



Revista de Derecho Privado

ISSN: 0123-4366

revderprivado@uexternado.edu.co

Universidad Externado de Colombia

Colombia

Koteich, Milagros

“Wrongful adoption”: ¿hipótesis emergente de responsabilidad patrimonial en Colombia?

Revista de Derecho Privado, núm. 28, enero-junio, 2015, pp. 437-453

Universidad Externado de Colombia

Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=417539919013>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

“*Wrongful adoption*”: ¿hipótesis emergente de responsabilidad patrimonial en Colombia?*

» MILAGROS KOTEICH**

SUMARIO: I. La sentencia. II. El comentario. III. El derecho comparado.

I. La sentencia

Un reciente pronunciamiento nos plantea el interrogante del que habla el título de esta nota. Se trata de la sentencia del Tribunal Administrativo de Norte de Santander del 4 de septiembre de 2013^[1] por la cual se resuelve la acción de reparación directa interpuesta por una pareja de padres adoptantes contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (en lo sucesivo, Medicina Legal).

Los hechos que dieron lugar a la controversia pueden resumirse de la siguiente manera: una pareja unida en matrimonio desde el 22 de marzo de 1997 inició trámite de adopción de una menor de edad ante el ICBF, especificando dentro de la solicitud respectiva –según relata la sentencia– que como condición *sine qua non* la menor debía encontrarse en excelente estado de salud. El proceso de adopción se tramitó –respecto de una menor nacida el 8 de abril de 1999– ante

* Fecha de recepción: 12 de mayo de 2015. Fecha de aprobación: 27 de mayo de 2015.
PARA citar el artículo: M. KOTEICH, “*Wrongful adoption*”: ¿hipótesis emergente de responsabilidad patrimonial en Colombia?” *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 28, enero-junio de 2015, pp. 437-453.

** Doctora en Derecho, docente de la Universidad Externado de Colombia, Colombia. Contacto: milagros.koteich@uexternado.edu.co

I M.P.: MARÍA JOSEFINA IBARRA RORÍGUEZ, rad. 54-001-33-31-000-2002-00173-01.

el Juzgado Primero de Familia, concluyendo con sentencia de fecha 9 de septiembre de 1999. Al momento de la entrega de la menor –que se había verificado ya desde el 16 de julio de 1999–, el ICBF entregó un certificado expedido por Medicina Legal, donde daba fe de su buen estado de salud; no obstante –relata la sentencia– “desde el mismo momento en que fue recibida la pequeña se observó una limitación Psico Motora, que le dificultaba mantener erguida su cabeza y que le imposibilitaba gatear, voltearse, balbucear etc.”. Por lo anterior, el día 2 de marzo de 2000, se le realizó a la menor una prueba especializada (TAC) mediante la cual se le diagnosticó una enfermedad llamada esquizencefalia cerrada bilateral, la cual produce insuficiencia muscular que limita seriamente el desarrollo psicomotor (la discapacidad en este caso, según la Junta Regional de Calificación de Invalidez, es del 97.4%). Los médicos ordenaron una serie de terapias del lenguaje, física y ocupacional en forma permanente, adaptación de órtesis, la presencia de un cuidador permanente, y también “adaptación en su lugar de habitación ya que la paciente para sus desplazamientos necesita el uso de una silla de ruedas, espacios amplios en dormitorio y baño para facilitar sus actividades básicas cotidianas con ayuda de varios aditamentos como sillas de sedastación”. Finalmente, el 25 de octubre de 2001 se le diagnosticó a la menor ceguera total.

Los adoptantes decidieron demandar en acción de reparación directa al ICBF y a Medicina Legal por una presunta ‘falla del servicio’ en virtud de los “errores que se presentaron en los exámenes médicos practicados a la menor [p]or el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, [que] llevaron a que la familia [xxx], recibieran [sic] a la menor [c]on el convencimiento de que se trataba de una menor complementemente [sic] sana. De lo contrario ellos hubieran rechazado de plano recibir en adopción a la menor en dichas condiciones”.

Además de la falla del servicio que le endilgan al ICBF y a Medicina Legal, los demandantes sostienen que el primero “faltó a la verdad con dicha valoración médica puesto que desde el mismo momento en que fue recibida la menor por sus respectivos padres adoptivos se observó en [xxx] una limitación psicomotora”. Por lo que debe entenderse que los demandantes aducen que hubo una de dos cosas: o bien un error en el diagnóstico –cuando este no debió existir²– o bien una omisión intencional de información por parte del ICBF que privó a la pareja de tomar una decisión suficientemente informada acerca de si adoptar o no a un menor con necesidades especiales.

2 En efecto, “para poder imputar subjetivamente la responsabilidad al profesional sanitario, habrá de comprobarse, pues, que podría haberse emitido un diagnóstico correcto –esto es, que se podría haber detectado la existencia del mal o la enfermedad del niño–, posibilidad que se valorará teniendo en cuenta, especialmente, los indicios presentes en el paciente y los límites del conocimiento médico y científico”: ANDREA MACÍA MORILLO, “La responsabilidad civil médica. Las llamadas acciones de ‘*wrongful birth*’ y ‘*wrongful life*’”, en *Revista de Derecho* n.º 27, Universidad del Norte, julio de 2007, p. 18.

Pretenden los accionantes que los institutos demandados sean declarados administrativa y patrimonialmente responsables, y que, en consecuencia, se les condene a pagar: perjuicios morales, en la cantidad de 100 salarios mínimos mensuales para cada uno, "por los profundos traumatismos psíquicos, las tensiones, además de la aflicción, la tristeza y la angustia que experimentan los demandantes y los distintos miembros de la familia"; daño a la vida en relación, en la cantidad de 500 salarios mínimos mensuales para cada uno, por los "perjuicios que afectaron su vida social y familiar, pues [h]an vivido momentos de angustia y preocupación por el grave estado de salud de la menor, problemas en la parte laboral, y la parte social, pues la menor requiere cuidado constante, privándose igualmente de esta manera de disfrutar las acciones que como padre pudiesen [sic] disfrutar con un niño sano, tal como fue su propósito al momento de acudir a la adopción de la menor, circunstancia que revistió tal afectación que hasta su relación de pareja y el entorno se vio alterada [sic]"; y perjuicios materiales, tanto consolidados como futuros.

