nueva vida con su padre. Y no nos digamos mentiras, lo más probable es que esos niños, que son claramente de muy difícil adopción, nunca puedan ser adoptados, con lo cual los privan de su derecho a tener familia. Y ahí está la más grande ironía de este caso: todo eso el ICBF y la Defensora de Familia lo hacen en nombre del interés superior del menor.

Tanto la sentencia que impugnamos como la Defensora de Familia sugieren que nosotros con esta demanda sólo defendemos el derecho del padre Burr a no ser discriminado. Pero no es así; obviamente defendemos al señor BURR y su derecho a no ser discriminado y separado de sus hijos, pero igualmente defendemos los derechos de los niños a no ser separados, sin razón que lo justifique, de su padre y a no ser privados de la oportunidad de tener una familia.

Esa es la esencia del caso. Obviamente la situación sería distinta si después de la sentencia de adopción, el ICBF se hubiera enterado que el señor Burr era un abusador de menores, o tenía tendencias agresivas muy serias, o había ocultado que estaba casado con una mujer y convivía con ella y a pesar de eso había solicitado la adopción como hombre soltero y solo. En esas hipotéticas situaciones, era perfectamente legítimo que el ICBF iniciara un proceso de restablecimiento de derechos, ya sea porque el ICBF se enteraba de rasgos de carácter del señor Burr que hacían lo riesgoso como padre frente a sus hijos, o porque averiguaba que había mentado u ocultado información relevante. Pero nada de eso ocurre en el presente caso. Lo único nuevo que sabe el ICBF y la Defensora de Familia es que el señor BURR es homosexual y ese dato provoca los afanes institucionales del ICBF que tanto dolor y sufrimiento innecesarios, y probablemente irremediables, le están ocasionando al señor BURR y a sus hijos.

Es por ello es que presentamos esta tutela, pues consideramos que la actuación del ICBF y de la Defensora de Familia son totalmente discriminatorias y arbitrarias y están violando los derechos fundamentales del señor BURR y sus hijos y pueden estar ocasionando (ojala no sea así) daños irreparables.

Frente a este planteamiento, ¿cuál fue entonces la respuesta de los demandados y la decisión de la jueza?

c. La respuesta del ICBF y la Defensora de Familia

La Defensora argumentó en primer lugar que la tutela resultaba improcedente, por cuanto actualmente existe otro mecanismo jurídico, que es el proceso de restablecimiento de derechos. El trámite administrativo que se adelanta en la actualidad por el ICBF constituye, según la demandada, un mecanismo judicial que debe ser agotado en los términos de la sentencia de revisión de la Corte Constitucional T-007 de 1992. Así mismo, para el ICBF no resulta procedente la tutela, por cuanto al existir un mecanismo de justicia, debería

probarse que existe un perjuicio irremediable que justifique la procedibilidad de la acción, lo cual, a su juicio, no es probado.

En segundo término, la Defensora argumentó que el interés superior de los niños, permitía desvirtuar la demanda de tutela. Así, no habría discriminación, por cuanto al ser los derechos de los niños de superior jerarquía, no es posible hablar de iguales entre los derechos de los niños y los del padre, ya que los primeros son superiores sobre los de este y cualquier otro adulto. El ICBF señala como la acción de tutela no puede centrarse en los derechos del Sr. BURR, dejando de lado el interés superior de los niños.

En relación al derecho a la familia, el ICBF es enfático al señalar que solicitar la adopción individual o como pareja, las personas homosexuales no pueden constituir una familia y afectan el derecho de los niños a tenerla, una interpretación exegética del artículo 42 de la Constitución de plano descarta esta posibilidad, por lo cual, no es posible hablar de dicho derecho por parte del Sr. Burr, ya que desde el proceso mismo de adopción, no tenía posibilidad de conformar familia.

En relación al libre desarrollo de la personalidad, señala la entidad accionada, que de este derecho solo puede hablarse en función de los niños, ya que son sujetos en formación, mientras que los adultos, independientemente de su orientación sexual, ya la tienen constituida, y en este sentido, no serían sujetos de especial protección, por lo cual, lo relevante es estudiar cómo se afectaría el libre desarrollo de la personalidad de los niños y no qué ocurre con el padre.

Finalmente, en lo relativo al debido proceso, la entidad demandada señala que actualmente se adelanta un proceso administrativo que será homologado por un juez de familia. El hecho de que los niños hayan sido adoptados “presuntamente en forma legal” no significa que no puedan tomarse medidas como la de restablecimiento de derechos. Precisamente, señala, que uno de los abogados del Sr. Burr presentó un documento en el marco del proceso administrativo con iguales hechos y pretensiones a los de la tutela.

d. La sentencia impugnada

Para la jueza, el problema jurídico señalado por el demandante, se centra en la discriminación contra el Sr. Burr por su orientación sexual, dejando de lado la mencionada afectación de derechos y emocional de los niños y la familia como entidad en dicho proceso. A partir de este problema jurídico, se construyen las consideraciones del despacho analizando la prohibición por orientación sexual y en segundo lugar el proceso de restablecimiento de derechos. Luego, estudia cómo el proceso de restablecimiento de derechos protege el interés superior del menor y garantiza la no discriminación, con lo cual, todos los derechos invocados no tienen fundamento, en este sentido la acción de tutela no procede, pues existe un mecanismo jurídico y no hay lugar al perjuicio irremediable.

La sentencia señala la importancia de la no discriminación y considera que sería *“por lo tanto contrario a los preceptos constitucionales consagrados en la Carta Política, que por ejemplo, se iniciara un proceso de cualquier índole, ya sea judicial o administrativo, en contra de cualquier asociado por razones que tengan que ver con su orientación sexual, que como se sabe de antemano, nuestra legislación contemplaba en pretéritas oportunidades”* (negrilla fuera del original)

A partir de esta consideración, inicia un análisis sobre si existieron o no razones para la apertura de un proceso de restablecimiento de derechos, a partir del marco legal presentado por el ICBF y el demandante, realiza un análisis sobre este proceso, sus diferentes etapas y garantías al debido proceso, acorde al Código de Infancia y Adolescencia –CIA-. A partir de estas consideraciones jurídicas, inicia el abordaje del caso en concreto. Según su parecer, el adelantamiento del proceso de restablecimiento de derechos se justifica, por cuanto (a.)

existió un cambio en la información aportada por el Sr. BURR en el proceso de adopción y (b.) porque el proceso de restablecimiento de derechos se hizo acorde a los cánones legales.

- a. Para el despacho, se realizó todo un trámite psicológico y de trabajo social encaminado a la preparación de los niños a tener un padre soltero y sin pareja, sin embargo, se cambió la situación a los niños a partir del momento en que se menciona la orientación sexual del Sr. Burr, ya que *“se presentó como una persona que vive sola y sin pareja, para luego venir a mostrarse como una persona que tiene una pareja y del mismo sexo”*. La jueza considera que es importante señalar que los niños vienen de un entorno rural discriminatorio y requieren preparación psicológica frente a este tipo de casos.
- b. Así mismo, para el despacho, los fundamentos del acta de apertura del proceso de restablecimiento de derechos tienen plena sustentación. Para la jueza de conocimiento, nunca se hace una *“clara referencia directa hacia los motivos discriminatorios en razón de la orientación sexual del señor ELLIS BURR, véase como no mas como la Defensora de Familia sustenta su providencia con base en los artículos 42 de la carta política, el numeral 19 del artículo 20 y 27 del CIA”*

Por lo cual, para la funcionaria el proceso de restablecimiento de derechos se hizo acorde a los cánones legales, especialmente teniendo en cuenta que la Procuraduría General de la Nación (delegada de familia) ha requerido información sobre *“procesos de adopción de menores por personas solteras que presumiblemente ocultan información, generando con ello la “... Vulneración de los derechos fundamentales de los menores de edad como sujetos de especial protección, así como de su interés prevalente (...)”*

A partir de estas consideraciones realizadas en cuanto a la fundamentación y justificación fáctica y legal del proceso de restablecimiento de derechos para el despacho, se fundamenta en **segundo lugar**, que no existieron vulneraciones a derechos fundamentales y que en este sentido, no hay lugar a tutelar los derechos invocados:

De tal forma, el debido proceso no fue vulnerado ya que el proceso de restablecimiento de derechos no se fundó en su orientación sexual, se enmarcó legalmente en la Constitución en el artículo 42, y en el CIA en los artículos 19, 20 y 27. El trámite de restablecimiento de derechos es adecuado porque los hechos se conocieron después del proceso de adopción, en este sentido, no hacía falta adelantar ninguna acción, para cuestionar el proceso mismo de adopción. Para el despacho el hecho de que el Sr. BURR fuera notificado de todo el proceso y conociera los procedimientos que se adelantaban, dan cuenta de que no existió vulneración al debido proceso.

Así mismo, para el despacho no se afecta el derecho a la educación de los niños, por cuanto existe prueba de que están en un colegio y están afiliados en el sistema de salud también, de tal forma, no se están afectando estos derechos.

Con el análisis de estos derechos, considera el despacho que no existe vulneración a los derechos que se solicita tutela y de esta forma, entra a estudiar, en **tercer lugar**, la procedibilidad de la acción de tutela misma, la cual no puede tramitarse, pues existe otro recurso y además no hay perjuicio irremediable.

Para el despacho, es clara la existencia de otro mecanismo judicial, por lo cual la tutela es improcedente. Según la jueza:

“basta observar que en efecto, a la fecha, el proceso de Restablecimiento de Derechos se encuentra en pleno trámite y bajo los términos contemplados en el parágrafo 2° del artículo 100 del CIA, esto es de cuatro (4) meses, los cuales a la fecha no han vencido.

