



RESPONSABILIDAD DEL ESTADO COLOMBIANO POR POSIBLES DAÑOS A LA SALUD A CAUSA DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA VACUNA CONTRA EL VIRUS COVID 19

SARA CAMILA CELY GÓMEZ



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS SECCIONAL TUNJA
FACULTAD DE DERECHO
2022



RESPONSABILIDAD DEL ESTADO COLOMBIANO POR POSIBLES DAÑOS A LA SALUD A CAUSA DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA VACUNA CONTRA EL VIRUS COVID 19

NOMBRE:

SARA CAMILA CELY GÓMEZ

Trabajo de grado para obtener el título de Abogada

ASESOR:

Dr. ROBINSON ARÍ CÁRDENAS

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS SECCIONAL TUNJA

FACULTAD DE DERECHO

2022



Índice Temático

Página

1. Introducción.....	5
2. Justificación.....	8
3. Capítulo I. Breves consideraciones acerca de los Estados de Excepción en Colombia.....	11
1.1. Definición de Estado de Excepción, sus antecedentes y marco normativo actual.....	11
1.2. El Estado de Excepción de Emergencia, Económica o Social en Colombia decretado como consecuencia de la Pandemia COVID-19.....	14
2. Capítulo II. Precisiones sobre la Responsabilidad Patrimonial del Estado Colombiano al tenor de la Constitución Política de 1991.....	20
2.1. Definición de la Cláusula de Responsabilidad extracontractual del Estado y sus elementos.....	20
2.2. El régimen de responsabilidad del Estado y sus títulos de imputación.....	25
3. Capítulo III. Necesidad de vacunación en humanos en situación de emergencia sanitaria mundial.....	38
3.1. Aplicación de los parámetros de ética médica, a la luz del Declaración de Helsinki y el Código de Núremberg.....	39
3.2. Antecedentes de responsabilidad médica del Estado por vacunación. Caso de la vacuna contra el Virus de Papiloma Humano (VPH) en Colombia.....	44



4. Capítulo IV. Marco normativo regulador de la vacunación contra COVID-19 en Colombia.....49

- 4.1. Análisis de la Ley 2064 de 2020. Principal marco normativo frente a la Responsabilidad por efectos secundarios y adversos por vacunación contra COVID19.....49
- 4.2. Responsabilidad del Estado por daños antijurídicos ocasionados a las personas y atribuibles a la vacunación contra COVID-19 en Colombia.....52
- 4.3. Nexos causal: principal problema frente a la declaratoria de responsabilidad del Estado por efectos secundarios y adversos provocados por la vacunación contra COVID-19.....55

5. Conclusiones.....56



INTRODUCCIÓN

El problema a resolver, surge de la pandemia COVID-19, declarada oficialmente y a nivel mundial en el año 2020; producto de esta declaratoria de emergencia sanitaria, comenzó una lucha científica para encontrar una vacuna contra el virus que rápidamente se propagó por todo el globo. Por esta razón, las grandes farmacéuticas y algunos de los gobiernos más sobresalientes empezaron el ciclo de investigaciones médicas y científicas para lograr una vacuna de aplicación medianamente segura en humanos, teniendo en cuenta la situación de urgencia médica mundial y la dificultad de pensar en esperar los estudios a largo plazo de las vacunas desarrolladas.

Todo ello, por la necesidad de inmunizar a la población mundial del virus COVID-19, pues sus impactos no son sólo sanitarios; la situación de crisis ha permeado sectores tan importantes como la economía, generando crisis tan graves como las presentadas en la caída de la bolsa de 1929 y 2008 respectivamente. Teniendo en cuenta esto, distintas farmacéuticas internacionales han lanzado al mercado público distintas opciones de vacunación, ampliamente conocidas por la comunidad, siendo adquiridas por los Estados para la aplicación a sus administrados en el marco de esta pandemia.

La pregunta surge, cuando muchos opositores a la vacunación han presentado su preocupación frente a los efectos adversos que podrían tener las vacunas, por ser estas creadas en tiempo récord (como consecuencia de la emergencia), y sin someter las mismas a estudios rigurosos frente a sus efectos a futuro, quedando simplemente la certeza acerca de la efectividad de las vacunas en corto plazo sin presencia de efectos dañinos para la salud en un tiempo corto.

Se debe dejar claridad que, este estudio investigativo no se centrará en los argumentos pseudocientíficos que respaldan teorías conspirativas de las cuales se sirven muchos



opositores a la vacunación para presentar evidencia de que tanto el virus como sus vacunas son producto de un plan de orden mundial o similar. Por el contrario, sólo me referiré a los posibles efectos secundarios adversos de carácter clínico que puedan tener las vacunas en los seres humanos y, para ello me serviré de antecedentes como es el caso de la vacunación para el Virus del Papiloma Humano (VPH), seguido de la normativa expedida por el Estado colombiano que acoge esta contingencia y establece un régimen posible de responsabilidad estatal frente al posible daño antijurídico que pueda presentarse.

Es indispensable adelantar este estudio, realizando un breve análisis en primer lugar de los estados de excepción y su tratamiento normativo en Colombia, por cuanto la pandemia ha generado la respuesta del Gobierno en el curso de una Emergencia Sanitaria. De igual forma, todos los Decretos Legislativos han ido encaminados a superar la emergencia y por tal razón el Estado ha requerido de la adquisición de vacunas para mitigar el impacto sanitario (y de manera indirecta económico) de la pandemia.

Posterior a ello, fijar los presupuestos de la responsabilidad extracontractual y patrimonial de Colombia es necesario, pues en caso de ser viable la hipótesis que se plantea con este trabajo, sería necesario fijar el régimen y el título de imputación correspondiente.

Teniendo en cuenta que existen situaciones como la presentada producto de la pandemia COVID-19, existe un enfrentamiento entre la necesidad de vacunación de emergencia y la necesidad de una vacuna segura tanto a corto, mediano como a largo plazo para los seres humanos; por ello se buscará analizar los presupuestos de ética médica frente al desarrollo de vacunas y medicamentos para contrarrestar las distintas afecciones que atacan la salud de los seres humanos.

Todo ello, para poder concluir con el estudio de la normativa actual frente al tema y, de ser posible analizar los pronunciamientos jurisprudenciales que existen frente al tema en



Colombia. De ser posible, determinar si existen casos de daños antijurídicos atribuibles al Estado colombiano con ocasión de la vacunación por COVID-19, y el procedimiento por medio del cual puede alegarse esta reparación. Se concluirá finalmente, con la afirmación o negación de la responsabilidad del Estado colombiano por los efectos secundarios adversos que se presenten en las personas con ocasión de la vacunación en este estado de emergencia.



JUSTIFICACIÓN

El interés por investigar este tema, surgió del conocimiento de posibles casos médicos aislados y excepcionales, de posibles efectos dañosos producto de la vacunación contra el virus SARS-COV 19, en razón a la urgencia y rapidez con la que fue desarrollada la misma, pasando por alto presuntamente las investigaciones y pruebas necesarias para poder poner en funcionamiento y circulación una vacuna de tales características. Esta información se obtuvo principalmente de medios de comunicación que establecían recientes divulgaciones de posibles efectos secundarios de la mencionada vacuna; de igual formados o tres casos aislados pero pertenecientes al departamento de Boyacá (Colombia), de los cuales tuve conocimiento por medios masivos de comunicación que mencionaban la posible incidencia de la vacuna en algunos decesos y efectos secundarios permanentes post vacunación.

Por esta razón es indispensable preguntar: En el caso colombiano, si llegara a comprobarse un daño en la salud personal o vida de las personas, ¿es responsable patrimonial y extracontractualmente el Estado por los posibles efectos secundarios que se puedan presentar como consecuencia de la vacuna por COVID-19?

El problema a resolver, surge de la pandemia COVID-19, declarada oficialmente y a nivel mundial en el año 2020; producto de esta declaratoria de emergencia sanitaria, empezó un afán para desarrollar una vacuna contra el virus que rápidamente se propagó por todo el globo. Por esta razón, las grandes farmacéuticas y algunos de los gobiernos más sobresalientes empezaron el ciclo de investigaciones médicas y científicas para lograr una vacuna de aplicación medianamente segura en humanos, teniendo en cuenta el estado de emergencia mundial y la obstaculización en la espera de los estudios a largo plazo de las vacunas desarrolladas.



Todo ello, por la necesidad de inmunizar a la población mundial del virus COVID-19, pues sus impactos no son sólo sanitarios; la situación de crisis ha permeado sectores tan importantes como la economía, generando crisis tan graves como las presentadas en la caída de la bolsa de 1929 y 2008 respectivamente. Teniendo en cuenta esto, distintas farmacéuticas internacionales han lanzado al mercado público distintas opciones de vacunación, ampliamente conocidas por la comunidad, siendo adquiridas por los Estados para la aplicación a sus administrados en el marco de esta pandemia.

La pregunta surge, cuando muchos opositores a la vacunación han presentado su preocupación frente a los efectos adversos que podrían tener las vacunas, por ser estas creadas en tiempo récord (como consecuencia de la emergencia), y sin someter las mismas a estudios rigurosos frente a sus efectos a futuro, quedando simplemente la certeza acerca de la efectividad de las vacunas en corto plazo sin riesgos para los colombianos en un tiempo corto.

Para el autor, la justificación se plasma en la hipótesis que establece que el Estado colombiano si responde extracontractual y patrimonialmente por los daños que se causen a los administrados con ocasión a los efectos adversos de la implementación de la vacunación contra el COVID-19. Por ello, el Estado colombiano ha expedido la Ley 2064 de 2020, estableciendo la necesidad de crear un fondo de indemnizaciones por los posibles daños causados a los particulares en razón a la vacunación. Situación que se hace previsible por cuando desde la expedición de esta norma se genera indemnidad a favor de las farmacéuticas que proveen al Estado de las vacunas necesarias para la inmunidad de rebaño que es objetivo principal del Gobierno Nacional en este Estado de Emergencia.

Lo anterior indica tajantemente, que las farmacéuticas no responderán por los daños antijurídicos que se ocasionen sobre la población colombiana producto de la vacunación COVID-19 y, será el Estado Colombiano el único encargado de determinar su



responsabilidad con ocasión a efectos secundarios graves y generadores de daños antijurídicos sobre la población vacunada.

Tiene que tenerse además muy en cuenta que, la ley que se ha mencionado con anterioridad, crea un “fondo de indemnizaciones” eventualmente por las reparaciones que el Estado Colombiano deba asumir con ocasión de la vacunación, no existe responsabilidad solidaria entre el Colombia y las farmacéuticas, pero si puede haber responsabilidad contractual o extracontractual a los creadores de las mecanismos de vacunación “concerniente a las acciones u omisiones dolosas o gravemente culposas, o por el incumplimiento de sus obligaciones de buenas prácticas de manufactura o de cualquier otra obligación que le haya sido impuesta en el proceso de aprobación” (Congreso de Colombia, 2020. Ley 2064)

Sin embargo, la responsabilidad por reacciones adversas a la vacunación está a cargo exclusivamente del Estado Colombiano. Esto no quiere decir que la Ley 2064 de 2020, establezca que por regla general existe responsabilidad del Estado con base En el artículo 90 de la Constitución Nacional, nada más alejado de la realidad, pues esta declaratoria de responsabilidad corresponde únicamente a los jueces de la República.

Es justificable este trabajo de investigación, por cuanto a la fecha de redacción del mismo no existe ninguna sentencia en firme de la jurisdicción de lo contencioso administrativo que determine responsabilidad alguna del Estado Colombiano con ocasión de la vacuna COVID-19; este trabajo configura una fuente doctrinaria de consulta y análisis de la responsabilidad del Estado en estos casos, resulta un tema relevante y una solución innovadora la que se plasme aquí frente a un problema que el Estado a través de los jueces aún no se ha visto enfrentado a resolver. No debe olvidarse que, tanto la jurisprudencia como la doctrina, son fuentes auxiliares del derecho.



