

**LA INOPERANCIA DE LA FUERZA MAYOR COMO EXIMENTE DE
RESPONSABILIDAD EN MUERTE O LESIONES A CONSCRIPTOS Y A
SOLDADOS PROFESIONALES**

Trabajo Presentado para optar por el título de:

Magister en Derecho Público Militar



Autor:

Carlos Manuel Trujillo Méndez

Tutor: Walter Rene Cadena Afanador

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO PÚBLICO MILITAR

BOGOTÁ

2017

TABLA DE CONTENIDO

Resumen	4
Palabras clave.....	4
Abstract	5
Keywords	5
Introducción	6
Metodología	11
Hipótesis.....	12
Justificación.....	13
Objetivos	15
Objetivo general	15
Objetivos específicos	16
Capítulo I - La idea de Servicio militar obligatorio en Colombia.....	17
Historia del servicio militar en Colombia	17
El Servicio militar en la Constitución	18
El servicio militar en las normas legales	20
Capítulo II - El Régimen de responsabilidad aplicable tanto en la doctrina como en la jurisprudencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en el caso de muerte o lesión a conscriptos y soldados profesionales.....	22
Nexo de causalidad en la jurisprudencia del Consejo de Estado	22

El pronunciamiento de la doctrina colombiana sobre el tema	25
Rasgos distintivos de la fuerza mayor	26
Diferencias entre caso fortuito y fuerza mayor en la jurisprudencia del Consejo de Estado.....	28
Capítulo III - Proposición de una definición de las causas de exoneración de responsabilidad por muerte de conscriptos y soldados profesional	31
Las causas extrañas según la doctrina y la jurisprudencia del Consejo de Estado.	31
Posición de la doctrina	31
Posición de la jurisprudencia del Consejo de Estado	32
Análisis concreto de la fuerza mayor como causa extraña	32
La inoperancia de la fuerza mayor en estos casos.....	33
Proposición de una nueva definición de las causas extrañas en responsabilidad administrativo del Estado.....	34
Nueva configuración de los elementos de exoneración	34
Conclusiones	35
Referencias bibliográficas	37
Libros y artículos.....	37
Normas jurídicas	39
Sentencias.....	40
Anexo 1. Cronograma	¡Error! Marcador no definido.
Anexo 2. Presupuesto	¡Error! Marcador no definido.

LA INOPERANCIA DE LA FUERZA MAYOR COMO EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD EN MUERTE O LESIONES A CONSCRIPTOS Y A SOLDADOS PROFESIONALES¹

CARLOS MANUEL TRUJILLO MÉNDEZ²

Resumen

Esta investigación busca determinar, de acuerdo a la jurisprudencia del Consejo de Estado y del apoyo de la doctrina nacional especializada en la materia, si realmente opera la fuerza mayor como causal eximente de responsabilidad en los procesos donde se estudia la muerte o lesiones de soldados durante la prestación del servicio militar obligatorio -quienes en adelante se denominarán también conscriptos- y soldados profesionales. Para ello se realizará una línea jurisprudencial con las decisiones que el Consejo de Estado ha tomado al respecto. Se espera que luego de un análisis de cada una de estas decisiones, y del estudio de la literatura recopilada previamente acerca de las teorías sobre la responsabilidad del Estado en el caso muerte o lesiones de conscriptos, por un lado, y a la fuerza mayor como causal eximente de responsabilidad, por otro, se pueda determinar las líneas seguidas por el Consejo al fallar este tipo de casos.

Palabras clave: soldados, conscriptos, soldados profesionales, muerte o lesión de soldados, fuerza mayor, eximentes de responsabilidad, Consejo de Estado.

¹ Artículo requisito para optar al título de Magister en Derecho Público Militar de la Universidad Militar “Nueva Granada” de Bogotá D.C.

² Abogado de la Universidad Libre de Colombia sede Bogotá, Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de Colombia Sede Bogotá D.C.