Además que con el trámite administrativo, no concluye el proceso de Restablecimiento de derechos. Recuerde que la decisión que allí se tome debe ser homologada por el Juez de Familia, por lo tanto las instancias no se han agotado en su totalidad” (negrilla fuera del original)

Dicha solicitud, para el despacho es tan válida, que incluso, el abogado del Sr. BURR interpuso en el proceso de restablecimiento de derechos una solicitud que guarda similitud con la tutela, con lo que a juicio del despacho (al parecer) se reconoce que este mecanismo es el idóneo.

Finalmente, justifica la improcedencia de la acción, en el hecho de que no existe perjuicio irremediable. Las medidas tomadas por la defensora de familia, tales como limitar las visitas por internet al Sr. BURR y el cambio de hogar sustituto, están justificadas por cuanto son transitorias o porque simplemente aún no son realidad (en lo atinente al cambio de hogar sustituto) y no están sujetas al capricho de la defensora de familia sino a situaciones inadecuadas que se presentan en el hogar sustituto y estudios de expertos en la materia.

A partir de los argumentos señalados por el despacho judicial, señala finalmente, que no procede la acción de tutela, debido a la existencia de un mecanismo judicial y en segundo lugar porque no existe un perjuicio irremediable. Así mismo, considera que no hay lugar a tutelar los derechos invocados, por cuanto no existe vulneración a los mismos.

II. SÍNTESIS DE LAS RAZONES DE LA APELACIÓN.

Como se puede observar por el anterior resumen, la esencia del planteamiento de la demanda de tutela es que el ICBF y la Defensora de Familia violan los derechos fundamentales del señor BURR y sus hijos pues han iniciado un proceso de restablecimiento de derechos únicamente porque se enteraron de la orientación homosexual del señor BURR, lo cual es discriminatorio, pues la orientación sexual no impide a una persona adoptar individualmente.

Los argumentos esenciales de la sentencia para negar la tutela son dos: uno procesal y es que existiría un mecanismo judicial de defensa, que es el propio procedimiento de restablecimiento de derechos, que cuenta con una especie de revisión judicial ulterior, que es la homologación de la decisión por el juez de familia. Y otro sustantivo, que es que no habría violación de los derechos fundamentales pues el procedimiento del ICBF no sería ni discriminatorio ni arbitrario.

La apelación estará destinada a cuestionar ambos aspectos. Así, en relación con el tema procesal, es claro primero que el procedimiento de restablecimiento de derechos no es un mecanismo judicial idóneo, que desplace la tutela, pues es un trámite administrativo y no judicial. Y es clarísimo que no hay que agotar la vía administrativa para poder presentar una tutela. Segundo, es cierto que dicho procedimiento administrativo requiere al final una homologación judicial por el juez de familia, por lo que podría considerarse que es esa la vía judicial a la cual hace referencia la sentencia impugnada. Y esa objeción es relevante (aunque la sentencia la formule confusamente) pues habría un mecanismo judicial que parecería desplazar a la tutela por su carácter subsidiario. Pero no es así, por las siguientes dos razones: de un lado, existe en el presente caso un perjuicio irremediable, por la intensa y posiblemente irreversible afectación de los derechos de los niños Burr, por lo que al menos la tutela procedería como mecanismo transitorio. Pero, más importante aún, conforme a la regulación de la acción de tutela y a la clarísima jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el tema, hay dos razones por las cuales en este caso, a pesar de la homologación judicial, la tutela procede como mecanismo directo, a saber, que i) dicha homologación no es suficiente para evitar la discriminación del señor Burr y ii) que en caso de vías de hecho administrativas, como indudablemente ocurre en este caso, la Corte Constitucional ha establecido que la tutela procede como vía directa, a pesar de que

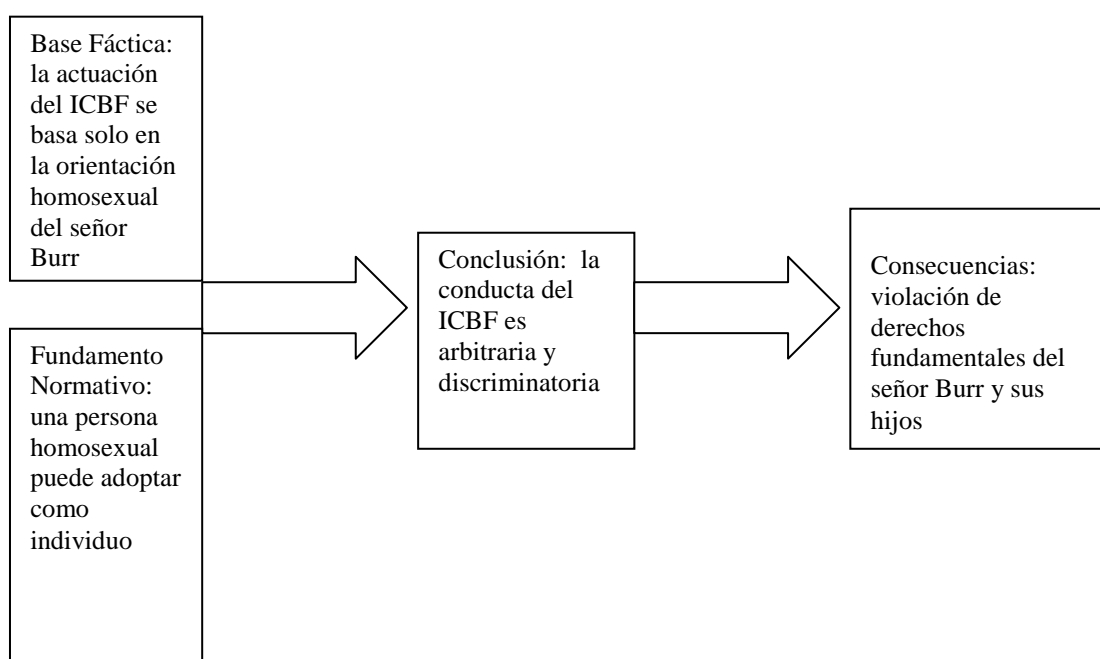
formalmente exista otro mecanismo judicial. Por todas esas razones, consideramos y mostraremos que la tutela procede en este caso como vía directa, o al menos como mecanismo transitorio, y que la sentencia erró al declararla improcedente.

Ahora bien, sobre el aspecto sustantivo y con el respeto debido a la señora jueza, la sentencia es particularmente confusa, pues no se sabe cuál es la tesis con la cual la sentencia refuta los argumentos y pruebas de nuestra demanda para dar razón al ICBF y a la Defensora de Familia y concluir que su acción es legítima y no viola los derechos fundamentales del señor Burr y sus hijos. Recordemos que la tesis esencial de la demanda es la siguiente: la demanda llega a una “conclusión”, que es que el ICBF y la defensora de familia han tenido una conducta arbitraria y discriminatoria, la cual tiene unas “consecuencias”: la violación de numerosos derechos fundamentales del señor Burr y de sus hijos. Y esa conclusión está basada en una “base empírica” y un “fundamento normativo”. La consideración empírica es que la única base del proceso de restablecimiento de derechos, que busca separar al señor Burr de sus hijos y a los niños Burr de su padre, es la orientación homosexual del señor Burr. Y el fundamento normativo es que la orientación sexual no impide en Colombia a una persona adoptar individualmente.

Con el fin de aclarar mejor la argumentación de la demanda, procedo a formalizarlo un poco, en la siguiente forma: Tenemos entonces que la “Base Fáctica” de la demanda es que la homosexualidad del señor Chandler es la única base de la actuación del ICBF y de la defensora de familia. El “Fundamento Normativo” es que una persona homosexual puede en Colombia adoptar individualmente. Considero que si se aceptan esas dos premisas, entonces se sigue una inevitable “Conclusión”: La actuación del ICBF y de la Defensora de Familia es discriminatoria y arbitraria. Y de esa conclusión derivan inevitablemente unas “Consecuencias” y es que esa actuación arbitraria y discriminatoria vulnera, entre otros, los derechos fundamentales del señor Chandler a no ser discriminado y a no ser separado de sus hijos, y el derecho fundamental de sus hijos a no ser separados de su padre y su familia, junto con otros que le están derechos asociados.

Este esquema argumentativo puede ser visualizado en el siguiente gráfico:

Esquema gráfico de la sustentación de la demanda



Para refutar este planteamiento de la demanda, considero que hay que mostrar una de las siguientes dos cosas: i) que su base fáctica es falsa por cuanto el ICBF no está actuando

fundado en la orientación sexual del señor Burr; o ii) que su base normativa es errada, pues el ICBF puede negar una adopción individual basándose exclusivamente en la orientación sexual del padre adoptante. Creo que refutar la base fáctica o el fundamento normativo de la demanda es la única forma de negar sus pretensiones pues si se aceptan la premisa fáctica y el fundamento normativo, entonces la conclusión se sigue inevitablemente. Y de la conclusión derivan inevitablemente las consecuencias en términos de la violación de los derechos fundamentales del señor Burr y sus hijos, y por ende la necesidad de tutelarlos.