1. CAPÍTULO I.

BREVES

CONSIDERACIONES

ACERCA DE LOS

ESTADOS DE

EXCEPCIÓN EN

COLOMBIA



1.1. Definición de Estado de Excepción, sus antecedentes y marco normativo actual.

Un estado de excepción puede definirse como una situación de anormalidad temporal de orden nacional que impide el normal desarrollo de los fines constitucionales de un Estado, generando que se requieran facultades extraordinarias y, en algunos casos, la reunión del poder público en uno solo de los representantes de las ramas de este, para el caso de Colombia, facultades legislativas y ejecutivas a cargo del presidente de la República y su sala de ministros, quienes con autorización transitoria del legislativo (Congreso).

En Colombia, estas situaciones de anormalidad manifiesta se vieron plasmadas por vez primera en la Constitución de 1821, con el nombre de Conmoción Exterior. Sin embargo, las razones por las cuales Colombia para este momento histórico podría entrar en estado de excepción el país eran netamente violentas, por ejemplo, por amenazas graves a la seguridad estatal, por conflicto interno o por guerra exterior. Es indispensable tener claro que, las facultades otorgadas al órgano ejecutivo en estados de excepción estaban encaminadas exclusivamente a restablecer el orden, seguridad y normalidad jurídica del Estado.

Realizando un pequeño salto histórico previo a la promulgación de la Constitución Política de 1991, puede mencionarse que, mediante la Carta Constitucional de 1886, en su artículo 121 se regularon de la siguiente forma los antes denominados estados de sitio: Existían para este momento solamente dos estados de excepción a la normalidad jurídica del Estado Colombiano, por un lado se encontraba la guerra exterior, como su nombre lo indica, nos referimos a los conflictos del Estado con otros homólogos de carácter militar, que impidiera el normal desarrollo de las actividades estatales; de otro lado, se encontraba el Estado de Sitio por Conmoción Interior, en virtud del cual podría decretarse una situación excepcional de atención inmediata por el Presidente y Gobierno Nacional para conjurar o reprimir un alzamiento, es decir, una situación bélica interna del Estado Colombiano que impidiera el normal desarrollo de las actividades de la Nación.



Es de anotar que en la vigencia de la anterior Constitución debía existir audiencia previa ante el Consejo de Estado que permitiera la aplicación de alguno de los Estados de Sitio y de igual forma la ejecución de todas las medidas necesarias con la firma de todos los Ministros conformando así decisiones de la rama ejecutiva en cabeza del Gobierno Nacional.

De la misma forma se estableció la obligatoriedad de los actos expedidos por el Gobierno a través de Decretos provisionales siempre y cuando llevaran la firma de los ministros. De igual forma, era obligatorio para el Gobierno declarar restablecido el orden público cuando cesaran las anormalidades por algún tipo de levantamiento interno o guerra con otro Estado. Desde este momento constitucional, ya se establecía la responsabilidad de las autoridades públicas por la extralimitación de funciones que hubieran generado daños en los administrados.

Como se sabe, actualmente existe además de las eventualidades que constituyan un conflicto interno o externo, la posibilidad de declarar un estado de excepción como consecuencia de las emergencias sociales, ambientales o económicas por las que pueda atravesar la Nación. Esta nueva incorporación del ahora llamado estado de emergencia se dio por primera vez en el país a través de la Constitución de 1968; para este momento, esta Ley Suprema estableció el llamado “estado de sitio” a las situaciones que configuraran una guerra exterior o una conmoción interior (ambas de categoría bélica). Por otro lado, consagró el estado de emergencia, referente a aquellas situaciones que pudieran alterar seriamente el modelo económico, la situación ecológica o una eventualidad que genere calamidad grave y generalizada.

No se puede negar, sin embargo, que sólo hasta la entrada de la Constitución Política de Colombia de 1991, los estados de excepción se regularon de tal manera que sólo pudieran



ser activados en casos extremos; ello por cuanto el siglo pasado, en vigencia de la Constitución del 86, el Estado Colombiano vivió en estado casi permanente de excepción.

Es claro que, al momento de establecer en la Constitución que en la actualidad nos rige, los actuales estados de excepción, el constituyente tenía claro que en épocas anteriores al siglo XX y, durante la vigencia de la llamada Constitución del 86, los llamados estados de sitio habían sido la generalidad de la situación cotidiana del país; haciéndose necesario que a través de la nueva regulación constitucional se establecieran unos parámetros en virtud de los cuales los estados de anormalidad social, económica, social o de seguridad estatal fueran realmente excepcionales.

Como consecuencia de ello, la Constitución Política de 1991, abolió los llamados estados de sitio y reguló en tres conceptos los ahora llamados estados de excepción, por medio de los cuales la rama ejecutiva del poder, en cabeza del presidente de la República, busca restablecer el orden constitucional perdido, como consecuencia de una anormalidad jurídica. Los estados de excepción actuales son: 1) Estado de guerra exterior, 2) Estado de conmoción interior y 3) Estado de emergencia (Constitución Política de Colombia, 1991).

1.2. El Estado de Excepción de Emergencia, Económica o Social en Colombia decretado con ocasión de la Pandemia COVID-19

El estado de excepción de emergencia se encuentra regulado en el artículo 215 superior y se basa en hechos o circunstancias que concreten una perturbación o generen un peligro inminente grave de clase económico, social o ecológico; además de ello, estas situaciones deben constituir grave calamidad pública de conformidad con el ordenamiento constitucional. En este caso, la declaratoria de este “estado de emergencia” se realiza de forma muy similar a los estados de sitio de la constitución anterior, pues requiere que el presidente de la República con la firma de todo su gabinete realice tal manifestación, solo



que, el estado de emergencia está sujeto a la temporalidad y, por tanto, tendrá vigencia de hasta treinta días calendario, renovables por un periodo igual sin exceder de noventa días calendario en el año.

Ahora bien, frente a las facultades extraordinarias del ejecutivo, se debe tener claridad en que los decretos con fuerza de Ley que puede expedir el presidente con la firma de todos sus ministros (Gobierno Nacional), deben estar destinados únicamente a salvaguardar el interés público buscando superar la crisis, evitar que sus efectos se generalicen y empeoren, pero sobre todo a superar el estado de emergencia.

Es claro que, todas las acciones y pronunciamientos del Gobierno Nacional, en un estado de excepción como estos, deben ir encaminadas a finalizar el estado de emergencia a través de decretos legislativos que son controlados posteriormente a su promulgación por el Congreso de la República.

Ahora bien, mediante Decreto 417 de fecha 17 de marzo de 2020 (p. 3), el Presidente de la República de Colombia, sirviéndose del artículo constitucional anteriormente citado, declaró *“el Estado de emergencia económica, social y ecológica en el territorio nacional”*. Estas medidas se dieron con ocasión a los últimos pronunciamientos de la Organización Mundial de la Salud referentes al descubrimiento de una nueva clase de Coronavirus denominado SARS-COV 2, el cual ocasionó la declaratoria mundial de Pandemia la cual se denominó COVID 19; este brote *“fue declarado como emergencia de salud pública”* (Organización Mundial de la Salud, 2020) por el organismo internacional anteriormente mencionado.

Puede establecerse que el origen del problema bajo estudio surgió con la expedición del Decreto 412 de 2020, por medio del cual el presidente de la República de Colombia dictó normas para la conservación del orden público y la salud pública.



Fue a raíz de estas situaciones tan críticas, que el Estado colombiano a través del titular de la rama ejecutiva del poder público decidió expedir el Decreto 417 de 2020, por medio del cual se declaró un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional. Se tocaron dos puntos fundamentales, a saber:

a. Salud Pública: Dentro de ella, se otorgó un marco general de antecedentes mundiales ocasionados por el virus SARS-COV 2, aunque se declaró la pandemia en el mundo, como consecuencia de la llegada del Coronavirus, la Organización Mundial de la Salud llamó la atención a todos los países para que no desfallecieran en los esfuerzos necesarios para mitigar los efectos de la pandemia; ello con el fin de no generar colapsos en los sistemas de salud de las diferentes naciones afectadas y, por el contrario, generar estrategias de contención y mitigación contra la pandemia que permitieran conjurar las distintas situaciones excepcionales de perturbación, en este caso anormalidades sociales, ecológicas, sanitarias y económicas.

b. Aspectos económicos: El sistema económico a se vio seriamente afectado, principalmente por las restricciones fronterizas decretadas con anterioridad a la expedición de este Decreto y como se ha expuesto en puntos anteriores; la magnitud del problema en este momento era impredecible e incalculable, no solo a nivel patrimonial, fiscal, económico y público sino con impactos económicos directos en el sistema de salud. Ello dejando de lado la afectación grave y seria en el sector laboral que afectó cerca del 50% de los trabajadores en el país.

Luego del desarrollo jurídico de lo anteriormente descrito, fue promulgada la Ley 2064 de 2020, sobre la cual nos pronunciaremos más adelante en el estudio del marco normativo a la luz de la responsabilidad extracontractual del Estado.



Como se mencionó anteriormente, la Corte Constitucional realiza un control constitucional posterior y automático a los decretos que expida el gobierno nacional con la finalidad de declarar un estado de excepción por emergencia social, económica y ambiental, razón por la cual en el caso de la pandemia COVID-19 fue emitida por el órgano de cierre jurisdiccional constitucional la Sentencia C-145 de 2020, por medio de la cual realiza el control de constitucionalidad del decreto referido en líneas anteriores. Llama la atención para este trabajo el juicio material que se plantea la Corte frente al Estado de emergencia decretado y establece los requisitos para su configuración, de la siguiente forma:

En primer lugar y, como se definió en líneas anteriores, para poder declarar este estado de excepción es necesario que por la situación por la que esté pasando la nación configure una catástrofe que se derive de causas naturales o técnicas, produciendo alteraciones de consideración, pero imprevisibles con impacto directo en las condiciones sociales, económicas y ecológicas dentro del país, bien sea en una región o en todo el territorio nacional.

Por otro lado, esta catástrofe o calamidad debe ser irresistible e imprevisible (no solo grave), es decir, no puede haber conocimiento de su causación ni posibilidad para poder afrontar la situación que pone en riesgo y emergencia al Estado colombiano.

Muy importante resulta el hecho de que sean circunstancias que no provengan de una guerra exterior o una conmoción interior (los otros dos estados de excepción).

No menos importante (y tal vez el requisito sine qua non para su declaratoria), que todas aquellas facultades públicas del Estado ordinarias, mecanismos, estrategias públicas de las diferentes ramas del poder público resulten ser evidentemente insuficientes para conjurar el perjuicio o daño inminente contra la Nación o parte de ella.



Puede entenderse, que la emergencia no sólo afectó al país, de acuerdo a la OMS la situación de salud pública se convirtió en pandemia y como consecuencia de ello, en la obligatoriedad del Estado colombiano para mitigar los efectos de la pandemia y devolver el orden jurídico y social al país por medio de facultades extraordinarias exclusivas para resolver el estado de emergencia.



2. CAPÍTULO II.

PRECISIONES SOBRE

LA RESPONSABILIDAD

PATRIMONIAL DEL

ESTADO

COLOMBIANO A LA

LUZ DE LA

CONSTITUCIÓN

POLÍTICA DE 1991



2.1. Definición de la Cláusula de Responsabilidad extracontractual del Estado y sus elementos.

Teniendo claros los antecedentes en materia de declaratoria de emergencia y facultades extraordinarias otorgadas a la rama ejecutiva del poder público, así como el marco normativo de los estados de excepción, es indispensable ahora entender el ámbito de responsabilidad extracontractual del Estado cuando existen daños antijurídicos que se ocasionan a los administrados con ocasión de la actividad del Estado, y sus dos regímenes que conforman esta cláusula general de responsabilidad, así como sus diferentes títulos de imputación.

No siempre desde la creación del Estado de Derecho existió la responsabilidad de los Estados frente a las actividades que, aunque lícitas, ilícitas o riesgosas, por acción, omisión o exlimitación tuvieran que responder, indemnizar y/o reparar a sus administrados con ocasión de un daño antijurídico ocasionado.

Por el contrario, sólo hasta finales del siglo XIX se dieron los primeros pronunciamientos de carácter judicial, que permitieron encuadrar la actividad administrativa dentro de un marco de responsabilidad equiparable al manejado en el derecho civil de forma extracontractual. Romero, J. (2015, p. 140).