El ICBF se opuso a las pretensiones de la demanda, por considerar que: a) "No es responsable de los quebrantos de salud que padece la menor, por lo tanto, no está obligado a resarcir un daño que no se ha causado por la acción u omisión de uno de sus agentes"; b) "La ley no le impone al ICBF que para culminar un proceso de adopción se le practiquen al menor examen especializado, cuando a criterio de los profesionales de los servicios de salud ellos no son necesarios y se abstienen de ordenarlos, desvirtuando con esta apreciación el nexo de responsabilidad de la Administración"; c) "Expone además que en el presente caso la menor mientras estuvo a cargo de ICBF (3 meses de vida), no presentó síntomas que hicieren prever las enfermedades diagnosticadas 1 año después de estar en firme la sentencia de adopción"; y d) "Otro aspecto que señala el ICBF debe ser examinado es el de la causales exonerativa [sic] de toda la responsabilidad, conforme lo consagra el artículo 2347 [sic] del Código Civil como es la culpa de un tercero, ya que fueron las valoraciones médicas tanto del hospital EMIRO QUINTERO CAÑIZARES, como la del INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES, las que pudieron generar la omisión de realizar estudios especializados a la menor; conllevando esta culpa de un tercero a la exoneración de responsabilidad".

Por su parte, Medicina Legal se opuso igualmente a las pretensiones de la demanda, en síntesis porque: a) "Los exámenes practicados en la Unidad Local de Medicina Legal de Ocaña, son los rutinarios y científicamente aceptados por la ciencia médica moderna para dictaminar el ESTADO GENERAL DE SALUD de un [sic] niña de escasos 8 días de nacida, de quien no se conocían datos de historia clínica, antecedentes familiares, ni personales, ni de la madre biológica, del periodo de embarazo, ni del parto"; b) "La enfermedad padecida por la pequeña es poco frecuente y esta [sic] codificada como 'enfermedad rara', es de escaso dominio por la ciencia médica moderna. Y requiere de conocimientos altamente

especializados para su tratamiento; luego su descubrimiento y diagnóstico, resulta imposible durante los primeros días de vida sin la práctica de una resonancia magnética nuclear o tomografía computarizada. / Los estudios especializados se realizaron cuando ya para los padres eran evidentes las dificultades en el desarrollo neurológico. Ya que cuando fue evaluada y diagnosticada contaba con más de un año de edad”.

Finalmente, intervino el Ministerio Público (Procuraduría) para solicitar que no se acceda a las pretensiones de los demandantes, en virtud de que “no existe un agente determinado que haya causado el daño, bien por acción o por omisión, existen si [*sic*] unos pronunciamientos de las entidades estatales, pero estos no conllevan al daño que tenía [*sic*] o que sufrió posteriormente la hija en adopción y por ende si no están demostrados los elementos anteriores no podemos hablar de nexo causal”.

De ese modo quedó trabada la *litis*; por lo que corresponde ahora preguntarse cuál es el punto de derecho, el problema jurídico, sobre el cual discuten las partes en este proceso. De acuerdo con el particular punto de vista del Tribunal, el problema jurídico a resolver es el siguiente: “¿Es viable la reparación a título [*sic*] de daño patrimonial por parte de la entidad que aprueba la adopción de un infante y a quien posteriormente se le detecta una grave discapacidad?”.

No podemos dejar pasar la oportunidad sin señalar que, en realidad, no creemos que ese haya sido el verdadero problema jurídico o problema de derecho sobre el cual discutían las partes involucradas. Los adoptantes no le endilgan responsabilidad al ICBF y a Medicina Legal por el hecho de la discapacidad de la menor o por la entrega en adopción de la misma, sino por el hecho de haber –supuestamente– incurrido tales institutos en negligencia en la práctica de los exámenes médicos respectivos o, alternativamente, en haber el ICBF omitido de manera intencional proporcionarles la información necesaria para la toma de una decisión suficientemente informada sobre si adoptar o no a un niño especial; derivando cualquiera de las dos cosas en la violación a su derecho fundamental a la autodeterminación, entre otros derechos fundamentales.

Luego, la particular óptica del juzgador sobre el problema jurídico que se discutía naturalmente –al menos en nuestra opinión– termina por distorsionarlo todo, puesto que –digámoslo de una vez– ciertamente los elementos de la responsabilidad (civil o patrimonial) no los podremos ver jamás configurados en este supuesto si la relación que pretende establecerse es entre la actuación de los demandados y la discapacidad de la menor, en la medida en que, es claro, esta obedece enteramente a causas biológicas y no a causas humanas.

Pero ‘desenfocado’ o no, ¿cuál fue la respuesta, la solución dada por el Tribunal al problema jurídico *por él* planteado? La tesis del Tribunal se encuentra condensada en los siguientes párrafos extraídos de la sentencia:

La Sala considera deberá declararse la responsabilidad del Instituto de Bienestar Familiar (ICBF) por los perjuicios ocasionados a los accionantes, pero no porque se hubiere configurado falla en el servicio de alguna de las entidades demandadas, como lo plantea la parte actora, sino en aplicación del título de imputación del daño especial^[3].

Como la condena que se impondrá no tiene origen en falla del servicio sino que se impone al Estado que es el obligado constitucionalmente, a través del ICBF institución que a nombre del mismo está en la obligación legal de protección a los menores, se absolverá al INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES.