Ahora bien, en una parte de la sentencia, la jueza parece cuestionar, pero sin un desarrollo claro, la premisa normativa pues parece admitir la idea de que la sola orientación sexual del señor Burr justifica la actuación del ICBF. En efecto, un aparte de la sentencia parece afirmar ese punto cuando dice que esta orientación sexual afecta psicológicamente a los menores ya que provienen de un entorno rural. Según ese aparte en la pag 15 de la sentencia, pareciera que es entonces legítimo que por esa razón el ICBF separe al señor Burr de sus hijos y promueva el proceso de restablecimiento de derechos. Pero, al mismo tiempo la sentencia afirma que eso no es posible, pues la toda distinción fundada en la orientación sexual es en principio discriminatoria. Sin embargo la jueza afirma que dicha discriminación no ocurre en este caso, pues la actuación del ICBF no se funda en la orientación sexual del señor Burr sino en otros motivos, y por ello no es discriminatoria, como lo dice el párrafo final de esa misma página 15. Aquí la sentencia parece cuestionar entonces la premisa fáctica pues parecería decir que hay otros motivos no discriminatorios para la actuación del ICBF. Sin embargo, la jueza no explica cuáles son esos motivos pues no desarrolla cuáles serían las razones para adelantar el proceso de restablecimiento de derechos si no es la consideración de que el señor Burr es homosexual. Y finalmente, en otro aparte, parecería que el punto esencial que justifica para la sentencia la acción del ICBF es la combinación del hecho de que el señor Burr sea homosexual junto con el hecho de que viva en pareja, pues la jueza sostiene que no es lo mismo que se prepare a unos niños “a convivir con un hombre soltero que siempre se presentó como una persona sola y sin pareja, para luego venir a mostrarse como una persona que tiene una pareja y del mismo sexo”. Esto estaría también cuestionando la premisa empírica de nuestra demanda, pero es un cuestionamiento inane pues no hay ninguna prueba en ninguna parte de que el señor Burr no sea soltero ni viva solo.

El carácter confuso de la sentencia dificulta la comprensión de los argumentos sustantivos de la señora jueza y por ello me he visto forzado a hacer esta extensa reconstrucción de sus posibles argumentos, con el fin de precisar la lógica sustantiva de nuestra apelación.

En efecto, nuevamente mostraremos, retomando gran parte de la demanda (que debemos en parte retranscribir pues fue ignorada por la sentencia recurrida) la premisa normativa, esto es, que una persona homosexual puede adoptar individualmente en Colombia y que por consiguiente es discriminatorio impedir a alguien adoptar únicamente por su orientación sexual. Aunque la jueza no se opone frontalmente a esa premisa, en algunos apartes se distancia de ella, por lo cual es necesario reiterarla.

Luego mostraremos que la actuación del ICBF se basa exclusivamente en la orientación sexual del señor Burr pues es el único elemento empírico nuevo que han invocado para explicar el inicio del procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos. El ICBF o la Defensora de Familia no tienen ni han aportado ninguna prueba sobre el otro posible hecho que han invocado, y es que el señor Burr no sería soltero o conviviría con alguien. Y no han podido aportarlo sencillamente porque el señor Burr es soltero y no vive con nadie. Tiene un novio pero no convive con él. Luego ha sido su orientación sexual el único fundamento fáctico de la actuación del ICBF.

Al demostrar esos dos puntos, fáctico y normativo, no sólo mostraremos que la sentencia es equivocada sino que es inevitable concluir que la actuación del ICBF es abiertamente arbitraria, una vía de hecho, y que es violatoria de los derechos fundamentales del señor Chandler y sus hijos. Y que por ello procede el amparo a sus derechos.

Las anteriores consideraciones generales explican los puntos siguientes que serán desarrollados en la presente apelación. Comenzaré por las razones procesales, para mostrar en el punto III que la tutela en este caso es procedente como vía directa, o al menos como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Luego en el punto IV analizaré la “base empírica” de la demanda para mostrar nuevamente que la homosexualidad del señor Burr ha sido la única razón del ICBF para adelantar el procedimiento de restablecimiento de derechos. Luego en el punto V me centraré en el “fundamento normativo” de la demanda para demostrar que una persona homosexual puede adoptar en Colombia individualmente y que por ello es discriminatorio impedir a alguien adoptar invocando su orientación sexual. Luego en el punto VI mostraré nuevamente la manera como esas actuaciones arbitrarias del ICBF vulneran los derechos fundamentales tanto del señor Burr como de sus hijos. Y en el punto VII concluiré formulando nuestras pretensiones y las pruebas que solicitamos se incorporen al expediente.

III. LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

A continuación presento las razones por las cuales me aparto de los argumentos expuestos por la jueza de primera instancia al considerar que la tutela no procedía en el presente caso. En particular, muestro que existen elementos suficientes para que la acción de tutela proceda en este caso tanto de manera directa, como para evitar un perjuicio irremediable.

Para esto, en primer lugar, indico que el proceso de restablecimiento de derechos es un procedimiento administrativo, que si bien puede ser homologado por un juez de familia, no constituye en sí mismo un “medio de defensa judicial” idóneo y eficaz para salvaguardar los derechos fundamentales afectados. En efecto, frente a la vulneración de los derechos a la igualdad y no discriminación del señor Chandler Elis Burr, es claro que el único mecanismo de defensa judicial eficaz es la acción de tutela, por lo cual debe proceder en el presente caso.

En segundo lugar, muestro que existe otra razón por la cual procede la tutela como mecanismo directo, a pesar de que exista en abstracto la homologación judicial del trámite administrativo, y es que en el presente caso se presenta una clara arbitrariedad, una verdadera vía de hecho administrativa, frente a la cual la Corte Constitucional ha señalado que procede la tutela de manera directa.

Finalmente, incluso si no se acepta la tesis de la procedencia directa de la tutela, establezco que en el presente caso se configura un perjuicio irremediable, por lo cual al menos resulta procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio de protección de derechos.

a- La naturaleza administrativa del proceso de restitución de derechos y la falta de idoneidad concreta de la homologación del juez de familia como recurso judicial efectivo.

El presupuesto de la argumentación que presento es que, contrario a lo sostenido por la jueza de primera instancia, si bien existe un proceso de carácter administrativo en curso, en el cual el señor Burr ha ejercido a través de sus abogados actos de oposición a lo actuado, éste no constituye en sí mismo un impedimento para que proceda la acción de tutela. En efecto, de acuerdo con el artículo 9 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela no resulta incompatible con los recursos administrativos, por lo cual pueden ser interpuestos de manera simultánea y desarrollarse de forma paralela, como ocurre en el presente caso. En esa medida, el que el proceso de Restablecimiento de Derechos se encuentre en pleno trámite, no constituye un impedimento para que proceda la acción de tutela. Además, contrario a lo sostenido por la jueza, el que se utilicen argumentos similares en los dos procedimientos no constituye un criterio que deba ser tenido en cuenta al momento de determinar la procedencia de la acción de tutela, pues si bien en el presente caso se han

usado líneas argumentativas que coinciden en algunos aspectos, esto constituye una expresión de la lealtad procesal para con el ICBF.

Aclarado entonces que de acuerdo con los requisitos de la tutela el que exista un procedimiento administrativo en curso en el que se discuten hechos similares no constituye una causal de improcedencia, a continuación procedo a explicar las razones por las cuales la acción de tutela procede en el presente caso como vía directa.

En primer lugar, la acción de tutela debe proceder en el presente caso porque si bien el proceso administrativo de Restablecimiento de Derechos puede tener un control judicial, a través de la homologación que haga de la decisión final un juez de familia, dicho proceso no constituye un recurso judicial efectivo. En efecto, a pesar de que la Corte Constitucional Colombiana ha señalado recientemente que “en el marco del proceso de homologación, la función de control de legalidad de la resolución de adoptabilidad va más allá de la verificación del cumplimiento de los requisitos formales del procedimiento administrativo”, y que el juez de familia debe entonces ejercer un control que le permita verificar que se han garantizado los “derechos fundamentales del niño, la niña o el adolescente involucrado y de su interés superior”, esto no convierte automáticamente al procedimiento administrativo con revisión judicial en un *recurso judicial efectivo*.¹

Al respecto resulta fundamental recordar que la verificación de la eficacia del medio judicial debe ser apreciada en concreto y no en abstracto. Así lo establece el decreto 2591 de 1991, cuando en su artículo 6 indica que la existencia de los recursos o medios de defensa judiciales debe ser “apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”. Esto implica que en cada caso deberá el juez determinar si los otros recursos con los que cuenta el accionante protegen de manera idónea y oportuna los derechos fundamentales en juego.

En este caso, aunque la jurisprudencia de la Corte Constitucional debe ser vinculante para los jueces de familia que lleven a cabo la homologación, en la práctica dicho control parece estar haciéndose en los mismos términos que venía haciéndose antes de la sentencia del año 2010, es decir, como un control formal que no necesariamente permite la verificación plena de la garantía de los derechos fundamentales de los niños y niñas. No resulta entonces claro que los jueces de familia que llevan a cabo el proceso de homologación estén haciendo un control sustancial de lo actuado. Además, incluso si realizan un control que vaya más allá de criterios formales de verificación, este solamente tendrá efectividad respecto de los derechos de los niños y niñas, y no respecto de los adultos cuya custodia se esté debatiendo pues el juez de familia, incluso después de la citada sentencia de la Corte Constitucional, se centra en la protección de los derechos del menor adoptado pero no ampara, porque no es su función, los derechos fundamentales del padre adoptante, los cuales también requieren protección si son violados.

Para explicar el anterior punto, permítanme usar un ejemplo hipotético, un poco extremo pero que precisamente por su carácter extremo es ilustrativo. Supongamos que una persona X que es hincha de un equipo de fútbol A intenta adoptar un niño de pocos meses y efectivamente logra dicha adopción. Pero un defensor de familia, que es un fanático del equipo B y un enemigo del equipo A, se entera que X es del equipo A y considera que no es bueno para el interés superior del menor ser adoptado por un hincha del equipo A como X; el defensor de familia realiza entonces un procedimiento de restablecimiento de derechos, para que el menor de pocos meses sea adoptado por otra persona Y, que sea del equipo B. Los dos potenciales padres X e Y, el del equipo A y el del equipo B respectivamente, son totalmente idóneos y el niño de pocos meses no tiene lazos afectivos con ninguno de los dos, por lo cual para el niño es en cierta forma indiferente que sea adoptado por X o por Y. Por consiguiente, en manera alguna se vería afectado el interés del menor si se culmina exitosamente el procedimiento de restablecimiento de derechos y el menor termina siendo

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-671/2010

adoptado por Y. El juez no tendría entonces razón para no homologar ese procedimiento pues sólo examina el interés superior del menor. Pero obviamente en este caso X fue discriminado, por cuanto su condición de ser hincha de A era irrelevante para privarlo de la posibilidad de adoptar, por lo cual su derecho fundamental a la igualdad debe ser protegido. Pero como ese aspecto no puede ser examinado en la homologación del juez de familia, entonces dicha homologación no es un recurso idóneo para amparar el derecho de X a no ser discriminado por razón de sus orientaciones futbolísticas.