Estos cambios significativos en la manera de ver el derecho administrativo en cuanto a lo contencioso se refieren, inició en Francia con tres sentencias judiciales que se consideran hoy día el surgimiento judicial de la Responsabilidad Estatal Islas, A. (2014, p. 280); el fundamento principal para poder endilgar responsabilidad al Estado por daños extracontractuales surgió, en palabras de Triviño (2017, p. 54): *“en el principio de que todo perjuicio emanado del Estado debe ser reparado ya que constituye una violación a la igualdad de los ciudadanos delante de las cargas públicas”*.



El primer fallo emitido en Francia condenando al Estado por daños y perjuicios cometidos contra particulares fue el nombrado como “Fallo Blanco” emitido por el Tribunal de Conflictos de Francia el día 08 de febrero de 1873, Romero, J. (2015, p. 138). Los hechos son conocidos de la siguiente forma: El señor Blanco demanda a la Prefectura del Departamento de la Gironde para que se declare “**civilmente**” responsable al Estado por acciones de algunos trabajadores de la administración de tabacos, quienes al trasladar un vagón de carga empujaron a una niña de cinco años, ocasionándole daños y perjuicios en su integridad personal al haber caído en vía pública. Nótese como, la primera forma de reclamación de responsabilidad pública se realizaba bajo los lineamientos del derecho civil.

Fue resaltada la palabra “**civilmente**” por cuanto este fallo trae un antecedente de nuestro actual sistema contencioso administrativo muy importante, ya que por vez primera en el mundo se habla de una jurisdicción distinta que debe conocer de los asuntos que se ventilen judicialmente y cuando de relaciones Estado-persona se trate.

En segundo lugar, para el año 1889, el Consejo de Estado Francés emite sentencia como consecuencia de un reclamo de un trabajador llamado Jean Robert Cadot, a quien se le dio por terminado su contrato laboral con el Estado Romero, J. (2015, p. 138). Nuevamente existe aquí una colisión de competencias, pues inicialmente la demanda es radicada ante la jurisdicción que dirimía para ese momento en aquel país los conflictos suscitados por una relación contractual.

En su momento, correspondió al Tribunal Judicial conocer del caso, sin embargo, los argumentos de competencia jurisdiccional de este órgano estuvieron encaminados a determinar que la reclamación elevada por este servidor público no tenía un carácter de civil, pues se trataba de una relación contractual con el Estado Francés, motivo por el cual este Tribunal era incompetente por la naturaleza misma del asunto para lograr fallar en derecho. De igual forma, la entidad a la que se remitió el caso en ese momento (denominado Consejo



de Prefectura), tampoco asumió el caso, bajo el entendido que, si bien era un contrato entre el Estado y uno de sus trabajadores, las funciones para las cuales había sido contratado y las que habían sido interrumpidas por terminación del contrato, no eran públicas Romero, J. (2015, p. 145).

Posteriormente, el Ministro del Interior Francés determina que ante la negativa del Consejo Municipal de Marsella a conocer de su caso de indemnización, aquel no puede darle otro trámite procesal, razón por la cual confieren el caso ante el Consejo de Estado, confirmando la ausencia de competencia jurisdiccional de las entidades anteriores y autoproclamándose esta autoridad administrativa como competente para los asuntos contenciosos contra el Estado. (Niño, 2019, p. 7).

El caso cierra, cuando el Consejo de Estado Francés decide que, de forma general, en todo el territorio estatal, aquellas causas judiciales donde se vieran inmersas las autoridades administrativas serían de conocimiento de la jurisdicción del Consejo de Estado, sin estar sometidas a la regulación ni conocimiento del entonces Ministro del Interior Romero, J. (2015, p. 145).

Finalmente, el Fallo Judicial Francés denominado “Terrier”, dado el día 6 de febrero de 1903, los hechos que ocasionaron la declaratoria de Responsabilidad extracontractual del Estado Francés en este caso, se remitieron al incumplimiento de la Dirección de Policía a pagar una recompensa como consecuencia de la caza de víboras en un estado de emergencia ambiental del sector correspondiente. Por esta situación, el Consejo de Estado Francés se declaró competente para conocer del caso, en palabras de Romero (2015): *“pues de la denegación del Director de Policía de admitir el reclamo nace entre las partes un litigio que al Consejo de Estado le es propio conocer”*.



Así entonces, concluyó Niño (2019, p.10) que este fallo marcó un hito en la determinación de competencia de conocimiento de los jueces en materia de lo contencioso administrativo, sobre todo lo referente a la responsabilidad contractual del Estado; de igual forma resaltó la aparición del concepto de “**servicio público**”, el cual resulta de importante relevancia y de arraigo constitucional en el marco normativo colombiano actual.

El elemento primordial de la función pública es el interés general y, sobre él en su momento (volviendo a las líneas de Niño), se estableció la responsabilidad pública en cuanto a las acciones de la administración y los establecimientos públicos, así como la aplicación de la ley en manos de una jurisdicción independiente a la ordinaria, que conociera única y exclusivamente de los asuntos relacionados con la actividad de la Administración en torno a sus administrados. Esto conllevó la realización y desarrollo de la organización en la prestación de los servicios públicos y también la adjudicación por competencia judicial a la naciente jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Ahora bien, una vez entendidos los orígenes de la Responsabilidad del Estado, podemos hablar de la *Cláusula General de Responsabilidad Extracontractual y Patrimonial del Estado Colombiano*. Esta cláusula tiene arraigo constitucional, pues el artículo 90 de nuestra Carta Superior establece de forma inequívoca esta clase de responsabilidad: “*El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas*”.

Aunque la normativa constitucional no establece los elementos constitutivos de la responsabilidad estatal, de ello se ha encargado la jurisprudencia de lo contencioso administrativo, en este sentido, aquellos actualmente se encuentran determinados de la siguiente forma, pues desde el año 2013, el Consejo de Estado fijó la línea jurídica por medio de la cual deben decantarse los asuntos sometidos a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para determinar si existe o no responsabilidad a cargo de la Administración;



por ello fijó lo siguiente, Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. (2013). Sentencia Exp. 30283 de agosto 29. C.P Danilo Rojas Betancourth :

Debe constatarse que existe un daño antijurídico; sin embargo este concepto contrario a lo que puede interpretarse jurídicamente y de manera general, no tiene nada que ver con el sujeto o agente que genera el daño frente a su comportamiento o conducta, contrario sensu se mira desde la óptica del principio de igualdad del artículo 13 constitucional en relación con las cargas públicas y la obligación o no del administrado a soportar ciertas cargas, como por ejemplo algunos daños que aunque negativos para este, se encuentra en deber de soportarlos.

Se habla de una imputación fáctica como un análisis normativo que realiza el juez para poder identificar el sujeto que despliega la conducta que termina en un hecho dañoso y antijurídico en los términos anteriormente establecidos.

De igual forma debe realizarse un estudio que transgresión normativa, que el Consejo de Estado denomina imputación jurídica, por medio del cual el juez de conocimiento puede establecer el fundamento normativo y jurisprudencial con base en el cual existe responsabilidad estatal o no. Allí se analizan los presupuestos culposos, riesgosos, de ruptura grave y especial del principio de igualdad frente a la conducta, omisión o extralimitación de la Administración. Consejo de Estado. Sección Tercera.

Finalmente se realiza entonces la valoración del daño frente a la forma en que se calcula su magnitud y la forma en la cual el Estado debe repararlo tanto patrimonial como extra patrimonialmente. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. (2013). Sentencia Exp. 30283 de agosto 29. C.P Danilo Rojas Betancourth

Aclara el Consejo, que existen situaciones donde es evidente la falla del servicio (régimen subjetivo), pero que, sin embargo, no puede atribuirse material ni jurídicamente a esta falla



la causación del correspondiente daño y por tanto, resulta irrelevante a la luz de la responsabilidad estatal. (Consejo de Estado, 2015. Radicación 05001-23-31-000-1995-00971-01(27302)).

De lo anterior surge la necesidad de aclarar y especificar lo que debe entenderse como daño antijurídico, al ser este el elemento principal de la responsabilidad del Estado. Así, el daño en responsabilidad pública no sólo debe ir encaminado a la concreción y correcta actividad probatoria sobre la materialización y concreción de la lesión sobre bienes o intereses que se encuentren amparados por el ordenamiento jurídico. Además de lo anterior, es indispensable que el daño vaya en contravía del ordenamiento jurídico y, que además de ello, de parte del administrado, no exista la obligación de soportar dicha carga dañosa. Solo en estos términos puede hablarse entonces de daño antijurídico imputable al Estado Colombiano dentro del ejercicio de la administración pública.

El daño se convierte en el elemento estructural de la responsabilidad estatal más importante de la relación tripartita, en palabras de Henao (2005, p. 36).

2.2. Regímenes de Responsabilidad del Estado y sus títulos de imputación.

Debe recordarse ahora, el tercer elemento fundante de la responsabilidad del Estado, es decir, la imputación jurídica, por medio de la cual se establece tanto el régimen de responsabilidad aplicable a cada caso, como el título de imputación a través del cual se pretende la declaratoria de responsabilidad pública. Para tal efecto, en Colombia se han desarrollado dos tipos de regímenes, el objetivo y el subjetivo, cada uno con sus respectivos títulos de imputación y con un alcance y entendimiento diferente, de conformidad con el fundamento fáctico y jurídico que sustenten el petitum de responsabilidad.



Frente al régimen objetivo, puede establecerse que se aplica cuando la actividad del Estado es lícita, cuando dentro de la actividad ordinaria del Estado se genera un daño antijurídico que no está en obligación de soportar el administrado; estas actividades lícitas pueden darse a través de las figuras de imputación de daño especial o de riesgo excepcional, siendo esta última un título aplicable cuando siendo la actividad del Estado acorde al ordenamiento jurídico se desprende de la ejecución riesgosa que por naturaleza comporta la tarea realizada por el Estado o a nombre de este. En todo caso, se determina siempre un fraccionamiento de las cargas públicas al tenor del artículo 13 de la Constitución Política de Colombia referente a la igualdad y a la no obligatoriedad de las personas de soportar daños que se tornan antijurídicos, de acuerdo con el concepto dado de daño en líneas anteriores. Henao (2005, p. 36).

En segundo lugar, existe el régimen de responsabilidad subjetiva del Estado, por medio de la cual se juega con el concepto de culpa y de falla en el servicio, pues a través de esta forma de responsabilidad, se debe demostrar la culpa de la Administración en la generación del daño antijurídico. Los títulos de imputación por medio de los cuales se puede aplicar este régimen son el de falla probada y falla presunta, los cuales han sido desarrollados por la jurisprudencia del Consejo de Estado. Consejo de Estado (1989)

Existe entonces, la posibilidad de afirmar que cuando la actividad de la Administración se realiza por vía de acción de forma defectuosa, o cuando es omisiva injustificadamente o, incluso, cuando hablamos de extralimitación de funciones nos referimos siempre al concepto de “culpa de la Administración”, por estas razones se establece que la responsabilidad con culpa es responsabilidad subjetiva del Estado. Como se dijo anteriormente, existe la falla del servicio probada, que el Consejo de Estado (1989) conceptúa en tres pilares fundamentales: una falla o defectuosa actividad del servicio público, una causación perjudicial y un nexo de causalidad entre ambas.



Por tanto, en este modo de falla en el servicio es requisito sine qua non, la presentación de prueba plena, perfecta y completa de la culpa del Estado de la comisión o creación del daño antijurídico; la carga de la prueba entonces, estaría en cabeza de quien pretende por vía judicial reclamar la compensación patrimonial y extrapatrimonial de daños y perjuicios del Estado a través de sus diferentes entidades.

Ahora bien, frente a la denominada falla del servicio presunta el mismo Consejo de Estado en sentencia emitida cuatro años después de la anterior estableció que solo basta que la entidad demandada prueba que, aunque fue la que ocasionó el daño que por falla en el servicio le es atribuible, existió una debida diligencia, prudencia o actuación que en ningún momento puede calificarse de omisiva y que por tanto no es aplicable la declaratoria judicial de responsabilidad extracontractual frente a los hechos propuestos.