Abstract

This research seeks to determine, according to the jurisprudence of the Council of State and the support of the national doctrine specializing in the subject, if it actually operates the force majeure as a causal release of responsibility in the processes where the death or injuries of soldiers are studied during the provision of compulsory military service-who will henceforth be called also conscripts-and professional soldiers. This will make a jurisprudential line with the decisions that the Council of State has taken in this regard. It is expected that after an analysis of each of these decisions, and of the study of the literature previously compiled about the theories on the responsibility of the State in the case death or injuries of conscripts, on the one hand, and with force majeure as a causal exemption from responsibility, on the other, the lines followed by the Council can be determined by failing such cases.

Keywords: soldiers, Council of State, compulsory military service, conscripts, professional soldiers, responsibility of the State, death or injuries of conscripts.

Introducción

Esta investigación busca determinar, de acuerdo a la jurisprudencia del Consejo de Estado y del apoyo de la doctrina nacional especializada en la materia, si realmente opera la fuerza mayor como causal eximente de responsabilidad en los procesos donde se estudia la muerte o lesiones de soldados durante la prestación del servicio militar obligatorio -quienes en adelante se denominarán también conscriptos- y soldados profesionales. Para ello se realizará una línea jurisprudencial con las decisiones que el Consejo de Estado ha tomado al respecto. Se espera que luego de un análisis de cada una de estas decisiones, y del estudio de la literatura recopilada previamente acerca de las teorías sobre la responsabilidad del Estado en el caso muerte o lesiones de conscriptos, por un lado, y a la fuerza mayor como causal eximente de responsabilidad, por otro, se pueda determinar las líneas seguidas por el Consejo al fallar este tipo de casos.

En consideración a la pregunta y objetivos de investigación -que se expondrán más adelante- se debe aclarar de antemano que se trata de una investigación jurídica, teórica y que seguirá una lógica deductiva. Esto último debido a que con base en el análisis de decisiones concretas se deducirá reglas generales.

Si bien la fuerza mayor es invocada frecuentemente como una causal eximente de responsabilidad del Estado, durante la práctica del litigio en la rama contencioso administrativa, se ha evidenciado que, tanto entre los litigantes como entre los operadores judiciales, existe lego en cuanto a saber si se configura o no la fuerza mayor. Por otra parte, no hay claridad acerca del uso correcto de este término, en contraposición al caso fortuito al que frecuentemente se la asocia sin llegar a hacer distinciones; por ello mediante el estudio de la jurisprudencia contencioso administrativa se pretende allanar los vacíos y confusiones existentes al respecto.

Por otro lado, según los medios de comunicación las opiniones están divididas en cuanto a si el servicio militar obligatorio debe abolirse o no; a los argumentos pacifistas en contra, se han sumado los que cuestionan su utilidad para responder a las alteraciones del orden público y los que consideran inadecuado que sean jóvenes sin una preparación profesional, los que

puedan encontrarse en medio de un conflicto militar (Echeverría, 2003; Lasso, 2015; Molano, 2015). Cuando quien presta el servicio militar muere o sufre lesiones, todos esos argumentos resultan aún más relevantes si tomamos en cuenta que, generalmente, se trata de personas relativamente jóvenes, vistas por quienes los rodean como ‘jóvenes con una vida por delante’. Por lo tanto, que debe existir claridad acerca de los límites y el contenido preciso de la protección que el Estado asume respecto de los jóvenes que se encuentran en esta situación, lo cual debe empezar por aclarar el debate en cuanto a en cuáles situaciones puede hablarse de responsabilidad del Estado y en cuáles no.

En cuanto a la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano esta se soporta en la Constitución de 1991, con anterioridad a la cual el Consejo de Estado había aplicado durante algunas décadas la teoría de la falla del servicio, para proceder a indemnizar a los particulares cuando sufrieran daños fruto de la acción u omisión de las entidades estatales. Sin embargo, durante el proceso constituyente se abrió la posibilidad de incluir una cláusula especial que consagrara la responsabilidad del Estado, por lo cual, inspirada en buena parte en la Constitución Española (Hoyos, 2006, p. 85), se adoptó la nueva fórmula consagrada en el artículo 90 de la Constitución vigente:

Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste. (Colombia, 1991).

Ahora bien, las sumas que pueden ser pagadas a los integrantes de la fuerza pública y sus familiares cuando estos primeros fallezcan o sufran daños que lleguen a generar alguna discapacidad que les impida continuar desempeñándose como miembros de las fuerzas militares o de la policía son fijadas en la normatividad colombiana en decretos como el 2728 de 1968 (Colombia, 1969) y el 0094 de 1989 (Colombia, 1989) en aplicación del principio de solidaridad se les reconoce el derecho al pago de pensiones y compensaciones.