Obviamente tengo claro que ese ejemplo es extremo, casi caricatural, pero por ello es ilustrativo. Señores magistrados o magistradas: en vez de hincha del equipo A o B, piensen en las orientaciones políticas o filosóficas de X o Y, o en sus orientaciones sexuales, y verán la relevancia del ejemplo hipotético para mostrar que la homologación no representa un recurso idóneo para proteger al padre adoptante contra una discriminación. En esa medida, la homologación que sigue al proceso administrativo de Restablecimiento de Derechos no puede ser considerado un recurso judicial efectivo en este caso, en particular respecto de los derechos fundamentales que le estarían siendo vulnerados al señor Burr, en especial su derecho a la igualdad. Y es 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”²

Como se mencionó anteriormente, la homologación judicial que sigue al proceso de Restablecimiento de Derechos no tiene como finalidad y no ofrece normativamente la oportunidad de que el derecho del señor Burr a no ser discriminado sea siquiera considerado. En consecuencia, frente a él, este no resulta ser un recurso judicial efectivo. Pero lo más importante es que, frente a este derecho el medio de defensa más apto resulta ser la acción de tutela.

b- La arbitrariedad y la vía de hecho del ICBF y de la Defensora de Familia y la procedencia directa de la tutela.

Existe otra razón por la cual considero que en el presente caso procede la tutela como vía directa y es que se presenta una clara arbitrariedad en el origen mismo del proceso administrativo de Restablecimiento de Derecho, pues tiene como fundamento la orientación sexual del padre adoptivo. Aunque en la sentencia de primera instancia se señala que al revisar el expediente del proceso administrativo no se puede afirmar que ese sea el fundamento de la apertura de dicho proceso, lo cierto es que si no es la identidad sexual del señor Burr, no existe razón alguna para iniciar las acciones de Restablecimiento de Derechos. En consecuencia, o se trata de un proceso iniciado de manera totalmente arbitraria, porque no tiene motivación, o se trata de una motivación discriminatoria. En cualquiera de los dos casos, es evidente que el proceso administrativo se funda en una protuberante arbitrariedad. Por lo tanto, el proceso administrativo de Restablecimiento de Derechos se fundamenta en una causa incompatible con nuestro ordenamiento constitucional, que vulnera derechos fundamentales. Así, dicha arbitrariedad, en conjunto con la profunda afectación de los derechos de los niños, constituyen razones suficientes para que proceda la acción de tutela.

De hecho, en casos anteriores la Corte Constitucional ha considerado que por economía procesal, y con el fin de no trasladar una carga desproporcionada a los ciudadanos cuyos

² Corte Constitucional, Sentencia T-098 de 1994 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

derechos se han visto vulnerados, en circunstancias en las que se verifica una clara arbitrariedad, incluso cuando se dispone de otros mecanismos judiciales de defensa, debe proceder la acción de tutela, incluso como medio principal.

Así lo estableció, por ejemplo, en la Sentencia T-362 de 2002, en la que decidió de fondo en un caso en el que, a pesar de que el accionante contaba con un mecanismo judicial de defensa, que en abstracto podía parecer idóneo, consideró que procedía la acción de tutela como mecanismo principal, pues de lo contrario el tutelante se vería sometido a una extrema arbitrariedad que resultaba lesiva de sus derechos fundamentales. En dicho caso, el accionante había sido condenado por inasistencia alimentaria y luego del fallo surgieron pruebas de que las menores a las que debía alimentos no eran sus hijas, por lo cual su privación de la libertad se tornaba en una situación absolutamente arbitraria. Para la Corte, aunque el tutelante podía acudir a la acción de revisión, en concreto dicho medio judicial no resultaba idóneo y efectivo para ofrecer una protección adecuada de sus derechos fundamentales.

En dicha decisión la Corte estableció que la idoneidad del medio judicial de defensa depende de varios elementos: “i) la aptitud –en términos normativos- del medio para considerar la situación violatoria del derecho fundamental”, pues aunque todo juez debe considerar la posible afectación de derechos fundamentales, algunas acciones no permiten un análisis integral de dichas afectaciones y por tanto la tutela procede; “ii) aspectos temporales, como la duración del trámite en relación con las consecuencias negativas para los derechos fundamentales en juego; iii) “el resultado de la decisión judicial –si ella permite o conduce al mismo (o más alto) resultado protector que la tutela-”, pues si a través del proceso ordinario, puede lograrse una protección mayor o idéntica a la brindada por la tutela, no debe proceder esta última por su carácter subsidiario; y iv) “la proporcionalidad –a partir de una debida y estricta ponderación de los intereses en conflicto- al someter el caso al trámite ordinario”. En particular frente a este último elemento la Corte señaló que resulta “indispensable considerar las consecuencias que se derivan del sometimiento de un caso a un proceso ordinario. Tales consecuencias pueden derivar en una imposición de cargas sobre el afectado que afecten de manera grave el disfrute del derecho o de otros derechos constitucionales, en cuyo caso resulta inadmisibles que no se permita el acceso a la tutela”.³ Si de estos elementos se deriva que el medio de defensa ordinario existente no resulta idóneo en el caso en concreto, entonces puede proceder la tutela incluso como medio de defensa principal.

Al aplicar dichos elementos al presente caso resulta claro que la tutela debe proceder como medio principal. En efecto, el proceso administrativo y su posterior homologación aunque deben, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, ofrecer garantías sustanciales frente a los derechos de los niños Burr, no tienen la aptitud normativa para considerar la afectación de los derechos fundamentales del señor Burr y en particular sus derechos a no ser discriminado y al debido proceso. En el mismo sentido, el resultado de la homologación que llegare a realizar el juez de familia, puede no ofrecer una protección igual o idéntica a la brindada por la tutela. Además, no resulta proporcionado para el señor Burr esperar a las consecuencias que se pueden derivar del proceso de Restablecimiento de Derechos y su homologación.

En consecuencia, en la medida en que en concreto el señor Burr y sus hijos no cuentan con un mecanismo judicial que permita garantizar sus derechos de manera integral, resulta procedente la acción de tutela como mecanismo principal. Esta resulta ser la salida más adecuada para solucionar una arbitrariedad manifiesta que vulnera los derechos fundamentales de los accionantes, generando un perjuicio irremediable.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional ha desarrollado una jurisprudencia importante sobre la procedibilidad de la acción de tutela frente a actos administrativos que resulten

³ Corte Constitucional, Sentencia T-362 de 2002.

arbitrarios y por tanto vulneren severamente derechos fundamentales. Al respecto, la Corte ha manifestado que “la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos”, pues tienden a existir otros mecanismos judiciales de defensa. Sin embargo, el amparo debe proceder “cuando el acto administrativo sea manifiestamente contrario a la legalidad, se vulneren gravemente derechos fundamentales y se esté ante un perjuicio iusfundamental. Todas estas circunstancias deberán ser analizadas en el caso concreto”.⁴ De acuerdo con estos elementos, entonces, cuando las actuaciones administrativas se tornen en actuaciones arbitrarias, en razón a su fundamento o resultado, procederá la acción de tutela como mecanismo principal de defensa de los derechos fundamentales en juego. Esta constituye entonces una razón adicional para sostener que la tutela procede en el presente caso pues como ya se explicó y lo detallaremos en el estudio sustantivo de la situación, en los puntos ulteriores de este escrito, la actuación del ICBF representa una vía de hecho pues ha sido totalmente arbitraria y discriminatoria.

c- La existencia de un perjuicio irremediable y la procedencia de la tutela como mecanismo transitorio.

Por último, incluso si se considera que el proceso *administrativo* de Restablecimiento de Derechos, debido a su homologación judicial, constituye un recurso *judicial* efectivo para la garantía de los derechos fundamentales de los niños Burr, en este caso procede la acción de tutela también respecto de ellos por cuanto existe un perjuicio irremediable en su contra. Esto me lleva a desarrollar la tercera de las razones anunciadas en líneas anteriores para sustentar la procedibilidad de la acción de tutela.

En este caso debe proceder la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable en contra de los derechos fundamentales de [REDACTED]. Como lo señalé en el escrito de tutela, 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.⁵

En efecto, en este caso existe un perjuicio cierto e inminente para los niños Burr, que se deriva de la separación de su padre y que se concreta en un daño emocional. Como lo señalé en el libelo, [REDACTED] 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, con la imposibilidad de estar con su padre y con la limitación de sus comunicaciones. De hecho, las entrevistas realizadas por el ICBF han mostrado que los niños se han visto afectados emocionalmente que afecta incluso su salud. Para enfrentar dicha afectación emocional, solicité que se decretaran medidas provisionales, pero estas fueron negadas en por la jueza de primera instancia. No obstante, la negación de dichas medidas provisionales y el fallo negativo de tutela, ha hecho que el daño que se le cause a los niños BURR sea cada vez mayor, generando un mayor daño emocional que genera diferentes consecuencias en su vida afectiva y emocional en el presente y aún más grave, hacia el futuro.