La sentencia habla adicionalmente de la comprobada "relación entre daño y actividad del Estado en el presente caso", sin que resulte claro cuál es ese 'daño' para el Tribunal (si el menor, su discapacidad, etc.) y cuál dicha actividad (¿omisión en el deber de información?, ¿negligencia en los exámenes practicados?, ¿el hecho de haber dado en adopción a la menor con necesidades especiales?).

Por otra parte, valga anotar que, para justificar el título de imputación que pretende emplear, esto es, el 'daño especial', el Tribunal compara la situación de discapacidad de la menor con el lanzamiento de una granada por parte de un tercero –grupo al margen de la ley–: en ambos casos, señala, el que debe responder es el Estado aunque no haya sido él quien materialmente produjo el daño. En otros términos, no importa qué causó la discapacidad, *responde* el Estado⁴. El daño es, entonces, la discapacidad; y la actividad (lícita) del Estado que permitiría imputar responsabilidad a través del 'daño especial' sería, de acuerdo con el sentido de la sentencia, la dirección y gestión del sistema de adopciones en Colombia.

Y continúa diciendo la sentencia:

El análisis de los hechos arroja como resultado la ocurrencia de un daño, que a todas luces tiene la característica de ser antijurídico, es decir, un daño que los señores [xxx] y [xxx] padres adoptivos de la menor no tenían la obligación de

3 Recordemos que para que pueda hablarse de 'daño especial' deben concurrir dos requisitos: la legalidad de la actuación administrativa y el rompimiento de la igualdad de los administrados frente a las cargas públicas.

4 La sentencia reconoce que la situación de discapacidad "genera una obligación especial que corresponde al Estado Colombiano quien por virtud del artículo 47 de la Constitución Política, deberá adelantar políticas de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos '(...) a quienes se prestará la atención especializada que requieran'". Agregando también: "Aunado a lo anterior, respecto de la protección a la menor adoptada que se ordenará en la presente sentencia, se precisa que deviene no solo del criterio de solidaridad que debe tener la sociedad en general y el Estado en particular, sino que se concretiza aún más en la utilización en su favor del contenido obligacional del Estado que se deriva de los artículos 44 y 47, que consagran la prevalencia de los derechos de los menores y la protección a discapacitados, a fin de hacer efectivo el Estado Social de Derecho".

soportar, en cuanto les impuso una carga claramente desigual respecto de la que asumen comúnmente los ciudadanos que acuden a la adopción de un hijo.

Señala luego:

El utilizar el daño especial como título [*sic*] de imputación implica la realización de un análisis que, acorde con el art. 90 Const., tome como punto de partida el daño antijurídico que sufrieron los padres de la menor [xxx]; que asume que el daño causado, desde un punto de vista jurídico y no simplemente de las leyes causales de la naturaleza, se entiende como fruto de la actividad lícita del Estado; y, que, por tanto la administración pública, con fundamento en el principio de solidaridad dentro del contexto del Estado Social de Derecho, debe equilibrar las cargas que, como fruto de su actividad, soporta en forma excesiva uno de sus asociados, alcanzando así una concreción real el principio de igualdad.

Por estas razones, en aplicación de la teoría del daño especial ya que no se evidencia una falla del servicio, se declarará responsable al Estado del pago de la indemnización de perjuicios y la protección y atención de la menor [xxx], a través del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar icbf, que es el ente encargado de la protección de los niños y fue quien entregó a la menor en adopción.

Y concluye diciendo:

No es menos cierto, que la inesperada condición de discapacidad de la menor [xxx], además de no cumplir con la expectativa de llenar el vacío del hijo anhelado en el cual realizar a plenitud su condición de padres, les ha generado unos costos desproporcionados en todas las esferas de la vida de los demandantes.

Por todo lo anterior, el Tribunal declara responsable al icbf, y lo condena al pago de: perjuicios morales, en la cantidad de 100 salarios mínimos mensuales para cada uno de los demandantes; daño a la vida en relación, en la cantidad de 100 salarios mínimos mensuales para el padre y 150 para la madre, dado que la pareja se separó y quien quedó a cargo de la menor fue la madre adoptante; y perjuicios materiales, frente a los cuales se produjo una condena en abstracto, por no estar “plenamente establecidos los gastos en que los padres han incurrido en razón a la enfermedad que padece la menor”⁵.

5 La liquidación de los perjuicios materiales, señala la sentencia, deberá tener en cuenta los siguientes ítems: educación especial; adecuación de habitaciones para vivienda y desplazamiento de la menor dentro de la casa en la cual reside; si contrataron enfermera o cuidador de manera permanente; si requirieron ayuda de personal especializado para sus desplazamientos; sillas de ruedas y adaptación de aparatos ortopédicos de acuerdo al crecimiento de la menor, siempre y cuando guarden relación con las lesiones que padece desde su nacimiento; uso de pañales de

Pues bien, la sentencia fue impugnada y se encuentra en este momento para decisión en el Consejo de Estado. Naturalmente no sabemos en qué sentido va a decidir la alta corporación; sin embargo, desde ya podemos preguntarnos si la figura –odiosa si se quiere– del *wrongful adoption* o “adopción injusta” (como es denominada en Estados Unidos, donde se reconoció por primera vez) constituye o puede llegar a constituir una hipótesis emergente de responsabilidad patrimonial en Colombia.

II. El comentario

Se trata este de un tema novedoso y tremendamente sensible, sobre el cual no existe en nuestro ordenamiento jurídico ningún precedente, ni jurisprudencial, ni doctrinario, ni legal que nos sugiera algún principio de solución; de allí la importancia de suscitar la discusión alrededor del mismo.