Es importante anotar que, para el reconocimiento de este tipo de subvenciones no es necesario adelantar ningún proceso judicial previo donde se determine si el estado es o no responsable. Las acciones judiciales tienen lugar cuando los distintos estamentos de la fuerza pública estiman que no deben reconocer ni pagar ningún tipo de pensión o compensación, pues las muertes o lesiones han sucedido por causas inevitables, a las que todos los seres

humanos están sujetos, y en las cuales, el Estado ni la sociedad puede ser patrimonialmente responsable, pues de aceptarse ello, deberían indemnizarse todo tipo de muertes.

Pese a que en los casos de muertes y lesiones de quienes se encuentren prestando el servicio militar obligatorio no se rompe con la regla general -ya que el Estado no puede responder por todos los daños causados- sí existe un tratamiento especial. Jurisprudencialmente se ha advertido que el régimen de responsabilidad extracontractual aplicable no puede ser el mismo que el de los soldados profesionales, ya que quienes prestan el servicio militar no ingresaron a este por su voluntad sino en cumplimiento de los mecanismos de reclutamiento dispuestos en la normatividad ya referenciada.

Así lo ha sostenido la H. Corte constitucional al considerar que el régimen de responsabilidad a tener en cuenta no es el mismo en caso de soldados profesionales que de conscriptos:

Para esta Corte, los accionantes parten del supuesto erróneo según el cual, el Tribunal Administrativo del Tolima debió aplicar el régimen de responsabilidad objetiva para resolver la controversia suscitada, en el cual se atiende única y exclusivamente al daño ocasionado sin importar el grado de culpa o dolo con el que éste se produjo que, como bien es sabido y así lo ha reiterado la jurisprudencia como quedó esbozado en párrafos anteriores, sólo resulta procedente frente a los soldados conscriptos, es decir, quienes prestan el servicio militar obligatorio. (CConst., 2010).

Debido a esto último, la incorporación es fruto del cumplimiento de la ley y no de una decisión personal, por lo que no puede equipararse la situación del conscripto con la del soldado profesional quien sí decidió libremente asumir los riesgos como parte de su ejercicio profesional. A esto se debe agregar que es el Estado quien, en cumplimiento de la ley, gestiona y administra las condiciones en las cuales habrá de prestarse el servicio militar, por lo cual asume el deber de devolver a ese ciudadano a la sociedad en las mismas condiciones en las que ingresó a prestar dicho servicio (CE. sent. del 7 junio de 2007. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra.).

Si bien muchas veces se habla de fuerza mayor y causa extraña como sinónimos, esto no es exacto del todo, pues la primera es una especie de la segunda. La fuerza mayor ha sido

definida como un hecho que no se deriva de los actos de quien la alega como causal eximente de responsabilidad, y que resulta imprevisible e irresistible, en razón a lo cual es considerada como un eximente de responsabilidad (CE, SCA, 1ª, sent. del 16 de febrero de 2012, *Mauricio Alberto Pérez Ruiz c. Carlos Arturo Romero Jiménez*, 2011-00213-01(PI); CE, SCA, 3ª, Sub. C, sent. de 01 feb. 2012, *Ludivia Buitrago y otros c. MinDefensa*, n.i.: 20131). El Código Civil en su artículo 64, subrogado por el artículo 1 de la Ley 95 de 1890 – aún vigente-, define la fuerza mayor de la siguiente manera (Colombia. Congreso de la República, 1887): “*Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.*”.

Se debe tomar en cuenta que en la época en que el Código Civil fue redactado fenómenos naturales como los huracanes eran imprevisibles, sin embargo hoy en día los avances tecnológicos y científicos han hecho que esto cambie, por lo cual hoy día resulta más apropiado, para distinguir si se trata de un caso de fuerza mayor, evaluar la causa que origina el daño y concluir si el agente o garante cumplió con el deber general de prudencia o si debía actuar de una manera diferente para prevenir o atenuar el daño. Debido a que, en estos casos, por la complejidad y particularidad de los fenómenos que deben someterse a conocimiento del juez, determinar si el Estado se encuentra en la obligación de indemnizar no es fácil de resolver.