La afectación emocional se evidencian además en los concepto psico-sociales presentados por la psicóloga María Elvia Domínguez y el especialista Daniel Verástegui, que solicitamos se incorpore como prueba en el presente proceso. A dichas especialistas les consultamos acerca de los efectos que podría tener sobre los niños Burr haber afrontado la situación en la que se encuentran. En dichos conceptos se da cuenta de la especial vulnerabilidad que tienen los niños adoptados y se enfatiza cómo situaciones de estrés

⁴ Corte Constitucional, T-390 de 1999. MP Humberto Sierra Porto

⁵ Corte Constitucional, sentencia T – 778 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

emocional y ruptura de vínculos afectivos pueden generar daños profundos. De acuerdo con los expertos consultados:

“En general los niños adoptados son un grupo de alto riesgo de presentar psicopatologías, trastornos del desarrollo y emocionales, retrasos del desarrollo psicomotor, del lenguaje y del aprendizaje, trastornos neurosensoriales y trastornos de la conducta”

Dicha vulnerabilidad se agrava en los niños Burr debido a que en el momento deben afrontar también sentimientos de abandono, que fueron evidenciados a lo largo del proceso de restablecimiento de derechos y que desde una perspectiva jurídica, constituyen una vulneración al derecho a la familia y el derecho a la no separación de la misma. Esta situación de separación, acorde al concepto psicosocial presentado, se traduce en una afectación en los niños BURR a nivel emocional que genera:

- Un mayor riesgo de ser personas inseguras e inestables, que no logran establecer vínculos afectivos que perduren en el tiempo y que siempre tendrán temor a ser abandonados de nuevo
- Una alteración precoz de su estructura de personalidad y sus procesos de socialización
- El aumento del riesgo de desarrollar diversos trastornos psicológicos no sólo en su infancia sino en la adultez, que se puede expresar en la dificultad de adaptación en contextos relacionales fundamentales

A nivel psicosomático:

- Retrasos en el crecimiento y el desarrollo, en el área motora, cognitiva, social y específicamente se advierten consecuencias en el desarrollo del lenguaje.
- Dificultad para relacionarse con los demás, desarrollan pocas habilidades sociales, son dependientes.
- Aumento de la posibilidad de ser tímidos, desafiantes, hostiles, negativistas o de presentar conductas autodestructivas.
- Pueden desplazar o transferir la rabia y otros sentimientos en formas de daño auto infringido.
- Algunos desarrollan durante la adolescencia y edad adulta abuso de sustancias psicoactivas, actividades delictivas, desarrollo de trastornos psiquiátricos, del estado de ánimo, del sueño, de la alimentación, del desarrollo sexual e intentos de suicidio.

A nivel educativo, el potencial perjuicio tanto por el abandono, como por el retraso educacional que a la fecha subiste, es una cuestión sumamente preocupante y que amerita educación especializada y no simplemente institucionalización en un centro educacional público con limitadas posibilidades de atención diferencial. Los expertos en atención psicosocial han considerado que:

“Los déficits cognitivos generalmente no son evidentes en el momento de la adopción sino que se presentan cuando los niños adoptados inician sus procesos de escolarización, los cambios que han tenido los niños Burr pueden llegar a configurarse como eventos desencadenantes de problemas de aprendizaje, puesto que se han expuesto a múltiples procesos de adaptación (de difícil asimilación) donde no han podido estabilizar sus vidas ni entender por qué han sido de nuevo separados de la figura paterna”

A partir de todas estas consideraciones, los psicólogos María Elvia Domínguez y Daniel Verástegui han señalado la urgencia de la situación de los niños [REDACTED] [REDACTED] A nivel jurídico, esto querría decir que el despacho judicial de primera instancia, se encontraba ante una situación en la que sin su intervención se configurará un perjuicio

irremediable en el bienestar emocional, afectivo, cognitivo y demás de los niños, con lo que interés superior de los niños está en juego, ya que:

“En el caso de los hermanos Burr, donde los niños son mayores, y en donde las condiciones adversas y de abandono se perpetuaron, la capacidad de recuperar las capacidades cognitivas y posibilitar un adecuado desarrollo se hace urgente y apremiante.”

Como se ha señalado, entonces, la afectación emocional de los niños Burr es cierta y puede generar más daños de manera inminente. Además, se trata de una afectación grave que lesiona múltiples intereses jurídicos de los menores, y demanda entonces de una atención urgente. Todos estos elementos permiten afirmar que se configura un perjuicio irremediable, y por lo tanto debería proceder una protección inmediata de sus derechos.

IV. LA BASE FÁCTICA DE LA DEMANDA Y DE LA APELACIÓN: LA ACTUACIÓN DEL ICBF Y DE LA DEFENSORA DE FAMILIA SE FUNDA EXCLUSIVAMENTE EN LA ORIENTACIÓN SEXUAL DEL SEÑOR BURR

En este aparte, y por las razones explicadas anteriormente, reproduzco gran parte del punto 1 de la demanda, que explica que la base fáctica de la actuación del ICBF es exclusivamente la orientación homosexual del señor BURR.

Como se explicó anteriormente en este escrito y se detalla en la demanda, 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.

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 tenida 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?”*⁶. 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 asidero. 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

⁶ 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]

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 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 conceptos⁷.

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 él⁸.

Reitero este punto de la soltería del señor Burr y de que vive solo pues en la respuesta presentada por el ICBF en el proceso de acción de tutela, se señala que el Sr. BURR, cambió la información en relación, no solamente sobre su orientación sexual, sino adicionalmente en relación a su situación de convivencia, ya que a juicio de esta entidad, mientras se adelantó el proceso de adopción a título individual, siempre declaró vivir solo y fue posteriormente durante la conversación informal que sostuvo el Sr. BURR con la subdirectora de adopciones la señora RUTH CÁRDENAS, que se conoció que él decía tener una pareja.

A partir de este momento, el ICBF ha sostenido que el Sr. BURR convive con otra persona, situación que no solamente ha sido negada por el Sr. BURR, sino que adicionalmente, no existen pruebas en contrario que puedan desvirtuar el hecho de que él viva solo (y tenga novio que resida en otro país). Por su parte, la jueza de conocimiento ha aceptado estas afirmaciones realizadas por el ICBF, sin entrar a solicitar algún tipo de prueba que permita dar por ciertas estas declaraciones del ICBF, con lo que desconoce abiertamente el principio de la presunción de la buena fe.

Hasta la fecha, las pruebas de que el Sr. BURR vive como una persona soltera, obran en el expediente de adopción, por cuanto se realizaron una serie de estudios y revisión de antecedentes del Sr. BURR en los Estados Unidos, que finalmente permitieron que él fuese apto para la adopción de los niños [REDACTED]. Estos procedimientos, no son una investigación, menor, es todo un proceso de certificación de capacidad y de idoneidad para adoptar a los niños que se realiza en cumplimiento de la Convención Internacional sobre la Adopción de Niños.

El resultado final de este procedimiento avalado por el Gobierno de los Estados Unidos es la certificación I-800A que da cuenta entre otras cosas de que el Sr. BURR es un hombre soltero, idóneo para adoptar y que para el ordenamiento colombiano es válido, por esta razón, se concedió la adopción de los niños [REDACTED] al Sr. BURR por parte del ICBF. El proceso que se adelantó para entregar dicha certificación es complejo y da cuenta de la soltería del Sr. Burr.

⁷ Ver antecedente 4º del concepto psicológico rendido por la Sra. Graciela Camargo. 25 de abril de 2011.

⁸ 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 Victory Services, estableció que en el proceso de adopción individual: “Una trabajadora social clínica licenciada, Barbara Cohen, elaboró un estudio de hogar a través de la Jewish Child Care Association, agencia acreditada ante la Haya”, nunca se manifestó que de este proceso se probara que en la conformación de hogar vivía otra persona.

Incluso, después de haber sido concedida la adopción de los niños [REDACTED] al Sr. CHANDLER BURR, al momento en que el 31 de marzo solicitó el ICBF se cancelaran las visas de ellos, la Embajada Americana procedió a realizarlo. Sin embargo, el Sr. BURR más adelante, alegó ante la embajada que no existía fundamento para las denuncias realizadas por el ICBF.

Por esta razón, las autoridades americanas llevaron a cabo una nueva revisión de las calificaciones del Sr. Chandler para adoptar a sus hijos, esta segunda revisión concluyó nuevamente que el Sr. Burr es soltero y vive solo. También las autoridades americanas no encontraron ningún impedimento bajo las leyes internacionales y la Convención de La Haya (la cual Colombia ratificó) para intervenir con esta adopción y autorizaron nuevamente las visas de los niños [REDACTED] (como consta en los anexos adjuntos).

Acorde a lo anterior, es claro que hasta la fecha, la prueba que da cuenta de la soltería del Sr. BURR son los procedimientos avalados por el mismo ICBF y el gobierno de los Estados Unidos, en cumplimiento de la Convención de la Haya Sobre Adopciones. Hasta la fecha no se han desvirtuado estas investigaciones y las declaraciones del Sr. BURR, nunca han contradicho estos estudios.

El criterio de adopción individual exige que el padre o madre vivan solos, sin embargo, no establece prohibiciones en cuanto a que se tenga una relación afectiva de otro tipo (noviazgo), que no se enmarque ya sea en la unión marital de hecho o en el matrimonio, situaciones que no ocurren en este caso, en este sentido presumir la convivencia a partir de un noviazgo, cuando hay pruebas que han demostrado que el Sr. BURR vivía solo, se explica únicamente a partir de las deducciones sin ningún fundamento fáctico por parte del ICBF y la jueza de conocimiento.

V- EL FUNDAMENTO NORMATIVO DE LA APELACIÓN Y LA DEMANDA DE TUTELA: LA ORIENTACIÓN SEXUAL NO PUEDE SER UN FACTOR PARA EXCLUIR DE LA ADOPCIÓN INDIVIDUAL A UNA PERSONA.