Para comenzar, consideramos que las expresiones empleadas por la sentencia del Tribunal resultan inaceptables en la medida en que violan el principio de dignidad humana, en este caso de la menor, de lo cual dan cuenta particularmente algunos párrafos, como los que siguen:

El análisis de los hechos arroja como resultado la ocurrencia de un daño, que a todas luces tiene la característica de ser antijurídico, es decir, un daño que los señores [xxx] y [xxx] padres adoptivos de la menor no tenían la obligación de soportar, en cuanto les impuso una carga claramente desigual respecto de la que asumen comúnmente los ciudadanos que acuden a la adopción de un hijo.

manera permanente; cualquier otro gasto que tenga estrecha relación con el estado de discapacidad de la menor; y deberán tenerse en cuenta dos períodos de indemnización: “1º Desde la fecha en que fue entregada la menor por parte del ICBF hasta la fecha de ejecutoria de la presente providencia, y se liquidará conforme a las anteriores pautas; y el 2º período se contará a partir de la fecha de ejecutoria de la providencia, y será permanente mientras la menor viva. / En este segundo período a indemnizar, que si bien corresponde a una indemnización futura no se hará de la forma habitual en los procesos de reparación directa por no ser posible determinar de manera exacta los gastos en que incurrirá la menor y también para preservar la calidad de vida que es el bien más importante a proteger en este proceso; en consecuencia con dicho propósito se condenará al demandado INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR ‘ICBF’, a asumir los costos que implique su tratamiento, para el efecto se tendrá en cuenta, entre otros, el informe pericial presentado durante el proceso por la médico Fisiatra Deyanira Paipilla Monroy (FL. 319), sin que signifique exclusión de otros tratamientos o acondicionamientos que sean necesarios, tales como costos de tratamientos de rehabilitación que debe seguir la menor [xxx], en todos sus componentes tales como: cuidador, terapias, tratamientos ortopédicos, de fisioterapia, pañales, medicamentos etc. que resulten necesarios para mejorar su calidad de vida, y que no estén incluidos en su plan de salud. / Para el efecto, a partir de la ejecutoria de la presente providente [sic] y cada seis (6) meses deberá reunirse un comité integrado por el Director Regional del ICBF, un médico fisiatra y un fisioterapeuta cuyo costo estará a cargo del ICBF, un representante de la Procuraduría Delegada ante la Jurisdicción de Familia, y los padres de la menor, quienes de manera conjunta determinarán [sic] el tratamiento y acciones a seguir en relación con el cumplimiento de la presente providencia”.

“No es menos cierto, que la inesperada condición de discapacidad de la menor [XXX], además de no cumplir con la expectativa de llenar el vacío del hijo anhelado en el cual realizar a plenitud su condición de padres, les ha generado unos costos desproporcionados en todas las esferas de la vida de los demandantes.

Los derechos humanos en general, y los de los niños en particular –que dentro del ordenamiento colombiano priman sobre cualquier otro derecho o prerrogativa–, se oponen al tratamiento de la vida humana –por ‘discapacitada’ que ella sea– como un daño o una carga.

En segundo lugar, consideramos que, en cualquier caso, el camino para radicar en cabeza del Estado la obligación de velar y proteger a la menor discapacitada en este caso concreto no era la responsabilidad (civil o patrimonial), dado que, entre otras razones, ello envía un mensaje altamente distorsionado a la sociedad, consistente, precisamente, en que la vida (‘discapacitada’) es un daño o un mal.

En lugar de hablar de responsabilidad era necesario, en nuestra opinión, precisar otros mecanismos de solidaridad distintos⁶, a través de los cuales pudiera *materializarse* la obligación constitucional que tiene el Estado de velar por la salud de los menores y en particular de los discapacitados (arts. 44^[7], 47^[8] y 50 de la Constitución⁹, y 27^[10] y 41, nums. 11 y 13, del Código de la Infancia y la Ado-

6 Si no son suficientes los mecanismos previstos en la Constitución y las leyes (Ley 100, Código de la Infancia y la Adolescencia, etc.), que de hecho dan amplia cobertura en salud a los menores y a los discapacitados, debe pensarse en la creación de un nuevo régimen que efectivamente los proteja.

7 Art. 44 Const.: “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

8 Art. 47 Const.: “El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”.

9 Art. 50 Const.: “Todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. La ley reglamentará la materia”.

10 Art. 27 del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006): “Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la salud integral. La salud es un estado de bienestar físico, psíquico y fisiológico y no solo la ausencia de enfermedad. Ningún Hospital, Clínica, Centro de Salud y demás entidades dedicadas a la prestación del servicio de salud, sean públicas o privadas, podrán abstenerse de atender a un niño, niña que requiera atención en salud. / En relación con los niños, niñas y adolescentes que no figuren como beneficiarios en el régimen contributivo o en el régimen subsidiado, el costo de tales servicios estará a cargo de la Nación. / Incurrirán en

lescencia¹¹, entre otros); un mecanismo alternativo que no tratara la discapacidad de la menor como un daño antijurídico, atribuible al Estado, además, a través del título de imputación del 'daño especial', por el que se tiene al adoptado –nada más y nada menos– como una *carga*, y *desproporcionada*. No se trata en ningún caso de dejar al menor abandonado a su suerte o exclusivamente a los cuidados que buenamente puedan prodigarle sus padres; se trata de comprender que, en cualquier caso, la obligación en cabeza del Estado nace directamente de la ley (en sentido amplio), por lo que resulta incorrecto tratar de deducir dicha obligación de alguna de las otras fuentes de las obligaciones, como es el daño (de acuerdo con la clasificación contemporánea de las fuentes de las obligaciones).

Pero además, no solo no es ni ética ni técnicamente correcto hablar de responsabilidad (civil o patrimonial) por el hecho de la discapacidad, sino que –lo que es quizás aún más grave– la sentencia no acometió el estudio de los elementos estructurales o fundantes de la responsabilidad antes de decidir; los cuales, de hecho, no resistirían el más mínimo escrutinio.