Resalta entonces, que para la aplicación del régimen subjetivo por falla en el servicio es necesaria la gravedad de la culpa de la administración en la causación del daño y no basta que exista plena prueba de y nexo causal claro entre el hecho dañoso y el daño antijurídico, pues tratándose del régimen subjetivo se hace necesaria la gravedad y omisión injustificada de la Administración frente a la causación del perjuicio. Así lo establece el Consejo de Estado (1993, p. 16)

2.2.1. Régimen de Responsabilidad Subjetivo del Estado.

Como se dijo anteriormente, este régimen está supeditado a la demostración de la culpa administrativa en la ejecución de funciones públicas, de allí que se hable de falla del servicio. Estas fallas del servicio tienen múltiples prismas de interpretación dentro de los cuales se llega finalmente a probar la falla del servicio público; puede existir falla en los casos en que la Administración presenta retardos en sus funciones, irregularidades flagrantes que en efecto configuren un daño considerable y antijurídico, ineficiencia en sus actividades, conductas



omisivas o en última instancia la posibilidad de que la ausencia del Estado sea total. En todos estos escenarios puede hablarse de una falla del servicio, incluso cuando de extralimitación de funciones se habla.

Al respecto, el Consejo de Estado ha establecido la necesidad que se determine el contenido de las obligaciones a las que está sujeto el Estado a través de todas sus entidades y, frente a un caso en concreto, debe entonces realizarse el primer análisis frente a las normas que regulan aquella actividad pública que causa el daño antijurídico. Esto es importante, pues no sólo existen obligaciones públicas en la constitución o la ley, en general en el ordenamiento jurídico colombiano o de fuerza vinculante externa a través de tratados internacionales debidamente ratificados por Colombia o los incluidos por Bloque de Constitucionalidad.

Ahora bien, dentro del desarrollo de la actividad probatoria de un proceso judicial donde se busque la declaratoria de responsabilidad estatal, será indispensable entonces probar que la actividad de la Administración fue gravemente violatoria del ordenamiento jurídico sin posibilidad de siquiera evitar la generación del daño antijurídico.

Sin embargo, no debe perderse de vista lo ya mencionado frente a la falla presunta del servicio, donde podrá la Administración Pública probar su debida diligencia en la búsqueda de la no configuración dañosa, caso en el cual, no podrá existir entonces declaratoria de responsabilidad del Estado. Lo siguiente, aunque resulta poco relevante para la materia objeto de estudio principal debe mencionarse para cerrar este punto, ya que a raíz de la posibilidad que tiene el Estado de “excusarse” y justificar una conducta pública dañosa, se **relativizó** jurisprudencialmente la responsabilidad del Estado dentro del régimen subjetivo. El Consejo de Estado ha desarrollado entonces el concepto jurídico de Falla Relativa del Servicio.



Debe tenerse en cuenta en todo momento, que bajo este régimen se encuentra con más claridad la actividad defectuosa y culposa de la administración pública, es decir, a modo de cierre, dentro de este régimen subjetivo en ocasiones se aplica lo que puede llamarse una teoría subjetivada de la falla del servicio, sin embargo, en primer lugar, nunca deberá confundirse esta manera de aplicación subjetiva con el régimen que con posterioridad se analizara (objetivo) y en segundo lugar, la aplicación de esta teoría se somete a postulados muy específicos propios de la actividad de la Administración que generan finalmente la ocasión de un daño antijurídico:

Frente a la teoría de la imputación objetiva, ha sido la doctrina la encargada de establecer los elementos configurativos de la misma, siguiendo los lineamientos de Figueroa 2016, p. 110, se establecen de la siguiente manera para la interpretación de la suscrita:

La posición de garante: entendida como ese lugar que ocupa quien está en obligación de proteger o salvaguardar los intereses y derechos del administrado (en este caso). Asume entonces una posición en la cual por omisión o acción defectuosa o extralimitada puede causar un daño antijurídico solo por el hecho de desplegar la conducta; pues al estar en posición de garante no se necesita establecer o probar culpabilidad grave e injustificada. (Figueroa 2016, p. 110)

El riesgo permitido: hace referencia a la actividad lícita de la Administración, pero que por su naturaleza puede ser ocasionar daños antijurídicos en virtud de un riesgo excepcional o un daño especial. (Figueroa 2016, p. 110)

El principio de confianza: bajo los presupuestos de la confianza legítima regulada en la Constitución Nacional, que tiene íntima relación con el principio de seguridad jurídica.

2.2.2. Régimen de Responsabilidad Objetivo del Estado



A diferencia del anterior régimen estudiado, en el presente no se exige que se allegue prueba de la culpabilidad del Estado en la causación del daño, basta con que exista algo denominado “rompimiento de las cargas públicas” en contra del administrado que recibe el daño antijurídico Henao (2005, p. 36); este concepto se encuentra íntimamente ligado con el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, referente al principio y derecho fundamental de la igualdad.

2.2.2.1. Daño especial

De la misma forma en la cual existen títulos de imputación de la responsabilidad extracontractual atribuible al Estado en forma subjetiva, dentro de este marco de responsabilidad objetivada también existen; La primera forma por medio de la cual puede imputarse un daño antijurídico al Estado con ocasión de la acción de la administración es el **daño especial**. Por medio de esta figura, solo se podrán alegar las actividades de la Administración que han generado un daño, no podrá establecerse entonces bajo este título de imputación ninguna omisión del Estado.

De igual forma, y como se estableció en líneas anteriores, siempre que se habla de Responsabilidad Objetiva, se habla de actividades lícitas y la ejecución de actividades públicas que están acordes con el ordenamiento normativo constitucional y demás normas inferiores. Sin embargo, a la luz del artículo 13 constitucional, una actividad lícita del Estado y acorde con el marco normativo puede generar un daño en los administrados, el cual desconoce ampliamente la igualdad y genera el rompimiento de las cargas públicas que los asociados dentro del Estado están obligados a soportar. Por supuesto, el Consejo de Estado ha fijado claramente los presupuestos configurativos del daño especial de la siguiente forma:

La jurisprudencia deja en claro que deben existir los siguientes presupuestos: (i) definitivamente debe existir una ejecución de una actividad legítima del Estado, (ii) aquella



actividad debe tener su resultado final en una violación directa o menoscabo al derecho de una persona, (iii) Siempre que se alegue el daño especial, este perjuicio debe tener su génesis en el principio constitucional de igualdad del artículo 13 superior, visto desde el particular ante la ley y las cargas públicas, (iv) es necesario que el daño sea de una gravedad considerable y que recaiga sobre unos sujetos determinados, por ello se hace especial; (v) Lo más importante en la teoría de la responsabilidad general, es el nexo de causalidad, el cual se entiende como el “puente” que conecta la conducta, actividad, omisión de la administración con el daño antijurídico. Finalmente, para que un hecho o conjunto de hechos puedan ser considerados a la luz del daño especial dentro del régimen objetivo, no debe haber adecuación jurídica dentro de ningún otro título de imputación ni de régimen actual de responsabilidad estatal en Colombia Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de septiembre de 1991, Exp. 6453. M. P. Carlos Betancur Jaramillo.

2.2.2.2. Riesgo Excepcional:

El siguiente título de imputación es el más importante dentro de este trabajo investigativo, pues a través de él se podrá determinar si existe o no un marco de responsabilidad que permita imputar jurídicamente los daños ocasionados a los ciudadanos colombianos como consecuencia de la vacunación contra el virus SARS-COV 2. Me refiero al **riesgo excepcional**; este título de imputación al igual que el anterior, genera daños en los administrados en el curso de una actividad lícita y acorde a los lineamientos normativos vigentes para el momento de generación del daño, sin embargo, es necesario acotar que cuando se trata de actividades públicas que por su naturaleza resultan riesgosas el Estado debe responder por los daños que se causen a los administrados y que estos a su vez no estén en obligación de soportar. A lo anterior se le conoce como riesgo excepcional.

Dentro de este último título de imputación objetivo se encuentran distintas categorías que, aunque no generan un cambio significativo a la hora de declarar judicialmente la



responsabilidad del Estado bajo el régimen objetivo, si otorga una clasificación y diferenciación clara de cada categoría de riesgos a los que puede someter el Estado a sus asociados con ocasión de algunas actividades que resultan riesgosas. Por lo anterior, es fundamental realizar un esbozo general de cada una de las categorías de riesgo excepcional, para poder determinar así si existe algún título imputable con una especificación manifiesta, que pueda encasillarse en las posibles consecuencias negativas y dañosas a las personas con ocasión de la vacunación dentro del estado de emergencia decretado como de excepción producto de la Pandemia COVID-19.

2.2.2.2.1. Responsabilidad subjetiva del Estado por Riesgo – Peligro:

Un mecanismo de responsabilidad y una categorización desarrollada ampliamente por la jurisprudencia de lo contencioso administrativo, que establece tres grandes grupos de actividades que pudieran ocasionar peligros más allá de los que por deber soportan los administrados. En este sentido, estableció el Consejo de Estado *“los escenarios dentro de los cuales puede darse esta categorización, afirmando que este tipo de responsabilidad se divide en “(i) a las sustancias peligrosas -verbigracia, químicos o explosivos-; (ii) a instrumentos o artefactos peligrosos -caso de las armas de fuego o los vehículos automotores- o (iii) a las instalaciones peligrosas -como las redes de conducción de energía eléctrica o de gas domiciliario”*. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 26 de marzo de 2008, Exp. 16.530, M. P. Mauricio Fajardo Gómez.

2.2.2.2.2. Responsabilidad subjetiva del Estado por Riesgo – Beneficio:

Es bastante llamativa esta clasificación, pues el riesgo que se enfrenta en este tipo de actividades lícitas de la Administración, no se genera contra particulares propiamente dichos que son ausentes a la actividad estatal en cuanto a su actividad; por el contrario, el daño antijurídico que se ocasiona por el riesgo – beneficio, generalmente recae sobre personas que



cumplen actividades públicas, a través de la vinculación como servidores públicos. Generalmente es una categoría aplicada a las miembros de la fuerza pública las fuerzas armadas adscritas al Ministerio de Defensa.

2.2.2.2.3. Responsabilidad subjetiva del Estado por Riesgo – Conflicto:

Esta teoría propia del régimen subjetivo desgraciadamente se ha desarrollado como consecuencia del conflicto interno armado en Colombia, que por más de cincuenta años ha sometido a la Nación a soportar las consecuencias de un conflicto bélico que ha generado muchas víctimas. Razón por la cual, tanto la jurisprudencia como la doctrina han buscado desarrollar distintos caminos por medio de los cuales poder encasillar la responsabilidad del Estado en los diferentes escenarios que pueden presentarse dentro del conflicto que actualmente vive Colombia. Por ello se han adelantado construcciones teóricas tendientes a determinar la responsabilidad del Estado, por ejemplo, en razón a: desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, desplazamiento forzado, operaciones militares, actos terroristas, entre otros.

2.2.2.2.4. Responsabilidad subjetiva del Estado por Riesgo Aleatorio

La jurisprudencia ha nombrado a este tipo de responsabilidad como “Riesgo Álea”, para el tema objeto de este trabajo es indispensable el estudio de este tipo de riesgo excepcional. Como su nombre lo indica, el azar, las condiciones estadísticas y de probabilidad juegan un papel fundamental en la causación del daño antijurídico y, las actividades donde pueden desenvolverse estas situaciones, generalmente son médicas y/científicas.

Aunque a primera vista pueda parecer que la actividad médica no podría estar sometida a las situaciones aleatorias y estadísticamente improbables (lo que haría que toda responsabilidad estatal emanada de tales eventos fuera subjetiva), a la luz de estos presupuestos resulta claro



que una vez conjuradas situaciones como éstas, se **aplicaría el régimen objetivo de responsabilidad; esto por cuanto no es necesario probar culpa alguna de la Administración en la causación de los perjuicios, al ser la actividad de vacunación considerada dentro de un marco de riesgo improbable pero con posibilidades de causarse por el hecho de ejercer esta actividad.**

Este gran cambio y sus posibles implicaciones en las decisiones judiciales fueron avizorados por la doctrina, especialmente en Dávila, 2019, P. 10, quien manifestó que, en efecto, durante las actividades médicas puede producirse daño en los administrados (en caso de tratarse de establecimientos de salud públicos), sin que exista observación de la culpa en la conducta humana, ello nos lleva entonces al escenario de la responsabilidad objetiva en cuanto a los resultados que se esperan de un tratamiento de medicina aplicado por y para humanos, donde juegan factores externos pero evidenciables, producto de la actividad humana pero sus consecuencias fuera del alcance humano, correspondiéndole a la aleatoriedad determinar el resultado en ciertos escenarios excepcionales.