En este aparte, y por las razones explicadas anteriormente, reproduzco gran parte del punto 2 de la demanda, que sustenta esta tesis normativa.

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”*⁹.

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 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 colombiana¹⁰. De otro lado, si

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-481 de 1998.

¹⁰ 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*

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 personalidad¹¹, 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.

a. 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 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

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).

¹¹ 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”.

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 estudiar¹²; trabajar¹³; acceder a cargos públicos¹⁴; ser protegido en igualdad de condiciones por la fuerza pública¹⁵; hacer uso del espacio público¹⁶; constituir uniones maritales de hecho¹⁷; gozar de derechos en materias como pensiones¹⁸, salud¹⁹ y alimentos²⁰; y adoptar²¹.

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.

b. 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, como lo detallaremos ulteriormente en este escrito.

¹² Ver sentencia T-101 de 1998.

¹³ Ver sentencias: T-277 de 1996, T-037 de 1995

¹⁴ Ver sentencias: C-481 de 1998, C-507 de 1999, C-373 de 2002.

¹⁵ Ver sentencia: T-301 de 2004

¹⁶ Ver sentencia: T-268 de 2000

¹⁷ Ver sentencia: C-075 de 2007

¹⁸ Ver sentencia: C-336 de 2008

¹⁹ Ver sentencia: C-811 de 2007

²⁰ Ver sentencia: C-798 de 2008

²¹ Ver sentencia: T-290 de 1995

VI. LA ARBITRARIEDAD DE LA ACTUACIÓN DEL ICBF Y LA DEFENSORA DE FAMILIA Y LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL SEÑOR BURR Y SUS HIJOS.

El análisis precedente ha mostrado que i) el único motivo fáctico de la actuación del ICBF ha sido la información sobre la orientación sexual del señor Burr y ii) que es discriminatorio constitucionalmente que una persona se le impida adoptar individualmente por ser homosexual. La conclusión obvia que se impone es que la actuación del ICBF y de la defensora de familia han sido evidentemente arbitrarias, unas verdaderas vías de hecho administrativas. A continuación reiteraré como dichas actuaciones vulneran los derechos fundamentales del señor Burr y de sus hijos, para lo cual nuevamente retomaré ciertos apartes de la demanda, que fueron prácticamente ignorados por la sentencia apelada. Comenzaré por señalar como estas actuaciones afectan los derechos a la igualdad y al debido proceso del señor Chandler, para luego discutir la indebida invocación del interés del menor por la sentencia y examinar las violaciones a los derechos fundamentales de los niños.

a. La discriminación y violación del derecho a la igualdad del señor Burr.

En el presente caso existe una vulneración al derecho a la igualdad del Sr. Burr, en tanto existe un trato discriminatorio en razón de su orientación sexual. La discriminación consiste en que por ser una persona homosexual se ha iniciado un proceso de restablecimiento de derechos de sus hijos adoptivos, por considerar que existe un riesgo para su salud mental. Esto no hubiera sucedido si el Sr. Burr fuera heterosexual. Este argumento fue presentado en la acción de tutela, pero no fue abordado por la jueza de primera instancia, pues a su juicio no es claro que esa sea la motivación de la apertura del proceso y además, para la jueza, la información sobre la orientación sexual de Burr cambia el panorama de familia que recibiría a los niños, y en consecuencia, el proceso podría iniciarse para proteger a los menores. Sin embargo, nunca se indaga si la información omitida es relevante, si es legal y constitucional que la orientación sexual de una persona sea un criterio justificable para darle un trato diferente al que se le daría a una persona heterosexual, ni tampoco si convive o no con su pareja. Así mismo, omite la aplicación indispensable del test de igualdad.

A continuación expondré por qué no son aceptables las razones de la jueza para omitir el juicio de igualdad y justificar el trato discriminatorio

Frente al primer punto, la razón de la Jueza de primera instancia para considerar que no existe discriminación y no hacer el test de igualdad es básicamente que el acto administrativo que inició el proceso no fundamentó su apertura en una discriminación al Sr. Chandler.

Claramente en el acto administrativo no está consignado que se inicia por una discriminación, simplemente identifican un riesgo para los niños, pero la motivación para pensar que existe riesgo, es discriminatoria. Lo único que pudo haber motivado el acto es la nueva información que tiene el ICBF, esto es: que el Sr. Burr es homosexual y tiene pareja. Y de hecho, la funcionaria judicial señala que la causa de apertura del proceso es la nueva información sobre la sexualidad del Sr. Burr y su pareja. Así, es innegable que la motivación se refiere a los hechos nuevos que tienen que ver con estas características del padre adoptante.

El hecho discriminatorio está en que esa nueva información no es relevante, pues no puede utilizarse como criterio para iniciar el proceso de restablecimiento, ya que no es justificable que se haga una diferencia entre las personas en razón de su orientación sexual. Para el caso concreto, es discriminatorio y por lo tanto, inconstitucional que cuando se está

frente a una persona homosexual se considere que existe un riesgo para la salud mental de sus hijos. En consecuencia, la nueva información sobre la orientación sexual de Chandler Burr no es relevante para el caso y no puede mucho menos, ser una justificación para la apertura del proceso, pues desconoce el mandato constitucional de igualdad y prohibición de discriminación.

Así pues, no permitir el viaje de los niños a Estados Unidos y la supuesta grave omisión de información, estaría encaminada a que el Sr. Burr es homosexual y con base en esta característica crear suposiciones discriminatorias como que existe un cambio para el estado psicológico de los niños, pues tener cierta orientación sexual no es un criterio válido para considerar que existen cambios en “la perspectiva psicológica” para los niños, como lo señala la señora Jueza.

En esa medida se evidencian dos problemas argumentativos en el fallo de tutela: uno, se antepone al análisis de la discriminación, la protección del interés superior del menor como si este impidiera hacer el test de igualdad; y otro, no se indaga en absoluto si es válido usar ese criterio diferenciador para justificar la apertura de un proceso de restablecimiento por un riesgo en la salud mental de los niños.

La encrucijada que crea la Jueza en la que no examina la discriminación del padre para proteger a los menores, es falsa. Los derechos de los menores no se contraponen al derecho a la igualdad del padre, como se mostrará en punto sobre el interés superior del menor. La orientación sexual de una persona no tiene ninguna relación con el daño a los derechos de los demás y, en todo caso, no es necesario sacrificar los derechos de los niños para proteger los del padre. El examen de discriminación del padre puede realizarse sin perjuicio de los derechos de ██████████.

Ahora bien, la ley es clara en decir que las personas solteras pueden adoptar y no indaga en su orientación sexual, por lo tanto crear un criterio adicional para iniciar un proceso de restablecimiento cuestionando la idoneidad de un padre adoptante además de ser arbitrario e ilegal es discriminatorio, pues está rompiendo la igualdad de los padres, para crear una carga en contra de las personas homosexuales. Carga que no tiene justificación.

La nueva información por la que se inicia el proceso es la orientación sexual del Sr. Burr. Comprobado que no convive con su novio, el único criterio nuevo cierto es que es homosexual, y según la Constitución y su desarrollo jurisprudencial, este no puede ser un factor que genere un trato diferente al que se le venía dando. Pues su condición no afecta su idoneidad y por lo tanto no genera riesgos en los derechos de los niños.

Tampoco es posible pensar que las acciones del ICBF protegen a los niños y que esto está desligado de la orientación sexual del Sr. Burr, pues las acciones han surgido del riesgo que consideran se crea cuando tienen un padre homosexual.

Así mismo no es admisible el argumento según el cual la protección de los derechos de los niños, supuestamente en riesgo, debe suponer el sacrificio de la igualdad del padre. De hecho, si se garantizara la igualdad del Sr. Burr y no se le discriminara por su orientación, no se pensaría que existe un riesgo en la salud de los niños. La garantía al derecho a la igualdad del padre no se contradice con el interés superior del menor, no existen razones para considerar que proteger a los niños debe sacrificar, en principio la igualdad de los padres, más cuando se comprobó en el punto anterior de este escrito de apelación que crear una diferencia hacia los padres homosexuales no genera ningún beneficio para los derechos de los niños. Por lo cual, en el caso concreto, es inaceptable omitir el test de razonabilidad.

Por todo lo anterior, y tomando además en consideración el análisis normativo realizado en el punto anterior de esta apelación, es claro que el señor Burr está siendo discriminado por razón de su orientación sexual, por lo cual el ICBF y la Defensora de Familia le están vulnerando su derecho fundamental a la igualdad.

b. La violación del debido proceso

El debido proceso en este caso está viciado porque en el trámite de restablecimiento de derechos se está creando una causal que no estaba contemplada en la ley para iniciar el proceso, esto es: la orientación homosexual del padre.

A la luz del principio de legalidad tiene que existir un sustento en la ley para las actuaciones del ICBF. La Jueza considera que son legales porque la ley faculta al ICBF para iniciar el proceso y proteger a los menores, pero nunca indaga en que tales causales o motivaciones estén señaladas en la ley o jurisprudencia y sean justificables para indagara el proceso. Pues si bien es cierto el ICBF tiene la facultad de hacerlo, ello no obsta para que incumpla con su deber cuando lo inicie arbitrariamente.

En el artículo 100 del Código de Infancia y Adolescencia (C.I.A) dice: *“Cuando el defensor o el comisario de familia o, en su caso, el inspector de policía tenga conocimiento de la inobservancia, vulneración o amenaza de alguno de los derechos que este Código reconoce a los niños, las niñas y los adolescentes, abrirá la respectiva investigación, siempre que sea de su competencia; en caso contrario avisará a la autoridad competente.”*

Sin embargo, esta potestad debe verse a la luz de la jurisprudencia constitucional que ha dicho que no puede ampararse en la discrecionalidad de lo que los padres o los funcionarios del ICBF consideran que protege los derechos de los niños y las niñas, sino que las causales por las que se presume una vulneración de sus derechos deben ser claras.