En este caso, en realidad, no solo no se configura –como ya adelantamos– el elemento del *daño antijurídico*, sino que tampoco sería posible establecer un nexo de causalidad entre este y una presunta actuación ilícita (falla) o lícita (daño especial) de la administración. Veamos uno a uno estos elementos:

a) Daño antijurídico: tal como hemos señalado, la vida *per se*, en este caso, la vida discapacitada, no puede ser considerada bajo ningún respecto como un *daño*

multa de hasta 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes las autoridades o personas que omitan la atención médica de niños y menores. / Parágrafo 1.º Para efectos de la presente ley se entenderá como salud integral la garantía de la prestación de todos los servicios, bienes y acciones, conducentes a la conservación o la recuperación de la salud de los niños, niñas y adolescentes. / Parágrafo 2.º Para dar cumplimiento efectivo al derecho a la salud integral y mediante el principio de progresividad, el Estado creará el sistema de salud integral para la infancia y la adolescencia, el cual para el año fiscal 2008 incluirá a los niños, niñas y adolescentes vinculados, para el año 2009 incluirá a los niños, niñas y adolescentes pertenecientes al régimen subsidiado con subsidios parciales y para el año 2010 incluirá a los demás niños, niñas y adolescentes pertenecientes al régimen subsidiado. Así mismo para el año 2010 incorporará la prestación del servicio de salud integral a los niños, niñas y adolescentes pertenecientes al régimen contributivo de salud. / El Gobierno Nacional, por medio de las dependencias correspondientes deberá incluir las asignaciones de recursos necesarios para dar cumplimiento a lo dispuesto en este artículo, en el proyecto anual de presupuesto 2008, el plan financiero de mediano plazo y el plan de desarrollo”.

11 Art. 41 del Código de la Infancia y la Adolescencia: “*Obligaciones del Estado*. El Estado es el contexto institucional en el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes. En cumplimiento de sus funciones en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal deberá: [...]. 11. Garantizar y proteger la cobertura y calidad de la atención a las mujeres gestantes y durante el parto; de manera integral durante los primeros cinco (5) años de vida del niño, mediante servicios y programas de atención gratuita de calidad, incluida la vacunación obligatoria contra toda enfermedad prevenible, con agencia de responsabilidad familiar [...]. 13. Garantizar que los niños, las niñas y los adolescentes tengan acceso al Sistema de Seguridad Social en Salud de manera oportuna. Este derecho se hará efectivo mediante afiliación inmediata del recién nacido a uno de los regímenes de ley [...]”.

reparable, pues ello sería violatorio no solo de principios constitucionales sino de nuestra propia ética como sociedad.

Y de hecho, ni siquiera los demandantes osaron pedir tal cosa; lo que ellos solicitaron fue indemnización en virtud de una presunta violación de deberes específicos a cargo del ICBF, como son la práctica oportuna y diligente de ciertos exámenes médicos tendientes a establecer la situación de salud del adoptable y a la divulgación de información sensible sobre ese mismo asunto, si es que a ella se tuvo acceso.

b) Título de imputación: ciertamente no hay ni podría haber –en relación con la discapacidad– un comportamiento reprochable, o falla, atribuible a la Administración, dado que la discapacidad obedeció a causas biológicas y no a causas humanas, como ya habíamos señalado. Tampoco podríamos hablar de un título de atribución diverso, como sería el ‘daño especial’, porque para comenzar no hay *carga* alguna en este caso que pueda romper el principio de igualdad entre los asociados, ni puede decirse sin más –como lo hace el Tribunal– que se trata de una actividad lícita del Estado que por haber impuesto una carga desproporcionada es necesario ahora equilibrarla, pues lo que en realidad se discute en esta sentencia no es si la adopción es actividad lícita a cargo del Estado –lo cual, además, se da por descontado–, sino más bien si se cumplió o no –diríamos– con el *debido proceso* en este particular proceso de adopción, que es un problema que nunca afronta la sentencia.

En este punto es necesario aclarar que no se trata, naturalmente, de exigir garantías ni de pretender que el ICBF haga predicciones sobre la salud del adoptable, sino de exigir en efecto el cumplimiento del debido proceso dentro del trámite de adopción, lo que involucra, para comenzar, la entrega de información sensible sobre el menor que tenga o deba tener con mediana diligencia el ICBF a disposición –con el límite, claro está, de la protección del anonimato o identidad de los padres biológicos, en caso de que esta se conozca–.

Por otra parte, claro es también que existen “ciertos riesgos asociados a tener un hijo, ya sea biológicamente o por medio de la adopción, [pero] los padres biológicos tienen la ventaja de saber qué enfermedades se producen en la familia y que por lo tanto se puede transmitir a su hijo”¹², mientras que los padres adoptivos están a merced de la información que pueda ofrecerles el ICBF, en la medida en que este es el único que legalmente tiene acceso a ella.

Recapitulando, no se configuran entonces en este caso los elementos necesarios para declarar responsabilidad del Estado por el hecho de la discapacidad misma.

12 THANDA A. FIELDS, “Declaring a policy of truth: Recognizing the wrongful adoption claim”, 37 *B.C.L. Rev.* 975 (1996), p. 29, tomado de: <http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol37/iss5/3>, el 25 de mayo de 2015.

Sin embargo, después de haber criticado el enfoque y la decisión de la sentencia del Tribunal –que, como se dijo, tiene a la vida, o mejor, a la vida discapacitada como un daño–, es momento de preguntarse si la (*verdadera*) pretensión de los demandantes tiene alguna legitimidad.

Veamos. Hay que tener en cuenta que –contrariamente a lo que entendió el Tribunal– los demandantes no encaminaron su pretensión ni hacia la revocación de la adopción (que –se entiende– es legalmente irrevocable en Colombia¹³) ni hacia el hecho de la discapacidad misma; de lo que se dolían los demandantes era de la posible omisión o negligencia en la realización de ciertos exámenes médicos o, incluso, alternativamente, del ocultamiento intencional de los resultados de dichos exámenes. En definitiva, reprochaban el hecho de no haber tenido la posibilidad de decidir de manera informada si aceptar o no a la menor una vez conocido su (grave) estado de salud.