No puede hablarse entonces de una conducta omisiva o arbitraria y negligente de la Administración en la materialización de este tipo de daños, pues la actividad médica y científica, por regla general, acata todos los protocolos y procedimientos necesarios para garantizar que el servicio prestado no genere daños o **efectos secundarios** más allá de lo que los resultados investigativos han demostrado y con base en los cuales se obtiene la autorización, permisos y forma de procedimiento.

Ahora bien, de cara a los pronunciamientos del Consejo de Estado, tenemos que desde el año 2008 se ha desarrollado la figura de “riesgo álea”, estableciendo en primera medida que la responsabilidad del Estado recae sobre la probabilidad de algunas actividades o procedimientos que pueden generar efectos inesperados y sometidos a las probabilidades



estadísticas. (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 26 de marzo de 2008, Exp. 16.530, M. P. Mauricio Fajardo Gómez)

Como siempre, ha sido la jurisprudencia francesa la que ha encaminado estas indagaciones jurídicas, pues ya se habla allí de la producción de daños producto de factores imprevisibles sin la visibilidad de la culpabilidad en la conducta desplegada por los agentes que representan y cumplen las funciones de la Administración.

Esto sucede cuando en la actividad médica o científica los resultados, consecuencias y efectos no suelen estar del todo claros; o bien porque conociendo cada una de ellas no puede establecerse con certeza su ocurrencia, volviendo a esta una situación excepcional y denominan entonces a esta situación un riesgo estadístico. (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 26 de marzo de 2008, Exp. 16.530, M. P. Mauricio Fajardo Gómez)

Como se dijo en líneas anteriores, la medicación de la improbabilidad juega un papel importante, por estas razones el Consejo de Estado en el mismo pronunciamiento, establece la probabilidad como elemento fundante en esta clase de riesgo *“de que cierto tipo de actividades o procedimientos pueden dar lugar, quizás con la ineludible mediación del azar o de otro tipo de factores imprevisibles, a la producción de daños sin que medie asomo alguno de culpa”* (Consejo de Estado, 2008, Exp. 16530).

Seis años después, la jurisprudencia, además de la imprevisibilidad y la improbabilidad, establece claramente la ocurrencia de daños antijurídicos por **“riesgo álea”** en procedimientos médicos por situaciones azarosas que impiden la posibilidad que la Administración pueda evitar un riesgo desmedido en sus administrados.

La pregunta que surge con todo lo dicho hasta aquí es **¿Es posible entonces aplicar a favor del Estado la causa extraña de caso fortuito?** Se debe recordar que las causas extrañas son



aquellas situaciones que impiden la conexión jurídica entre la actividad de la Administración y el daño causado.

Puede, a modo de ejemplo establecerse que el nexo de causalidad es la cuerda que une dos extremos (hecho dañoso y daño antijurídico) y que por medio de su existencia se puede alegar y probar la existencia de la responsabilidad del Estado a la luz del artículo 90 Constitucional. Sin embargo, existen situaciones que impiden que la Administración pueda evitar el daño, situaciones que son imprevisibles, imposibles de resistir o ajenas en su totalidad a la voluntad del Estado. Estas situaciones son las que se conocen como causas extrañas y son las “tijeras” que cortan la cuerda denominada “nexo de causalidad”; si una causa extraña se presenta en la actividad del Estado que ha causado un daño antijurídico y puede demostrarse, la Administración no es responsable por los daños ocasionados. (Consejo de Estado, 2014, Exp. 27771).

Las causas extrañas en materia de lo contencioso administrativo son tres, las cuales se explicarán mediante el siguiente cuadro comparativo:

CASO FORTUITO	Situaciones imprevisibles e irresistibles para la Administración pero que son ocasionadas por la actividad humana. Por ejemplo, un naufragio o cualquier situación ocasionada de la actividad humana pero ajena a las partes, especialmente al Estado, aunque se esté desarrollando una actividad pública.
FUERZA MAYOR	situaciones imprevisibles e irresistibles para la Administración, la cual está imposibilitada para determinar la posible



	ocurrencia de un fenómeno natural. En este caso puede hablarse de terremotos, maremotos, deslizamientos de tierra y todo fenómeno de la naturaleza que resulte intempestivo para el Estado y que no pueda evitar.
CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA	Como su nombre lo indica, en estos casos la persona sobre la cual recae el daño jurídico ha tenido toda la responsabilidad en la causación del mismo, situación que imposibilita totalmente a la Administración para evitar el hecho dañoso, pues la conducta desplegada por la víctima es la que ha generado el daño.

Fuente: Definiciones en Consejo de Estado, 2014, Exp. 27771. Tabla: Elaboración Propia.

Los dos primeros escenarios de causas extrañas nos indican que el Estado no está obligado a lo imposible, dejando de lado la idea por la cual se considera que el Estado es perfecto y es ajeno a errores o daños que puedan presentarse por su actividad u omisión.

Para el caso del “riesgo álea”, en materia de actividad médica y riesgo por contagio de infecciones intrahospitalarias, el Consejo de Estado determinó la ausencia de causa extraña pues aunque existen situaciones que hacen imposible la actividad estatal con la finalidad de conjurar el daño y, como consecuencia de ello que exista la ausencia de responsabilidad del Estado (los cuales se califican como casos fortuitos); eso no obsta al Estado para no responder por infecciones contraídas dentro de un centro médico del Estado; estas situaciones, al estar amparadas por el riesgo estadístico no son calificadas como elementos de ruptura del nexo de causalidad como la mayoría creería, pues son actividades, resultados y consecuencias



derivadas estrictamente de la prestación del servicio público de salud. (Consejo de Estado, Sentencia Exp. 30283, 2013).

Bajo este marco jurisprudencial deberá determinarse entonces si existe o no responsabilidad del Estado por daños ocasionados a las personas con ocasión de la vacunación COVID-19, pues la actividad científica encaminada a desarrollar la vacuna dentro de esta pandemia tuvo que desarrollarse dentro de un marco de emergencia, sin los controles y pruebas necesarias para determinar que la vacuna era completamente segura en humanos.

3. CAPÍTULO III.

NECESIDAD DE VACUNACIÓN EN HUMANOS EN SITUACIÓN DE



EMERGENCIA SANITARIA MUNDIAL.

Una vez estudiados los presupuestos jurídicos esbozados en los dos anteriores capítulos, los cuales son la base para el entendimiento del problema de investigación planteado, es hora de entrar en materia, iniciando con algunas precisiones acerca de la vacunación en humanos, su marco normativo internacional y un antecedente importante en Colombia frente a la vacunación.

Es claro que, dentro de un estado de emergencia mundial con ocasión de una enfermedad que ha salido de control médico, son necesarias algunas medidas de contención que no siempre cumplen con los protocolos necesarios para otorgar la debida seguridad para la aplicación de posteriores tratamientos médicos, así como el control de los efectos secundarios que pueden ocasionarse por la aplicación de tratamientos médicos “experimentales”. Por estas razones, las primeras líneas de este capítulo irán encaminadas a determinar los alcances normativos internacionales y de ética médica que deben estar presentes dentro de la actividad médico – científica.

3.1. Aplicación de los parámetros de ética médica, a la luz del Declaración de Helsinki y el Código de Núremberg.

3.1.1. Código de Núremberg



Es posible que sea la normatividad internacional más importante frente a la regulación de la ética médica en los procedimientos e investigación médica. Este código abarca todo lo concerniente con los pilares fundamentales de la investigación científica realizada en humanos.

El inicio de este código es escabroso, pues nace de los juicios adelantados en esta misma ciudad alemana contra algunos de los líderes del Nacionalsocialismo acabada la Segunda Guerra Mundial; su antecedente directo se encuentra en los médicos y profesionales de la salud que en aquel juicio fueron investigados y condenados por crímenes de guerra y la experimentación científica en seres humanos.

Su principal aporte resulta en lo que ahora conocemos como “consentimiento informado” de los pacientes antes de cualquier intervención o procedimiento médico sobre su humanidad. Lo anterior, en virtud a que desde el inicio de los Juicios de Núremberg, era complicado juzgar a los médicos alemanes que habrían participado en experimentación científica usando como sujetos de experimentación los prisioneros de guerra (en su mayoría judíos); esto por cuanto para esta época, muchas de las investigaciones se realizaban sin consentimiento de las personas y con estándares de seguridad demasiado bajos, lo que ocasionaba efectos secundarios graves y, muchas veces, la muerte de los pacientes. Código de Núremberg, 2013.

Extraído de <https://www.conicyt.cl/fonis/files/2013/03/El-C%C3%B3digo-de-Nuremberg.pdf>.

De igual forma, se hizo necesario por vez primera en la historia, ajustar un protocolo que estableciera los límites para la investigación científica en humanos, pues algunos de los principales argumentos de la defensa judicial en los Juicios de Núremberg, fue la existencia de la experimentación en humanos por parte incluso de los Estados Aliados; por estas razones



se dificultó el juzgamiento de los crímenes de guerra y hasta ahora nacientes, crímenes contra la humanidad. En palabras de Ferrer y García (1999, p. 103): *“Por este motivo se vio que sería necesario no quedarse sólo en lo que se estaba juzgando sino ensanchar el alcance del juicio para definir bajo qué condiciones los riesgos en la experimentación humana serían admisibles”*.

Es indispensable tener en cuenta, que la defensa técnica de los acusados en aquellos juicios internacionales post guerra, se centraron en defender a aquellos médicos que participaron en experimentos crueles e inhumanos, bajo los argumentos de sólo estar cumpliendo órdenes de mandos superiores y, por tanto, no eran responsables de aquellos actos, pues de cierta forma, habrían sido instrumentalizados para realizar estas actividades dentro del desarrollo del conflicto internacional.

A modo de resumen, para desenmarañar el conflicto jurídico planteado, la filosofía fue fundamental para resolver estas cuestiones y, como puede ser conocido por algunos lectores pensadores como Hannah Arendt desarrollaron teorías para explicar estos comportamientos dentro del desenvolvimiento de los conflictos bélicos. Tal fue su teoría de la “banalidad del mal”, con la cual Arendt determinó un complejo entramado de decisiones, labores burocráticas, un engranaje complejo por medio del cual se terminaba por cometer los peores crímenes bajo la idea de cumplir una orden impersonal y abstracta. Esta teoría filosófica incluso tuvo una experimentación científica, logrando demostrar aquella; en la década de 1960 se realizó el experimento conocido como “El Experimento Milgram”, por medio del cual se pretendía probar los alcances de una persona para causar dolor bajo la premisa y convicción de estar siguiendo una orden legítima. (Stanley Milgram, «Los peligros de la obediencia», Polis [En línea], 11 | 2005, Publicado el 29 agosto 2012, consultado el 22 junio 2022. URL: <http://journals.openedition.org/polis/5923>)



Precisamente todas estas razones fueron el detonante para establecer una legislación que determinara los primeros pasos para poder realizar algún tipo de experimentación en humanos. A través de estos presupuestos éticos se determinó la necesidad del consentimiento de los pacientes y su conocimiento frente a los procedimientos a llevar a cabo, especialmente la experimentación científica. Surgen entonces 10 principios éticos dentro de la práctica médica: *“Esos principios que son los que desde entonces conocemos como el Código de Núremberg, incluyen la necesidad absoluta del consentimiento informado y el derecho del sujeto a retirarse de la participación en la experimentación”* Ferrer y García (1999, p. 105)

Este entonces el primer paso para determinar la aplicación de la ética en la medicina y en la aplicación de protocolos éticos en la investigación científica en humanos. Como conclusión se puede establecer que, el consentimiento informado es la piedra angular de la ética médica, se encuentran inmersos y plasmados desde el juramento Hipocrático hasta la protección de los derechos humanos que establece nuestra carta superior. (Ferrer y García (1999, p. 105)

Se tiene entonces que los derechos fundamentales de los sujetos en investigación a favor de la ciencia y el desarrollo humano prevalecen sobre los avances que la ciencia pueda otorgar para la evolución humana. Concomitante a ello viene para los médicos la obligación de determinar e informar claramente a los pacientes de las consecuencias de un experimento determinado o, incluso para el caso que nos ocupa, los efectos secundarios y consecuencias reversibles o irreversibles que puede tener un tratamiento médico experimental o incompleto en su estudio sobre el cuerpo humano.