En el artículo 20 del C.I.A se señalan los casos en los cuáles deben protegerse los derechos de los niños y las niñas, y no existe ninguna relacionada con la orientación sexual de sus padres. Es cierto que estas causales no son taxativas porque la última reza *“19. Cualquier otro acto que amenace o vulnere sus derechos”*. Se debe exigir una relación clara entre la condición homosexual y el riesgo para los niños, que en este caso está ausente porque no existe.

En conclusión continúa la vulneración al debido proceso pues las actuaciones del ICBF no están motivadas en ninguna de las causales del artículo 20 del CIA en las que se señalan las ocasiones en que existe un riesgo y se requiere la protección de derechos de los menores. Ni tampoco están cobijadas en su numeral 19 pues no está probada una conexión entre la condición homosexual y el riesgo en los derechos de los niños.

La causal supuestamente generadora de riesgo es la orientación sexual de su padre que no se enmarca en ninguno de los numerales del artículo 20 y por tanto es un temor infundado de las funcionarias del ICBF que se convierte en una actuación arbitraria y vulneratoria del debido proceso.

c. La indebida invocación por la sentencia del interés superior del menor.

El interés superior del menor es a lo largo de la sentencia, un concepto que se repite, pero no es analizado a fondo y se aplica erróneamente. El concepto que se aplica en la sentencia tiene que ver con una suposición apresurada sobre el riesgo para los menores según las nuevas condiciones de su padre. De igual forma se considera en la sentencia que las actuaciones del ICBF son legales en tanto las realizan en ejercicio de sus funciones y *“máxime en este caso, cuando están de por medio derechos de la más alta valía como son los de los niños, niñas y adolescentes”*.

Ahora bien, el hecho que el caso involucre derechos de los niños y niñas, no significa que todas las actuaciones del ICBF son legales porque esta institución tiene como función protegerlos. El principio de interés superior del menor precisamente busca orientar cómo se

deben resolver los casos en los que se involucran los derechos de los menores, más no es un que con su simple enunciación se avale cualquier actuación.

A continuación presentaré de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, cuál es el contenido del principio mencionado, las razones por las cuáles no se aplicó debidamente y cómo debe interpretarse para el caso concreto.

El interés superior del menor ha sido definido como:

“(1) real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; (2) independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; (3) un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor; (4) la garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor”²²

La característica de real tiene que ver con las condiciones específicas del caso, con que ciertamente se requiera una acción para proteger al menor, que de acuerdo con el siguiente criterio (2), no puede obedecer simplemente al arbitrio de quien está a cargo del menor.

En este punto la jueza tiene una falencia pues da por sentado que la homosexualidad del Sr. Burr genera una situación de la cual se requiere una protección para los niños. Vale la pena hacer énfasis en que la homosexualidad no crea un riesgo cierto, claro e incontrovertible en la salud mental, emocional o psicológica de los niños o niñas. Esto hace parte de la reproducción de un estereotipo discriminatorio, pero no existe una evidencia científica que atribuya a la condición de homosexual un daño o riesgo en la salud de los menores.

No existe prueba del daño que genera una persona homosexual a su hijo o hija. Por lo tanto no es un riesgo real para la salud mental de los niños Burr que su padre sea homosexual, ni que tenga novio ya que no convive con él. Las razones del ICBF y la Jueza son criterios arbitrarios y responden a otras concepciones personales, más no a riesgos probados.

Igualmente, se dejan de lado, los riesgos reales que la separación está causando en los niños, que si tiene una relación directa con un daño en su estabilidad emocional, sentimientos de frustración y tristeza de niños que a su edad cuentan con una carencia emocional muy grande y los hechos que negaron su viaje repercuten fuertemente en su salud.

El criterio número (3) del interés superior del menor, supone que este se aplica cuando los derechos de los niños o niñas están en conflicto con los de una persona mayor, en esa medida suele prevalecer el derecho de los menores. Esto, considera que existe una situación anterior que es el conflicto de derechos. Sin embargo, en el caso concreto, los derechos del Sr. Burr no se enfrentan con los de sus hijos. Al contrario, la realización de los mismos se complementan. La igualdad del Sr. Burr permite los derechos de los niños a su salud, su familia y su educación, y atiende a su bienestar de acuerdo con sus necesidades específicas, que ahora son tener una familia.

Frente al criterio (4) la garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor, esto se logra a partir de la familia que les brinda Chandler Burr, en la que ya se han reconocido sentimientos de respeto, autoridad, cariño y seguridad entre sus integrantes, que tienen que ver directamente con que la mejor opción para los niños es viajar a Estados Unidos y tener un familia que si no es ahora, posiblemente nunca van a tener. Además les permite un desarrollo integral y sano porque

²² Corte Constitucional, sentencia T 408 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

brinda las condiciones para que puedan ejercer sus derechos en un buen nivel: buena educación, de acuerdo con sus necesidades; buena salud y en especial, un referente familiar que brinda protección y un buen desarrollo psicológico.

En ese sentido, debatidos los argumentos por los que la jueza aplicó erróneamente el interés superior del menor, a continuación presento las consideraciones fácticas a tener en cuenta para evaluar en forma debida el interés del menor en el presente caso.

En este caso es indispensable tener en cuenta dos aspectos que tienen conexión entre sí: la existencia de unos lazos afectivos de los niños con su padre que suplen una carencia por no haber tenido familia, y la importancia de mantener la familia que han creado, ya que muy posiblemente esta es su única oportunidad de obtenerla.

Lo primero tiene que ver con que los niños que se entregan en adopción, en general, tienen una carencia emocional muy grande que necesita ser cubierta. Los niños Burr, con 8 y 13 años aún no han podido disfrutar plenamente lo que significa ser un miembro de una familia, por lo tanto se les ha privado de muchas vivencias de un niño de su edad, en especial aquellas que aportan beneficios a su desarrollo psicológico. A esa edad más allá de tener una casa y un colegio, es fundamental la construcción de referentes que proporcionen amor, seguridad, confianza, autoridad y protección. Todo esto lo obtienen cuando están en familia, es decir con el Sr. Chandler.

Con su padre ya existe un lazo afectivo fuerte. Han vivido un proceso de dos años entablando una relación familiar, en la que existen sentimientos de autoridad, amor, cariño y pertenencia a la misma familia. Si bien no ha empezado la convivencia después de la sentencia de adopción, con anterioridad se adelantó un proceso de acercamiento, y fruto de ello, se reconocen como padre e hijos y mantienen comunicación a través de videollamadas. Así mismo, el ICBF ha facilitado diversos encuentros entre ellos, como viajes en Colombia y a la casa del señor Chandler en Estados Unidos.

Existen unos lazos de afecto muy fuertes entre ██████████ y Chandler Ellis Burr. Es posible que este tipo de situaciones no sean jurídicamente relevantes en muchos casos, pero en esta ocasión es un punto central porque se trata del bienestar emocional de niños que por alguna razón han sufrido una situación de abandono. Son personas de especial protección y están en una etapa de formación en la que tener un padre es fundamental para su futuro y su integración en la sociedad.

El vínculo afectivo entre Chandler y los niños es especial, además porque han tenido un proceso largo lleno de expectativas en los que cada uno está esperando al otro y no simplemente para construir una relación entre personas que se conocen casualmente, sino para construir una familia.

Las consecuencias del rompimiento del vínculo serían muy traumáticas para los niños. De hecho, las acciones que están creando un distanciamiento, son muy perjudiciales y están causando un daño en el bienestar emocional de los niños. Los informes del ICBF muestran que la reacción ante la suspensión del viaje fue de tristeza y frustración²³, consideraciones que también fueron corroboradas por el concepto realizado por los psicólogos Maria Elvia Dominguez y Daniel Verástegui. No se entiende entonces, cómo a fin de protegerlos, de un riesgo que no está probado en el proceso, se están llevando a cabo una serie de acciones tendientes a afectar los sentimientos, el afecto de los niños.

En segundo lugar, es imposible obviar que los niños, por ser hermanos y estar en una edad en la que comúnmente no son adoptados, si no es con el Señor Chandler es posible que no tengan nunca una familia.

²³ Esto se aprecia en los informes del ICBF

El mismo ICBF califica a los niños mayores de 8 años con “características especiales”, así como a los grupos de hermanos, ya que son de difícil adopción. En esa medida, crea un incentivo para que sean adoptados que consiste en que las solicitudes que se hagan para adoptar niños con “necesidades especiales” tienen prioridad y se tramitan más rápidamente. Esto ocurre porque las solicitudes de adopción que más se reciben quieren adoptar bebés y sin hermanos.

Las denominadas “características especiales” son:

“a. Tres (3) o más hermanos; b. Dos (2) hermanos, uno de ellos con más de 8 años; c. Un/a (1) niño/a mayor de 8 años sin discapacidad ni enfermedad; d. Un/a (1) niño/a con discapacidad física o mental de cualquier edad; e. Un/a (1) niño/a con enfermedad permanente (VIH, Cardiológicas, Renales, entre otras).”²⁴

En el caso de los niños Burr, ellos se incluyen en dos causales: por ser hermanos y por ser mayores de ocho años. Lo que hace pensar que si no pueden vivir en familia con el señor Chandler, es posible que nunca vuelvan a tener una familia. A esto se le suma que con el paso del tiempo y la búsqueda eventual de otro padre o madre se hace aún más complicada, pues ya no tendrían solo 8 y 13, sino 10 y 15 años, mínimo (teniendo en cuenta el promedio de tiempo que duró el proceso de adopción con Chandler Burr).