En la búsqueda de respuestas, podemos decir que tal situación –que se presenta por primera vez en Colombia– es, al menos en nuestra opinión, perfectamente paragonable a la del médico que no cumple con su deber de informar u obtener el consentimiento informado de parte de su paciente, en cuyo caso la ciencia jurídica nacional ha ‘avanzado’ al punto de afirmar que si el paciente no ha sido informado, a pesar de haber empleado el médico la *lex artis* en el procedimiento o intervención respectivos, aquel tendrá derecho a la reparación (¿de cuáles perjuicios?, ello constituye un problema ulterior a la aceptación de la responsabilidad por parte del ordenamiento jurídico, que se remite a la decisión política de cada sociedad).

Y entonces, si ello es así, por coherencia sistemática creemos que también en el caso que nos ocupa tendría que prosperar la reparación de perjuicios, no por el hecho, claro está, de la entrega en adopción de un menor discapacitado, sino por la (presunta) violación del derecho a la autodeterminación de los adoptantes (entre otros derechos fundamentales, como la dignidad y la igualdad) precedente a dicha entrega.

En nuestra opinión, el Tribunal debió abocarse a establecer una de dos cosas:

- Si en efecto existió negligencia en la práctica de los exámenes médicos y, en general, en el diagnóstico sobre la salud de la menor, anteriores a la adopción (para lo cual, dicho sea de paso, resultaba indispensable el llamado a peritos médicos, que fue algo que nunca se realizó); o,
- Si en efecto hubo incumplimiento (culposo o deliberado) del deber de informar los datos a disposición del ICBF sobre la salud de la menor.

13 Art. 61 del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006).

Nada de eso ocurrió porque desde el principio el juzgador desenfocó –al menos en nuestra opinión– la problemática que se discutía, que no era la discapacidad *per se* sino la violación o incumplimiento de deberes específicos a cargo del ICBF¹⁴.

Ahora bien, si por el contrario hubiese logrado demostrarse que no hubo violación al deber de informar –porque no era científicamente posible diagnosticar la enfermedad en el momento en que se llevaron a cabo los exámenes médicos ni, en consecuencia, tenía modo el ICBF de conocer la enfermedad y ocultar luego esa información a los padres–, naturalmente no podía prosperar la responsabilidad; supuesto en el cual la situación –dramática– de la familia en cuestión deja de ubicarse en los predios de la responsabilidad para pasar a buscar espacios en el ámbito de la solidaridad nacional.

Entonces, para concluir, el presunto o virtual diagnóstico médico incorrecto y negligente en cuanto a la buena salud de la menor (el llamado en doctrina ‘falso negativo’) o la deliberada retención de información sensible por parte de quien da en adopción no constituye la *causa* de la enfermedad o de la discapacidad, pero sí se configura como la *causa* del consentimiento (¿viciado?) dado por los adoptantes dentro del proceso de adopción respectivo (como también constituye la *causa* en los casos de *wrongful birth* o ‘nacimiento injusto’ –en cuyo caso los padres demandan en nombre propio al médico o profesional sanitario por el ‘falso negativo’ del hijo biológico¹⁵– y *wrongful life* o ‘vida injusta’ –en cuyo caso el niño, normalmente representado por sus padres, demanda al médico o profesional sanitario por su ‘falso negativo’–; en aquellos ordenamientos donde estas figuras son admitidas¹⁶), lo que daría lugar al ilícito conocido en el derecho comparado como *wrongful adoption* o ‘adopción injusta’.

Una adopción con engaños –creemos– debe ser reprehensible por parte del ordenamiento jurídico; es decir, la responsabilidad no puede ser indiferente frente a estos casos, pues ello, además, se constituiría en un incentivo para seguir engañando, con lo cual no estaríamos sino “parodiando la justicia”, como señala algún autor¹⁷, particularmente si tenemos en cuenta que en esta hipótesis está de por medio la protección de la confianza legítima.

14 En este sentido, FIELDS, *Declaring a policy of truth: Recognizing the wrongful adoption claim*, cit., p. 42.

15 Sobre la figura del *wrongful birth* o ‘nacimiento injusto’, GIRALDO, Luis Felipe, *La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 64, señala que “este tipo de eventos no pueden asimilarse a los casos de pérdida de la oportunidad, por cuanto no se cumple con el requisito de la aleatoriedad del resultado, toda vez que tales situaciones dependen de la sola voluntad de la madre que, en caso de haber tenido la respectiva información, hubiese podido decidir si quería continuar o no con el embarazo”.

16 Diferente en cambio es el caso del *wrongful conception* o ‘concepción injusta’, donde el problema no se centra en la información, sino en los procedimientos, tratamientos o dispositivos médicos fallidos.

17 FIELDS, *Declaring a policy of truth: Recognizing the wrongful adoption claim*, cit., p. 13.

Además, reconocer responsabilidad redundaría en beneficio tanto de la adopción –generando mayor confianza en el proceso– como de todos sus involucrados, comenzado por el adoptado y los adoptantes.

En el caso del primero, se evitaría ese menosprecio a sus necesidades especiales –que puede incluso ponerlo en peligro– constituido por la demora en el descubrimiento de su patología por parte de los padres engañados, y la consecuente falta de atención médica durante ese periodo (en contraposición, se habla de la ‘discriminación’ de la que podrían ser objeto los niños cuya información se divulga a los posibles adoptantes, en el sentido de que normalmente estos no querrán adoptarlos; sin embargo, una forma de promover la adopción de estos menores con necesidades especiales podría ser, por ej., a través de la concesión de subsidios estatales dirigidos a sufragar los gastos extraordinarios en los que deban incurrir los adoptantes).