De los 10 principios que se establecen en el Código de Núremberg, los siguientes resultan relevantes y de presencia en el actual trabajo de investigación (Código de Núremberg, 2013, p. 2), expuestos en una tabla de la siguiente forma:

FINALIDAD DEL PRINCIPIO	EXTRACTO LITERAL
-------------------------	------------------



Frente a los resultados que deben obtenerse	Los resultados deben ser beneficiosos para la humanidad y deben ser obtenidos por experimentación al no existir otro mecanismo científico para lograr estos estudios.
Frente a los conocimientos previos que deben existir	Debe existir primero investigación y experimentación animal, así como un estudio histórico de la enfermedad a tratar, buscando justificar la necesidad de la experimentación en humanos.
Frente al riesgo tolerado	El problema humanitario que se pretende abordar debe ser siempre el de mayor margen de daño, aún sobre el posible riesgo en los humanos al momento de buscar la cura.
Frente a los mecanismos de prevención del riesgo	Siempre deberán establecerse mecanismos de protección para las personas que se someten a la experimentación para evitar daños en la salud o incluso en la vida.

3.1.2. Declaración de Helsinki

Esta tal vez es la Declaración internacional más importante de la Asociación Médica Mundial, su primera publicación se realizó en el año de 1964, siendo su última edición en octubre de 2013. Como tal se establecen esta vez los principios éticos que deben aplicarse a la actividad médica mundial, sobre todo en materia de investigación; así lo plantea Manzini (2000, p. 326), pues menciona que esta Declaración es la primera propuesta formal de



principios éticos que sirven para orientar a los profesionales de la salud e investigadores que realizan su trabajo sobre seres humanos.

Esta Declaración a su vez generó una enorme distancia teórica con los presupuestos fijados en el Código de Núremberg, pues sus 10 principios se subsumen en la nueva Declaración. Lo anterior ya que no debe perderse de vista que el Código citado en la primera parte de este capítulo se relaciona directamente con los crímenes de guerra donde eventualmente pueden ser partícipes los profesionales de la salud.

Este desarrollo normativo tuvo amplia incidencia en la legislación colombiana, pues dentro de la Constitución Política de 1991, desde el bloque de constitucionalidad se establece la necesidad del consentimiento informado dentro de los procedimientos médicos e investigativos; autores como Blank, A y Rodríguez E. (2004, p. 244) han destacado la inclusión de los derechos humanos en la Carta constitucional de 1991, pues en sus palabras: se perciben como la “*dimensión objetiva*” de la sociedad colombiana, manteniendo incólume su presupuesto esencial de fundamental y humano en cualquier trato o relación individual.

Esta declaración realizó un análisis detallado de los principios ya esbozados en el Código de Núremberg, dividió los principios en clases: Comenzando por los Principios Básicos para Toda Investigación Médica y los Principios Aplicables cuando la Investigación Médica se combina con la Atención Médica. Dentro de los principales principios que pueden verse aplicados en este trabajo se encuentran los siguientes:

3.2. Antecedentes de responsabilidad médica del Estado por vacunación. Caso de la vacuna contra el Virus de Papiloma Humano (VPH) en Colombia.

Ahora bien, es indispensable ir concluyendo, después de determinar que existen principios éticos mundiales que rigen la actividad médica y científica, sobre todo en materia de



desarrollo de vacunas que puedan aportar la solución a los problemas de salud que constituyen una situación de atención de salubridad pública.

En Colombia, ya se han presentado situaciones por las cuales los Administrados han exigido la protección del Estado a través de la Rama Judicial del Poder Público frente a daños posiblemente ocasionados por la vacunación. Eso es a lo que nos referiremos en esta última parte de este capítulo.

Todo comenzó con la vacunación obligatoria decretada en el Estado colombiano para el año 2012; esta vacuna contra el Virus del Papiloma Humano (VPH) (el cual afecta a las mujeres), fue introducida dentro del Plan de Inmunización colombiano y, por tanto, de obligatoria aplicación. (Liga Colombiana contra el Cáncer, 2022).

A pesar de los múltiples efectos secundarios que se presentaron en mujeres menores de edad vacunadas contra el VPH, estudios médicos y científicos posteriores determinaron que no existía nexo de causalidad entre la vacuna y los efectos adversos que estaban sufriendo un considerable número de individuos dentro de la población vacunada. A su vez, de conformidad con la fuente anteriormente citada, las consultas, valoraciones e investigaciones epidemiológicas determinaron claramente que no se trataron de efectos secundarios producto de la aplicación de la vacuna, sino de posible estrés colectivo, en mayor medida por la información divulgada en medios de comunicación.

Frente a esta situación la Corte Constitucional resolvió una Acción de Tutela interpuesta por particulares en calidad de representantes legales de algunas de las menores afectadas y como agentes oficiosos de las demás personas vacunadas contra el VPH y posiblemente afectadas con supuestos efectos adversos graves en la salud con ocasión de la vacuna.



Esta sentencia aporta una gran importancia pues conecta directamente los presupuestos y principios éticos en la medicina que se estudiaron con anterioridad, ya que este pronunciamiento jurisprudencial establece los parámetros necesarios del consentimiento informado, determina entonces que tanto las personas como sujetos de derecho son inviolables, sus cuerpos físicos también lo son y, por tanto, estos no pueden ser intervenidos ni auscultados sin autorización previa e informada. La manipulación de la humanidad sin consentimiento pleno e informado constituye entonces por antonomasia la más perfecta forma de lo ilícito.

Tanto fue así, que el consentimiento informado (como se expresó anteriormente en el estudio de las Declaraciones de Helsinki) tiene un fuerte arraigo constitucional en materia de principios y derechos fundamentales, por ello, este pronunciamiento es indispensable para el estudio de la Responsabilidad estatal. El consentimiento informado es un principio autónomo y presente en muchos otros estamentos de la Constitución Política, se puede ver inmerso y desarrollado a su vez en la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad individual y en especial, en la protección a la salud y la integridad de las personas.

Dos son los derechos fundamentales que más resaltan dentro del consentimiento informado, a saber: el derecho a la información y el derecho a la autonomía; no simplemente resulta entonces desarrollado el consentimiento en la simple información que se da al paciente por parte de los galenos, además de ello se requiere un detalle objetivo, idóneo y oportuno de todos los procedimientos médicos que afecten de forma leve o grave, aguda o crónica la salud, la vida y la integridad de las personas. (Corte Constitucional, Sentencia T-365 de 2017, Exp. T- 5.190.041)

Una vez realizados estos estudios base dentro de la Sentencia Constitucional en mención, no fue posible demostrar que existían efectos secundarios como consecuencia de la aplicación de la vacuna contra el VPH, a raíz de esto fue inviable suspender la aplicación de vacunas,



pues no existía nexo causal entre la vacunación y los efectos negativos que estaban presentando las personas vacunadas. Las razones para la no suspensión de la vacuna fueron las siguientes. Logró determinar la Corte que en primer lugar la vacuna constituía un elemento esencial de interés público pues su principal objetivo era evitar el cáncer de cuello uterino en las mujeres. En segundo lugar, generaba beneficios generalizados para las mujeres colombianas en la protección a su derecho a la salud, en conexidad con la vida;

En tercer lugar los Organismos y autoridades internacionales daban el aval a esta vacuna, en cuanto a su aplicación, administración, efectos y consecuencias favorables o desfavorables, desligando así algún fenómeno de aleatoriedad en las resultas de la aplicación de la vacuna contra el VPH; finalmente, pero no menos importante, no pudo establecerse un nexo de causalidad entre la aplicación de la mencionada vacuna y los supuestos efectos secundarios que fueron alegados, pues no existió prueba fehaciente científica que determinara esta situación. Por estas razones se hizo inviable suspender el tratamiento ordenado por el Gobierno Nacional para la aplicación generalizada de esta vacuna.

Pudo determinarse entonces, que no existía ni existe ningún efecto secundario probado como adverso producto de la vacunación contra el VPH. En este sentido no existen los elementos para determinar y establecer con contundencia la responsabilidad del Estado con ocasión a la vacunación.



4 CAPÍTULO IV. MARCO NORMATIVO REGULADOR DE LA VACUNACIÓN CONTRA COVID-19 EN COLOMBIA.



Vamos a continuar ahora con el estudio del marco normativo frente a la vacunación con ocasión de la Pandemia COVID-19 en Colombia. A partir de acá puede determinarse entonces que, eventualmente existe la responsabilidad del Estado si se llegaran a probar efectos adversos producto de las múltiples vacunas que sean desarrollado para combatir el virus SARS-COV 2.

4.1. Análisis de la Ley 2064 de 2020. Principal marco normativo frente a la Responsabilidad por efectos secundarios y adversos por vacunación contra COVID-19.

Finalmente, y, en lo que atañe a este trabajo de investigación, fue expedida la Ley 2064 de 2020, *“por medio de la cual se declara de interés general la estrategia para la inmunización de la población colombiana contra la covid-19 y la lucha contra cualquier pandemia”*. De esta Ley es fundamental tener en cuenta en primer lugar que, su objeto no es la determinación de responsabilidad del Estado Colombiano por las posibles indemnizaciones de daños antijurídicos causados por la vacunación.

Es indispensable mencionar que por medio del artículo cuarto se crea el Consejo de Evaluación de las Reacciones Adversas a la Vacuna Contra la Covid-19, el cual se encargará de valorar los efectos secundarios adversos de la vacunación y emitir un concepto técnico científico acerca de la posibilidad de que estos se originen por la vacunación; sin embargo, es poco probable que pueda emitirse concepto favorable frente a la responsabilidad del Estado como consecuencia de efectos adversos de la vacunación, sabiendo que es un comité creado por el mismo Estado. Aun con ello, tampoco se establece la responsabilidad del Estado, pues esta declaratoria se encuentra en cabeza únicamente de los jueces de la República.



La responsabilidad de que habla el artículo quinto, se refiere exclusivamente a la que se encuentra a cargo de los fabricantes de la vacuna, pero no sobre la responsabilidad por los efectos secundarios sino por incumplimiento contractual o conductas dolosas o gravemente culposas durante la etapa de desarrollo de la vacuna. Se establece entonces de la siguiente manera:

Ahora bien, el artículo sexto sí establece la jurisdicción que debe conocer de los asuntos **que sometan los particulares buscando la declaratoria y resarcimiento de daños que se declaren en contra del Estado con ocasión de los efectos secundarios de la vacunación,** de la siguiente manera:

De igual forma, el artículo séptimo establece una póliza de cobertura global para cubrir eventualmente las indemnizaciones, pero de acuerdo con la disponibilidad presupuestal (aquí se enmarca el llamado fondo para indemnizaciones).

Puede establecerse entonces, que definitivamente esta ley no da ningún parámetro para la configuración de la responsabilidad del Estado Colombiano por efectos adversos que se presenten con ocasión a la vacunación. Eso corresponderá a los jueces, de conformidad con el proceso judicial respectivo. Procesos de los cuales no se tiene existencia aún y, por tanto, resulta de relevancia doctrinal este estudio, pues aporta las herramientas para la resolución de este problema planteado.

4.2.Responsabilidad del Estado por daños antijurídicos ocasionados a las personas y atribuibles a la vacunación contra COVID-19 en Colombia.