Según las estadísticas del ICBF²⁵ en el año 2010, de 3.058 adopciones, 2169 fueron de menores sin características especiales y los restantes 889 tenían características especiales. Esto comprueba que es mucho más del doble la posibilidad que tienen de ser adoptados los niños que no tienen condiciones como las señaladas anteriormente. Si a esto se le suma que las solicitudes del grupo de difícil adopción se hacen más rápido, se comprueba que a pesar de los incentivos, la diferencia sigue siendo muy grande. Además, si es difícil para quienes están incursos en una de las causales, mucho más, para quienes están en dos (mayores de 8 años y hermanos).

Esto también ha sido reiterado por el Instituto en el lineamiento técnico de búsqueda de referentes afectivos, en el que textualmente señala:

“Hoy en Colombia es altamente posible que los niños, niñas con declaratoria de adoptabilidad menores de 8 años con buen estado de salud sean adoptados por una familia. No pasa lo mismo con los niños y niñas mayores de 8 años o grupos de hermanos y niños con discapacidad o portadores de una enfermedad de alta complejidad.

(...)

Actualmente el 92 % de los niños con declaratoria de adoptabilidad en lista de espera son niños y niñas: a) menores de 7 años con hermanos mayores de 8 años, b) con discapacidad, c) con enfermedad de alta complejidad y d) mayores de 8 años, que no tienen garantizado su derecho a tener una familia a través de la adopción. La mayoría de familias que aspiran a la adopción, tienen expectativas de ejercer la crianza de un “niño pequeño” basado en razones que van desde el deseo de “acunar”, hasta temores con respecto a su capacidad de amar y educar un “niño grande” o a un “niño con dificultades de salud o discapacidad”²⁶

²⁴ Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Lineamiento técnico para adopciones en Colombia, resolución número 3478 de 2010

²⁵ Se encuentran en la página web del Instituto:

<http://www.icbf.gov.co/icbf/directorio/portel/libreria/pdf/ESTADISTICASACTUALIZADASDELPROGRAMADEADOPCIONESAL10DEMAYODE2011.pdf>

²⁶ Lineamiento técnico de búsqueda de referentes afectivos del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar: <http://www.icbf.gov.co/icbf/directorio/portel/libreria/pdf/LINEAMIENTOTECHNICOBUSQUEDADEREFERENTE SAFFECTIVOS-Abril27.pdf>

Reconocido por el mismo ICBF existe una clara inclinación a adoptar menores de corta edad para empezar a criar por los padres adoptivos, en consecuencia, los niños y las niñas mayores tienen menos solicitudes de adopción. Y los niños mayores de 8 años “no tienen garantizado su derecho a tener una familia a través de la adopción”

Así pues, no es posible desconocer el grave riesgo en el que se pone el derecho de los niños a tener una familia, debido a que por sus características son de difícil adopción y si se daña el vínculo de la familia que han constituido con el Sr. Chandler Ellis Burr, se hace casi nula la posibilidad de que algún día tengan un padre. Por lo tanto para tomar una decisión que aplique el interés superior del menor, es imprescindible proteger al máximo su posibilidad de tener una familia.

En conclusión, la situación fáctica de los niños muestra que sus necesidades emocionales son muy grandes, que han venido cubriéndolas con el SR. Chandler y el costo del distanciamiento es muy alto, frente a las acciones injustificadas del ICBF que no tienen un referente claro y cierto de un riesgo para los menores.

En ese sentido, la discrecionalidad del Instituto no es acertada para proteger los derechos de los niños, pues el análisis fáctico y jurídico coinciden en que la forma de proteger a los menores es dejándolos viajar con padre.

d. Las violaciones a los derechos fundamentales de los niños.

Por las razones anteriores, a pesar de invocar el interés superior del menor, el proceso de restablecimiento de derechos, no está protegiendo los derechos de los niños, sino que los está reduciendo o afectando directamente. Tal es el caso del derecho a la educación que lo minimiza y el derecho a la salud, a la familia, que los afecta gravemente.

Derecho a la salud

Reconocidos los vínculos afectivos entre el Sr. Burr y sus hijos, es obvio que la distancia y la forma como se ha llevado a cabo el proceso de restablecimiento está afectando la salud emocional de los niños. Contrario a lo que considera el ICBF como un riesgo, ya existe un daño en la salud mental de los niños que puede aumentar con los sentimientos de tristeza, frustración, la separación con su padre, que además han sido constatados por el mismo ICBF.

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”²⁷ 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 conformarla²⁸. En consecuencia, después de finalizado el proceso de adopción existe una familia reconocida entre el señor Chandler Burr, [REDACTED]. Sin embargo, los procedimientos llevados a cabo por el ICBF están poniendo en riesgo la existencia de esta familia, situación especialmente preocupante si se tiene en cuenta que los niños [REDACTED] han sufrido diferentes situaciones de rechazo y que han

²⁷ Constitución Política de Colombia, artículo 42.

²⁸ “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.

sido categorizados como de difícil adopción²⁹. En efecto, al ser [REDACTED] 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 familia³⁰ 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”.*³¹

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.”*³²

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 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

²⁹ 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.

³⁰ 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.

³¹ Corte Constitucional. Sentencia T 587 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

³² Corte Constitucional. Sentencia C-477 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

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

La importancia de este derecho consiste en abordar el desarrollo integral de los niños. En ese sentido, aunque la jueza argumenta que está siendo garantizado porque están inscritos en la ██████████, sin embargo, no examina las condiciones de aprendizaje de los niños y que la forma como se está garantizando es de un nivel muy bajo, situación que se evidencia en el concepto psicológico anexo a este documento:

“Otro aspecto que cobra importancia dentro de este caso es la descripción que hace el entrevistador frente al desarrollo cognitivo de ██████████, mencionando que “se identifican desventajas de los niños en el proceso de aprendizaje”. Los déficits cognitivos generalmente no son evidentes en el momento de la adopción sino que se presentan cuando los niños adoptados inician sus procesos de escolarización, los cambios que han tenido los niños Burr pueden llegar a configurarse como eventos desencadenantes de problemas de aprendizaje, puesto que se han expuesto a múltiples procesos de adaptación (de difícil asimilación) donde no han podido estabilizar sus vidas ni entender por qué han sido de nuevo separados de la figura paterna. Del mismo modo la deprivación sensorial y una inadecuada exposición de estímulos puede alterar la estructura de la corteza cerebral e incluso llevar a atrofias infantiles (Castaño J., 200233, citado por Hernández, S., Mulas, F., et all, 200334)

³³ Castaño J. Plasticidad neuronal y bases científicas de la neurorehabilitación. Rev Neurológica 2002; 34: S1305

³⁴ Hernández, S., Mulas, F., Téllez, M., y Roselló, B. (2003) Niños adoptados: Factores de riesgo y problemática neuropsicológica. Rev de Neurología 2003; 36 (Supl 1): 108-117

En el caso de los hermanos Burr, donde los niños son mayores, y en donde las condiciones adversas y de abandono se perpetuaron, la capacidad de recuperar las capacidades cognitivas y posibilitar un adecuado desarrollo se hace urgente y apremiante.” (subrayas y negrilla fuera del original)

Lo anterior sería diferente si pudieran viajar a Estados Unidos y tener allí una escuela acorde con sus condiciones, situación que no es una mera expectativa, es una situación real dadas las posibilidades económicas del Sr. Burr, que puede ofrecer además de educación especializada y enfocada a los déficits cognitivos, la estabilidad emocional y afectiva que tanto necesitan los niños.

VII. PETICIONES

A partir de las anteriores consideraciones, respetuosamente solicito al tribunal que revoque la sentencia apelada y conceda las pretensiones formuladas en la demanda, a saber:

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] 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] 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. 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.

VIII. PRUEBAS.

Solicito respetuosamente, que sea admitida como prueba, el concepto científico adjunto de los psicólogos María Elvia Domínguez y Daniel Verástegui.

Así mismo, que sean recibidas las visas de los niños [REDACTED], como prueba de la idoneidad y cumplimiento de los requisitos legales del Sr. Burr para adoptar, según la embajada de los Estados Unidos.

VIII. MEDIDAS PROVISIONALES

A partir de los hechos y consideraciones planteados en la demanda adjunta y con fundamento en el artículo 7 del decreto 2591 de 1991, solicito respetuosamente al tribunal, que dicte las siguientes, medidas provisionales:

1. Ordenar al ICBF que se restablezcan las comunicaciones de los niños [REDACTED] 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.

Esta solicitud de medidas provisionales se funda en todos los elementos que hemos señalado sobre el impacto sobre los menores que ha tenido todo este proceso y la necesidad de preservar los vínculos con su padre. Esto es esencial pues el ICBF, a pesar de que no ha fallado el proceso de restablecimiento de derechos, en el fondo ya ha prejuzgado sobre el tema pues han reducido al mínimo los contactos por vías virtuales, como teléfono o skype, entre el señor Chandler y sus hijos, con el argumento de que es necesario evitarle expectativas infundadas a los hijos de poder reunirse con su padres. Es pues esencial preservar esos contactos entre padre e hijos.

Igualmente, solicito al tribunal que 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. Así como 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. Conviene resaltar que la jueza negó sin ninguna explicación esta solicitud.

IX. ANEXOS Y NOTIFICACIONES

Adjunto copia de los conceptos científicos señalados y copia simple de las visas de los niños [REDACTED], expedidas el 26 de mayo de 2011.

Reitero que pueden notificarme 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

De los señores magistrados y las señoras magistradas,

RODRIGO UPRIMNY YEPES
C.C. 79.146.539 de Bogotá
T.P. 46043 del CSJ