En el caso de los padres, sería hipócrita no reconocer que no cualquiera tiene la fortaleza para criar a un niño con necesidades especiales; de modo que si los posibles adoptantes tienen la posibilidad de conocer la discapacidad y aceptan de ese modo la adopción, suponemos que se tratará en su caso de padres más dispuestos y mejor preparados para afrontar dicha situación; lo que será siempre preferible a que el menor tenga una familia eventualmente frustrada que no tuvo la posibilidad de decidir de manera informada.

III. El derecho comparado

Y finalmente, ¿de dónde salió esta figura?

En el derecho comparado encontramos que el primero en reconocer este supuesto de ilícito fue Estados Unidos¹⁸, en donde se advierte que seis de sus

18 “Las primeras acciones de responsabilidad relacionadas con la vida surgen en Estados Unidos hacia los años sesenta; de hecho, el primer caso que se plantea de *wrongful birth* y *wrongful life* es de 1967 (*Gleitman vs. Cosgrove*). La extensión de esta problemática al resto de los países es algo más tardía. Así, la primera en recibir estas corrientes es Alemania, donde ya hacia finales de los sesenta y principios de los setenta se plantean los primeros casos de *wrongful conception* (si bien los casos de *wrongful birth* han de esperar hasta los años ochenta). Seguidamente, en Gran Bretaña comienzan a plantearse estas cuestiones hacia los años setenta: la *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act* es de 1976 y, a partir de ahí, se plantean acciones de *wrongful conception* y algunas –escasas– acciones de *wrongful life* (concretamente, la única sentencia es la del caso *McKay vs. Essex AHA*). En Francia, las primeras acciones relacionadas con la vida surgen hacia los años ochenta, planteándose la problemática de *wrongful birth* y *wrongful life*, especialmente ya avanzada la siguiente década, proceso que culmina con el famoso caso *Perruche* en el año 2000. El caso de España es el más tardío, pues este tipo de reclamaciones de responsabilidad no comienza sino hasta los años noventa: la primera sentencia de *wrongful birth* es de 1997 y las primeras sentencias de *wrongful conception* son sólo de unos pocos años atrás”: MACÍA MORILLO, *La responsabilidad civil médica. Las llamadas acciones de ‘wrongful birth’ y ‘wrongful life’*, cit., p. 7 (4). Ver también AITZIBER EMALDI CIRIÓN, “La responsabilidad de los profesionales sanitarios en el marco del asesoramiento genético”, en MARÍA PATRICIA CASTAÑO DE RESTREPO y CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA (eds.), *Derecho, genoma humano y biotecnología*, Bogotá, Sideme y Temis, 2004, p. 136.

estados han reconocido responsabilidad por *wrongful adoption* ante la presencia de fraude y omisión negligente de información; el primero de dichos casos se remonta a 1986 (*Burr v. Stark County Board of Commissioners*, de Ohio)¹⁹, desde cuando se ha avanzado hacia el establecimiento de las hipótesis que dan lugar a este tipo de acciones, que son, a saber, las que siguen: a) en caso de tergiversación intencional de información (en forma deliberada se proporciona información sustancial imprecisa); b) en caso de ocultamiento deliberado de información (se retiene información sustancial), y c) en caso de divulgación negligente de información (no se oculta información sino que esta se revela de manera negligente a los interesados)²⁰.

En presencia de tales supuestos, los padres adoptivos –quienes normalmente no buscan “poner fin a la adopción, sino ser compensados económicamente por el daño que han experimentado”²¹– son indemnizados por: los gastos médicos extraordinarios, los costos relacionados con la atención médica, los gastos por tutor y otros gastos de educación especial, los salarios no percibidos por los padres adoptivos que se encuentran al cuidado del niño, el daño por la angustia emocional, y los daños punitivos (estos dos últimos disponibles solo en algunas jurisdicciones)²².

Ahora bien, ¿cuál es esa información que debe suministrar la agencia o el instituto a cargo de la adopción a los posibles adoptantes para no incurrir en responsabilidad?

En Estados Unidos, cada Estado determina la información que debe darse a conocer a los posibles adoptantes; algunos establecen simplemente que “la agencia de adopción debe revelar toda la información que tenga ‘disponible’; mientras que otros estados imponen el deber de hacer esfuerzos ‘razonables’ para obtener información sobre la salud y cualquier otra relevante sobre los niños que son entregados a familias adoptivas”²³. A menudo esta información se refiere a “la condición médica o psiquiátrica diagnosticada del niño, a las predisposiciones genéticas y condiciones que ponen al niño en alto riesgo de contraer una enfermedad grave (como la enfermedad de Huntington), también, a un historial social con implicaciones médicas (como el

19 ELINAM RENNER, JARRON JACKSON y SHANA HINES, *The tort of wrongful adoption: A legal dilemma*, tomado de: <http://www.docstoc.com/docs/53191560/THE-TORT-OF-WRONGFUL-ADOPTION-A-LEGAL-DILEMMA>, el 25 de mayo de 2015.

20 MADELYN FREUNDLICH, *Wrongful adoption, litigation & practice*, conferencia basada en el libro de la autora *Wrongful adoption. Law, policy and practice*, Child Welfare League of America Press, 1998, p. 2, tomado de: <http://nysccc.org/adoption/legal-issues/disclosure-of-information/wrongful-adoption-litigation-practice/>, el 25 de mayo de 2015.

21 ID., *Wrongful adoption: A legal remedy for adoptive parents*, p. 2, tomado de: <http://www2.essex.ac.uk/clc/hi/childright/article/196/default.htm>, el 25 de mayo de 2015.

22 FREUNDLICH, *Wrongful adoption, litigation & practice*, cit., p. 3.

23 ID., *Wrongful adoption: A legal remedy for adoptive parents*, cit., p. 3.

incesto), y/o a la historia previa a la adopción del niño (que frecuentemente involucra grave abuso físico y/o sexual y múltiples colocaciones en hogares de guarda)”²⁴.