Después de todo lo dicho hasta ahora, se puede afirmar sin lugar a dudas que no sólo con ocasión a la pandemia COVID-19, pueden presentarse daños antijurídicos que rompan con el equilibrio de las cargas públicas y los administrados no estén obligados a soportar este tipo



de daños; en primer lugar, como queda establecido, sí pueden darse escenarios de responsabilidad médica donde el Estado colombiano deba responder por daños en la salud ocasionados sobre la humanidad de particulares.

Ahora bien, para determinar el régimen aplicable y su título de imputación correspondiente, a la luz de la jurisprudencia actual del Consejo de Estado, debe indicarse que dependerá del estudio jurídico realizado a cada caso en concreto y las pruebas que pretendan allegarse, para poder determinar estas aristas dentro del proceso; sin embargo, desde ahora es menester afirmar que la responsabilidad estatal en estos casos puede ser dual.

SITUACIÓN DE FACTO	RÉGIMEN APLICABLE
Cuando deba probarse la culpabilidad de la Administración en la causación del daño, teniendo en cuenta que la culpa debe ser grave, injustificada y haber provocado un daño antijurídico (aun cuando la Administración buscó bajo todos los medios y posibilidades evitarlo).	Régimen Subjetivo
Cuando se considere que la actividad es creadora de un riesgo por su propia naturaleza y, por tanto, no se requiera del incumplimiento a un deber del Estado sino del rompimiento del principio de igualdad	Régimen Objetivo

Habrán casos en los cuales deba determinarse la culpabilidad de la Administración en la causación del daño, excluyendo además la relativización de esa culpabilidad como se ha explicado en hojas anteriores. En estos casos es claro que deberá aplicarse el régimen subjetivo de responsabilidad extracontractual del Estado por falla probada.



En otros casos, la misma actividad médica en materia de vacunación dentro de un estado de emergencia y Pandemia pueden encaminar la responsabilidad bajo el manto de la responsabilidad objetiva del Estado, por ser una actividad creadora de riesgo; hablamos entonces del título de imputación de riesgo creado (o llamado anteriormente riesgo excepcional). Como se sabe ahora, no se debe determinar ni probar entonces, la culpabilidad del Estado, simplemente la ejecución de una actividad que por su naturaleza (aunque lícita), general el rompimiento de las cargas públicas a la luz del artículo 13 de la Constitución Política.

Por estas razones el fundamento jurisprudencial esencial frente a la Responsabilidad del Estado en materia de aplicación de vacunas determina que, por regla general, en este tipo de actividades de vacunación debe aplicarse el régimen subjetivo por falla probada en el servicio; Así lo estableció la jurisprudencia hace poco tiempo en Sentencia cuyo tema principal es la Responsabilidad médico hospitalaria por daños derivados de la aplicación de vacunas (Consejo de Estado, 2018, Rad. 41390).

En esta decisión se estableció inicialmente una posible responsabilidad dual del Estado con ocasión a los efectos secundarios y adversos de la vacunación, ello en razón a la manifestación que en principio estas situaciones pueden analizarse bajo el régimen subjetivo de falla probada del servicio.

Es indispensable tener en cuenta que, en materia de responsabilidad subjetiva, debe existir plena Acreditación e identificación del nexo de causalidad, con prueba plena que determine esto. Sin embargo, esta actividad médica adolece de dificultad probatoria y, por ello el mismo Consejo de Estado ha considerado que puede el interesado en la declaratoria de responsabilidad estatal servirse de la prueba indiciaria, que muchas veces constituye el único medio probatorio para determinar una falla en el servicio de carácter médico



A su vez, puede entonces endilgarse también la responsabilidad médica de carácter pública por medio del régimen objetivo; establece la Corporación de lo Contencioso Administrativo, que esto se da en razón a la peligrosidad de la que se reviste la actividad médica, sus elementos y los procedimientos científicos.

Sin embarco, también se establecen excepciones a esta regla general, pues ante la ausencia de falla en el servicio (régimen subjetivo de responsabilidad), la jurisprudencia ha determinado que el caso deberá analizarse a la luz de los presupuestos de la responsabilidad objetiva por actividad riesgosa. Acto seguido a lo anteriormente establecido se aplica excepcionalmente el régimen objetivo bajo el título de riesgo excepcional de la siguiente forma (Consejo de Estado, 2018, Rad. 41390): Establece entonces algunos escenarios específicos donde podría darse la responsabilidad objetiva del Estado por actividad médica:

En primer lugar, describe los eventos donde se vea inmersa la manipulación de artefactos peligrosos; de igual forma que el procedimiento dentro del que se ampara la actividad revista cierto grado de peligro y a su vez, cuando la herramienta utilizada genere un riesgo de causar daño directo. Dejando claro entonces que no se puede hablar de responsabilidad objetiva cuando se trate de una ejecución irregular de la actividad médica pues automáticamente desembocaría en la falla en el servicio (subjetivo).

Otro escenario establecido es aquél donde el suministro de un medicamento, el inicio de un procedimiento médico o científico implique una novedad en el campo y con él se pretenda avanzar y progresar en el camino del desarrollo humano, pero que se desconozcan sus efectos benéficos o adversos a largo plazo, precisamente por la inmediatez o la novedad del mismo frente a los desarrollos adelantados al momento de su implementación.



El cuarto, el más importante para esta investigación resulta ser ese evento presentado durante la aplicación de vacunas **“porque se asume de manera implícita su eventual peligrosidad y reacciones adversas en los diferentes organismos”**. Subrayado, cursiva y negrilla fuera del texto original. (Consejo de Estado, 2018, Rad. 41390).

Importante resulta, manifestar que el Consejo de Estado estableció y decidió que estos eventos antes señalados, son de tratamiento del régimen objetivo de responsabilidad extracontractual del Estado y, como consecuencia de no se requeriría demostrar la falla en el servicio, el nexo de causalidad y la culpabilidad del agente dañoso (además de la falta de diligencia o cuidado grave, como se vio en la explicación de la relativización de la falla del servicio), para demostrar que existe responsabilidad; pues basta la actividad pública en estos casos para entender que con ocasión a las mismas existe un riesgo asociado y genera la configuración necesaria para la declaratoria de responsabilidad.

Puede verse entonces que es aplicable el régimen objetivo en materia de efectos secundarios adversos a la vacunación. En el caso de COVID-19, la peligrosidad de la aplicación de los diferentes tipos de vacuna eventualmente puede crear escenarios de peligrosidad, pues las vacunas fueron creadas en un estado de emergencia sin el tiempo necesario de experimentación y prueba en humanos que permitieran descartar la totalidad de efectos adversos graves en la salud de las personas vacunadas.

Debe aclararse y enfatizarse en que actualmente no existe ningún proceso fallado en contra del Estado Colombiano por responsabilidad extracontractual patrimonial con ocasión de la vacunación COVID-19; sin embargo, en opinión de esta autora, se podría configurar la responsabilidad del Estado, bajo los parámetros anteriormente propuestos. Este resulta ser el aporte de esta investigación, pues aunque no exista evidencia jurisprudencial si quiera de la responsabilidad pública en estos casos, puede arribarse a la conclusión que con base en lo ya establecido, escrito, estudiado y, sobre todo fallado en materia de responsabilidad estatal,



si puede caber la misma en contra del Estado a favor de los ciudadanos, cuando hablamos de las consecuencias negativas, efectos adversos y daños en la salud o vida de las personas con ocasión de la vacunación durante una etapa experimental o donde por su modernidad y desarrollo novedoso es imposible determinar qué efectos adversos pueda tener en la salud.

Es indispensable aclarar que, aunque parezca que se le da prioridad al régimen objetivo de responsabilidad, la jurisprudencia es clara en determinar (como se estableció en líneas anteriores), que cada caso en concreto deberá analizarse con rigor partiendo de la búsqueda de la culpabilidad de la Administración en la causación del daño, situación que de no poderse demostrar, dará lugar a la Jurisdicción de analizar el caso bajo los predicados de la responsabilidad objetiva.

Por lo anteriormente dicho, se establece por el autor que existe una aplicación dual de los regímenes de responsabilidad; pues dependerá de la demostración, visualización o evidencia concreta de culpabilidad, si el caso se resuelve por régimen subjetivo; en caso contrario, se analizará el caso a la luz del régimen objetivo, valorando la exposición de peligrosidad y actividad creadora de riesgo, en detrimento del principio de igualdad y cargas públicas frente a los administrados.

4.3.Nexo causal: principal problema frente a la declaratoria de responsabilidad del Estado por efectos secundarios y adversos provocados por la vacunación contra COVID-19.

Como puede evidenciarse en líneas anteriores frente a la declaración judicial de los efectos secundarios y adversos con ocasión de la vacunación contra COVID-19 se encuentra supeditada al concepto emitido por el Consejo de Evaluación de las Reacciones Adversas a la Vacuna Contra la COVID-19. Esto puede generar que, en la práctica, y en los casos que pretenda realizarse alguna reclamación judicial por daños y perjuicios ocasionados por las



vacunas, un mismo comité de valoración del Estado es el que determine que no existe nexo causal entre la vacuna y las posibles reacciones que se desencadenen.

No sólo por la valoración que el mismo Estado tomará de cada uno de los casos que se pretendan reclamar como responsabilidad del Estado; además de ello, se establece legalmente el requisito de procedibilidad de la mencionada valoración y concepto técnico y científico para poder acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para reclamar daños y perjuicios.

Así las cosas, sin un nexo causal completamente determinable entre la actividad de vacunación que despliega el Estado y los posibles efectos secundarios adversos en la práctica no serían imputables estos daños a la Administración. Es de indispensable importancia que pueda generarse jurisprudencia que resuelva las reclamaciones que eventualmente se darán contra la pandemia COVID-19.

Sin embargo, existe una luz al final del túnel, en materia de responsabilidad del Estado por actividad médica, si se tratara de alguno de los casos propuestos como manipulación de artefactos peligrosos cuando la herramienta utilizada genere un riesgo de causar daño directo, el suministro de un medicamento, el inicio de un procedimiento médico o científico implique una novedad en el campo o la aplicación de vacunas, es claro que el régimen aplicable es el objetivo (primer punto a favor), y en segundo lugar, que tratándose de resolver los conflictos suscitados en estos eventos el demandante puede servirse de la prueba indiciaria, pues constituye en muchas ocasiones el único medio probatorio para lograr demostrar la ocurrencia de la responsabilidad del Estado por este tipo de fallas médicas en stricto sensu.



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA
SECCIONAL TUNJA

VIGILADA MINEDUCACIÓN - SNIES 1732



Campus Centro Histórico: Cll. 19 n.º 11 - 64

Campus Avenida Universitaria:

Ed. Fray Giordano Bruno, O.P. - Av. Universitaria Cll. 48 n.º 1-235 este

Ed. Santo Domingo de Guzmán - Av. Universitaria n.º 45 - 202

Santoto Store: Centro Comercial Unicentro Tunja - Local 1 - 106

CAPÍTULO V. CONCLUSIONES



Frente al primer capítulo, se concluye que los estados de excepción en Colombia han sido una herramienta indispensable para solventar las situaciones críticas, de emergencia o de peligro que puedan conjurarse dentro del territorio nacional. Asimismo, es prudente recalcar que los estados de excepción fueron una regla general antes de la expedición de nuestra actual Constitución, siendo esta última norma suprema la que se encargó, en conjunto con la Corte Suprema de Justicia, de darle a estas declaratorias el status de excepcionales, contrario a las situaciones que se presentaban con anterioridad a la década de 1990.

De igual forma fue importante establecer tres distintos estados de anormalidad jurídica, el primero por conmoción interior, en virtud del cual existen levantamientos armados dentro del territorio nacional cuyo aplacamiento resulta insuficiente bajo los procedimientos y protocolos ordinarios; el segundo estadio determinado por una guerra exterior que a su vez está clasificada en defensa o ataque a otra nación dependiendo la situación que se presente; por último y para lo que nos ocupa en este escrito el llamado estado de emergencia, por medio del cual se pueden atender situaciones como las vividas en esta pandemia de COVID-19. Todo por supuesto con control posterior de la Corte Constitucional, como organismo autónomo y de cierre de la jurisdicción constitucional, encargada de la guarda y custodia de la Carta Magna.