Precisamente como respuesta a las demandas de ‘adopción injusta’ y a los cambios verificados en la leyes sobre la materia –que imponen el deber de divulgar información sobre la salud y otra información relevante a los posibles adoptantes–, las agencias de adopción en Estados Unidos han implementado cambios en cinco áreas, dejando en evidencia el papel preventivo que absuelve la responsabilidad dentro de la sociedad. Esas áreas son:

1. En lo que hace a la recolección de información de salud y otros antecedentes: Las agencias de adopción han intentado mejorar su recolección de información importante sobre la salud de los niños que van a ser dados en adopción, a través de una serie de actividades que incluye la realización de cuestionarios médicos a los padres biológicos; la obtención y revisión cuidadosa de los registros del hospital y otros registros de atención en salud, y asegurando que a los niños se les haya practicado exámenes físicos antes de la entrega en adopción. También se han centrado en la recopilación de antecedentes sociales y familiares. Esa información puede ser importante para los futuros adoptantes en la toma de la decisión de adoptar a un niño especial.
2. En lo que hace a la educación de los posibles adoptantes acerca de los límites de la información: Uno de los aspectos clave de la práctica de adopción es dejar claro a los posibles adoptantes que, prácticamente en todos los casos, hay información que la agencia no conoce, y que, por diversas razones, la información obtenida puede no ser tan amplia y/o precisa. Las agencias de adopción ponen especial énfasis en explicar a los posibles adoptantes que los padres biológicos pueden tener información limitada acerca de sus propias historias de salud, o pueden ser reacios a compartir información sobre la historia médica de la familia o sobre su salud mental.
3. Creando una mayor conciencia en los potenciales adoptantes sobre sus propias responsabilidades: Las agencias de adopción ahora ofrecen a los posibles adoptantes asesoramiento en relación con los riesgos asociados a la adopción, que están presentes en cualquier forma de crianza de los hijos, y sobre sus responsabilidades en el proceso de adopción. [A] las agencias de adopción se les recomienda abstenerse de interpretar la información médica y de salud mental; y se alienta, en

²⁴ Ibid., p. 2.

cambio, a los futuros adoptantes a recabar información y a asesorarse con profesionales médicos y con padres adoptivos de niños en situación similar. Los trabajadores sociales rara vez tienen la experiencia necesaria para interpretar de manera adecuada y precisa tal información y pueden exponerse a la responsabilidad si proveen información inexacta.

4. Proporcionando a los padres adoptivos los antecedentes de salud y otra información a disposición: Es sumamente importante que las agencias de adopción compartan con los posibles adoptantes todos los antecedentes conocidos de los niños, [e]s decir, la información que es importante para que el adoptante potencial pueda tomar una decisión informada sobre la adopción de un niño en particular. [L]a mayoría de las agencias de adopción ahora brindan esta información por escrito y solicitan acuse de recibo firmado. Además, se les aconseja que proporcionen copia de los informes, evaluaciones u otra documentación a los posibles adoptantes en lugar de resúmenes (que pueden contener errores). La información entregada por escrito normalmente versa sobre: la medida en que la agencia puede dar información; el hecho de que la agencia sólo puede entregar la información de que tenga conocimiento; el hecho de que un niño adoptado puede tener problemas de salud física o mental o problemas de desarrollo, que pueden haber sido diagnosticados o no; y que la agencia no puede garantizar la salud o el desarrollo presente o futuro del niño.
5. Formando al personal: Las agencias de adopción han puesto mayor énfasis en la capacitación del personal para asegurar que los trabajadores sociales comprendan la importancia de la obtención y divulgación de información sobre la salud y otros antecedentes, y tengan las habilidades para comunicar esa información de la manera más completa y precisa que sea posible²⁵.

Otro ordenamiento que ha recibido la figura del *wrongful adoption* es el del Reino Unido, el cual en diciembre de 2002 reconoció por primera vez el derecho de los padres adoptivos a reclamar daños a una agencia de adopción por no haber sido informados sobre los antecedentes del niño antes de la adopción²⁶.

25 Ibid., pp. 3 ss.

26 Ibid., p. 1.

No conocemos de otros ordenamientos que hayan acogido la figura²⁷. En el caso de Colombia, como se ha dicho, la cuestión se encuentra por ahora en manos del Consejo de Estado.

27 En Francia, si bien no tenemos noticias sobre casos de *wrongful adoption*, en fecha reciente, 23 de enero de 2014, frente a los casos de omisión al deber de informar a cargo del médico, se pasó de reconocer un 'daño moral' a hablar de un nuevo tipo de daño que la doctrina había denominado ya como '*préjudice d'impréparation*' (perjuicio por falta de preparación). En la sentencia respectiva puede leerse: "Independientemente de los casos en los que la falta de información sobre los riesgos inherentes a un acto de investigación, de tratamiento o de prevención le hayan hecho perder al paciente la oportunidad de evitar el daño negándose a su realización, el incumplimiento por parte de un profesional de la salud de su deber de información causa a quien se debe la misma, en caso de verificación del riesgo, un perjuicio derivado de la falta de preparación frente a las consecuencias de tal riesgo, que el juez no puede dejar sin reparación" (sentencia de la Casación francesa, 1.^a Sala Civil, del 23 de enero de 2014, 12-22123). '*Préjudice d'impréparation*' o 'efecto sorpresa' del que eventualmente también podría hablarse en los virtuales casos de *wrongful adoption*. Sobre este tipo de perjuicio, cfr. HERRERA M., Jorge, "Responsabilidad por incumplimiento de la obligación de información del médico: reflexiones a partir de la experiencia francesa (primera parte)", en *Boletín Derecho y Vida* n.º CV, septiembre de 2014, Centro de Estudios sobre Genética y Derecho de la Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 1.