Para el segundo capítulo, tenemos los distintos escenarios de responsabilidad del Estado colombiano, su forma y requisitos de configuración; de igual forma un primer esbozo de lo que sería más adelante la aplicación (por lo menos inicialmente doctrinaria) acerca de la responsabilidad pública cuando de vacunación se trate, no sólo sirviéndose de los presupuestos éticos y médicos establecidos en el mundo, sino además de antecedentes jurídicos internos como la vacunación contra el Virus del papiloma Humano, caso relevante en Colombia y del cual nació por supuesto, el estudio de la responsabilidad del Estado por investigación y desarrollo médico y medicamentos suministrados en etapa de investigación o desarrollo con desconocimiento de sus consecuencias a largo plazo.



Entonces, se encuentran establecidos los parámetros jurídicos claves de la responsabilidad del Estado colombiano frente a la materialización de daños antijurídicos; desde la Constitución de 1991, se le ha dado a esta responsabilidad una cláusula de eficacia independiente que posibilita la reclamación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a favor de los particulares de daños causados por la Administración, bien sea por culpa o por una creación de un riesgo o la generación de un daño que roma los presupuestos de la igualdad consagrados en el artículo 13 superior.

Frente a lo establecido en el capítulo tercero, no basta con analizar lo jurídicamente aplicable en la actualidad; pues todo el desarrollo normativo frente a la responsabilidad médica del Estado, está supeditada a los presupuestos internacionales que se han fijado frente a la práctica de la ética en medicina, los principios rectores de la investigación científica y el interés superior del bienestar del ser humano y su entorno; haciendo obligatorio el respeto por el medio ambiente y las sociedades, cuando de procesos experimentales se trate o desarrollo de nuevos tratamientos, avances y desarrollos médicos y científicos.

Teniendo en cuenta lo que se relató en el anterior capítulo, se enmarca la regulación que el Estado colombiano le otorgó a la situación de pandemia por COVID-19 y su mitigación mediante mecanismos médicos y científicos que, aunque fueron desarrollados y probados, revisten de novedad y, por tanto, sus efectos secundarios no son claros, definitivos y mitigables; por esta razón puede establecerse que el Estado deberá implementar políticas públicas que eventualmente pretendan cubrir los daños que se ocasionen a particulares por las medidas que de forma legítima debieron tomarse para superar el estado de emergencia.

La investigadora concluye que el Estado colombiano si responde extracontractual y patrimonialmente por los daños y perjuicios que se generen a los particulares con ocasión a los efectos adversos de la aplicación de la vacuna contra el COVID-19. Por ello, el Estado colombiano ha expedido la Ley 2064 de 2020, estableciendo la necesidad de crear un fondo



de indemnizaciones por los posibles daños causados a los particulares con ocasión a la vacunación. Situación que se hace previsible por cuando desde la expedición de esta norma se genera indemnidad a favor de las farmacéuticas que proveen al Estado de las vacunas necesarias para la inmunidad de rebaño que es objetivo principal del Gobierno Nacional en este Estado de Emergencia. Sin embargo, esta ley no establece ningún tipo de responsabilidad del Estado, simplemente una creación de fondos de recursos para eventualmente cubrir estas posibles contingencias.

Existe régimen aplicable para declarar la responsabilidad del Estado por daños antijurídicos ocasionados por vacunación dentro del estado de emergencia por pandemia COVID-19. Por regla general, el régimen aplicable es el subjetivo por falla probada. Es decir, debe probarse por parte del demandante la culpa de la Administración en la causación del daño sin que ni siquiera haya existido actividad alguna encaminada a mitigar o a evitar infructuosamente la causación del daño.

Aun así, también es aplicable la responsabilidad dual del Estado, pues no solamente aplica el régimen subjetivo en casos de vacunación; además de ello, la jurisprudencia ha determinado la excepción a la regla de la siguiente forma: Cuando se inviable la prueba de la falla del servicio, deberá analizarse el caso bajo los parámetros de la responsabilidad objetiva del Estado por riesgo excepcional.

Por tanto, existe posibilidad de demandar al Estado por efectos secundarios adversos a la vacunación dentro de la Pandemia COVID-19, por ambos regímenes de responsabilidad establecidos para Colombia; además de ello el medio de control establecido para tal fin, deberá ser el de reparación directa contenido en la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.



Es indispensable aclarar que, aunque parezca que se le da prioridad al régimen objetivo de responsabilidad, la jurisprudencia es clara en determinar (como se estableció en líneas anteriores), que cada caso en concreto deberá analizarse con rigor partiendo de la búsqueda de la culpabilidad de la Administración en la causación del daño, situación que de no poderse demostrar, dará lugar a la Jurisdicción de analizar el caso bajo los predicados de la responsabilidad objetiva.

Por lo anteriormente dicho, se establece por el autor que existe una aplicación dual de los regímenes de responsabilidad; pues dependerá de la demostración, visualización o evidencia concreta de culpabilidad, si el caso se resuelve por régimen subjetivo; en caso contrario, se analizará el caso a la luz del régimen objetivo, valorando la exposición de peligrosidad y actividad creadora de riesgo, en detrimento del principio de igualdad y cargas públicas frente a los administrados.

Tanto los parámetros de ética médica establecidos en el Código de Núremberg, así como los establecidos en la Declaración de Helsinki son aplicables en Colombia bajo la figura de consentimiento informado que cumple con la función de salvaguardar los derechos fundamentales y principios constitucionales establecidos en el desarrollo del presente trabajo de investigación.



BIBLIOGRAFÍA

1. DOCTRINARIA

Blank, A. y Rodríguez, E. (2004). Derechos humanos y consentimiento informado en las investigaciones biomédicas en Colombia. Corporación Editora Médica del Valle. Colombia.

Dávila, O. (2019). Análisis Jurisprudencial del Consejo de Estado de los riesgos de responsabilidad patrimonial extracontractual por actividades médico sanitarias en Colombia. Universidad Católica de Colombia. Bogotá D.C.

De Abajo, F. (2001). La declaración de Helsinki VI: una revisión necesaria, pero ¿suficiente? Revista Especializada de Salud Pública Vol. 75, No. 5. Madrid: España.

De Zubiría, A. (2010). El Estado de Emergencia Social. Criterio Jurídico Garantista, Año 2 – No. 2 – Enero-Junio de 2010. Colombia.

Ferrer, M. y García P. (1999). ¿Vigencia del código de Núremberg después de cincuenta años? Facultad de Medicina. Universidad de Murcia. España

Figuerola, G. (2016). La Responsabilidad internacional agravada del Estado colombiano. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

Güechá, Ciro. “Responsabilidad del Estado por actos de terrorismo”. Grupo editorial Ibañez. Bogotá. 2012.

Henao, J. “El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés”. Universidad Externado de Colombia, quinta edición. Bogotá. 2005.



Henao, J. “La responsabilidad civil del Estado y el poder disciplinario”. Procuraduría general de la Nación. Bogotá. 1998.

Islas, A. (2014). “El servicio público en el derecho francés”. Biblioteca jurídica Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México.

Manzini, J. (2000). Declaración De Helsinki: Principios Éticos Para La Investigación Médica Sobre Sujetos Humanos. Universidad Nacional. Mar de la Plata. Argentina.

Niño, S. (2019). Responsabilidad Extracontractual del Estado por la Omisión en la Protección de los Líderes Sociales. Universidad Santo Tomás, Facultad de Derecho. Bogotá D.C. Colombia.

Romero, J. (2015). La primera fase histórica del servicio público. Revista de Ciencias Jurídicas (138), 135-160.

Tabares Cortés, F. (2016). El sistema de asunción solidaria del riesgo de infecciones intrahospitalarias: Elementos Mínimos de integración en el sistema jurídico colombiano. Revista Ibero-Latinoamericana De Seguros, 25(44).

Triviño, H. (2017). Responsabilidad del Estado Colombiano en el sistema interamericano de derechos humanos caso: palacio de justicia. Bogotá, D. C.: Universidad Libre. Maestría en Derecho Administrativo.

2. JURÍDICA Y NORMATIVA



Asamblea Nacional Constituyente (1991). Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional No. 116 del 20 de julio de 1991. Bogotá D.C. Colombia.

Congreso de Colombia, (2020). Ley 2064 de 2020, Por medio de la cual se declara de interés general la estrategia para la inmunización de la población colombiana contra la covid-19 y la lucha contra cualquier pandemia y se dictan otras disposiciones.

Consejo De Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 20 de febrero de 1989. Expediente: 4655 (97). C.P. Antonio José de Irisarri Restrepo.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de marzo de 1990, Exp. 3.510, M. P. Antonio de Isarri Restrepo.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de septiembre de 1991, Exp. 6453. M. P. Carlos Betancur Jaramillo.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 13 de julio de 1993. Expediente: 8163. C.P. Juan de Dios Montes Hernández.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 26 de marzo de 2008, Exp. 16.530, M. P. Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, Exp. 21.115 y de 23 de agosto de 2012, Exp. 24.392 ambas con ponencia del Dr. Hernán Andrade Rincón.

Consejo de Estado, sentencia del 29 de octubre de 2012, Exp. 18.472, C. P. Danilo Rojas Betancourth.



Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, 26 de septiembre de 2013, Radicación 05001-23-31-000-1995-00971-01(27302). Consejero Ponente Enrique Gil Botero. Bogotá D.C. Colombia.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. (2013). Sentencia Exp. 30283 de agosto 29. C.P Danilo Rojas Betancourth.

Consejo de Estado en Sentencia 25000232600019951136901 (27771), del 10 de septiembre de 2014. Consejero Ponente Hernán Andrade Rincón.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia Radicación 25000-23-26-000-2004-02010-01(41390). 26 de abril de 2018. Consejera Ponente María Adriana Marín.

Consejo Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Colombia de 1886, agosto 5. Bogotá D.C. Colombia.

Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión. (2017). Sentencia T-365 de 2017, Expediente No. T- 5.190.041, 2 de junio de 2017. Magistrado Ponente Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional, Sala Plena. (2020). Sentencia C-145 de 2020, Expediente RE-232. Revisión de constitucionalidad del Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, “por el cual se declara un estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional”. Magistrado Ponente José Fernando Reyes Cuartas. Bogotá D.C. Colombia.

Presidencia de la República de Colombia. (2020). Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, por el cual se declara un Estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional. Bogotá D.C. Colombia.



Presidencia de la República de Colombia. (2021). Decreto 601 del 2 de junio de 2021, por el cual se declara un Estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional. Bogotá D.C. Colombia.

3. FUENTE DE CONSULTA EN WEB

Declaración De Helsinki De La Asociación Médica Mundial. (2013). Fortaleza: Brasil. Tomado de [https://repository.ces.edu.co/bitstream/handle/10946/3056/ETICES%20Volumen%205%20No%204%20-%20Declaraci%F3n%20de%20Helsinki-%20Fortaleza%20\(Brasil\),%20Octubre%20de%202013.pdf;jsessionid=8F567F4B32D6998DB9A8B2BD52B381B9?sequence=1](https://repository.ces.edu.co/bitstream/handle/10946/3056/ETICES%20Volumen%205%20No%204%20-%20Declaraci%F3n%20de%20Helsinki-%20Fortaleza%20(Brasil),%20Octubre%20de%202013.pdf;jsessionid=8F567F4B32D6998DB9A8B2BD52B381B9?sequence=1)

Código de Núremberg, 2013. Extraído de <https://www.conicyt.cl/fonis/files/2013/03/El-C%C3%B3digo-de-Nuremberg.pdf>.

Liga Colombiana contra el Cáncer. (2022). Vacunación contra el VPH en Colombia. De la pesadilla a un resplandeciente y prometedor amanecer. Consulta virtual, tomada de <https://www.ligacancercolombia.org/noticias/vacunacion-contra-el-vph-en-colombia-de-la-pesadilla-a-un-resplandeciente-y-prometedor-amanecer/>.

Stanley Milgram, «Los peligros de la obediencia», Polis [En línea], 11 | 2005, Publicado el 29 agosto 2012, consultado el 22 junio 2022. URL: <http://journals.openedition.org/polis/5923>