Durante la realización de esta propuesta fue evidente que, aunque existen fuentes de información sobre el número de soldados que se encuentran prestando el servicio militar obligatorio, no hay una fuente de fácil acceso en la que se encuentre la cifra conscriptos que, en prestación del servicio, resultaron muertos o lesionados. Por ello, se tomaron en cuenta las cifras de reclutamiento, y las del pago de condenas por parte del Estado, para dar una idea de la repercusión que el fenómeno a investigar tiene en la sociedad.

De acuerdo a la Dirección de Reclutamiento y Control de Reservas del Ejército Nacional, en el periodo comprendido entre 2009 y 2013, 439,476 colombianos prestaron el servicio militar obligatorio, la mayoría de los cuales se ubicaban en los estratos 0, 1 y 2 (Defensoría del pueblo, 2014, p. 127). Debido a diversos factores, la mayor parte de quienes terminan prestando el servicio militar pertenecen a los estratos más deprimidos de la sociedad, hecho que también influye en que se considere socialmente relevante precisar los límites de la responsabilidad patrimonial que puede atribuírsele al Estado.

En cuanto a las demandas interpuestas contra el Estado, Correa señala que:

En el período 1997 a 2003, 3.000 trabajadores estatales obtuvieron \$8 millones de dólares en condenas en contra del Estado, 2.000 víctimas (...) obtuvieron \$30 millones de dólares, mientras que sólo 42 contratistas van a obtener \$1.500 millones de dólares, concluyendo que de un 100% del total de las condenas y demandantes en el período señalado a los trabajadores (el 59.5% de los demandantes) les corresponde el 0.5% del dinero de las indemnizaciones, a las víctimas del conflicto (el 39.6% de los demandantes) les corresponde el 1.9% y a los contratistas (el 0.85 de los demandantes) les corresponde el 97.5% (Correa, 2004, pp. 21-22).

Ahora bien, pese a esa tendencia garantista, hay eventos de lesiones o muertes donde el Estado no asume responsabilidad, pues se consideran como hechos inevitables. La fuerza mayor es uno de esos eventos, por lo cual, cuando en un proceso judicial se estima que el daño se produjo como consecuencia de ella, no se condenará al Estado.

Aunado a lo anterior, y, por otro lado, tanto en la jurisprudencia como en la práctica del litigio, los cambios científicos y tecnológicos actuales -que hacen evitables desastres y enfermedades que antes no lo eran- han llevado a que resulte difícil reconocer los casos en los que debe eximirse al Estado de toda responsabilidad patrimonial. Puesto que son los jueces contencioso-administrativos, dentro de los cuales el Consejo de Estado es el máximo tribunal, deben aplicar el precedente judicial como un criterio para decidir sus casos, el estudio de las decisiones de la corporación cabeza de esta rama aclarará el panorama en cuanto a si realmente procede la fuerza como una causal eximente de responsabilidad patrimonial para el caso de muerte o lesiones en conscriptos y de soldados profesionales, y cuáles serían las diferencias.

Se intentará entonces responder la siguiente pregunta: ¿de acuerdo a la jurisprudencia del Consejo de Estado, la fuerza mayor opera realmente como una causal de exoneración de responsabilidad en el caso de la muerte o lesiones a conscriptos y soldado profesionales?

Metodología

Se pretende alcanzar los objetivos de la investigación mediante la realización de un análisis en cada uno de los puntos de los cuales está comprendido el proyecto. Esta investigación se caracterizará por la aplicación de un método cualitativo, realizando énfasis en el análisis del contenido en sentencias judiciales de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, así como de la legislación de los organismos competentes de las tres ramas del poder público en Colombia y de la doctrina autorizada en la materia.

De igual modo, se aplicará un sub-método teórico-descriptivo con el fin de analizar y sistematizar la jurisprudencia al respecto, todo ello con el fin de generar seguridad jurídica y descartar, en lo posible, esta causal de eximente de responsabilidad; así mismo, el estudio de las sentencias permitirá de conocer a profundidad dicha problemática y con el método descriptivo mostrar las falencias de la doctrina colombiana al respecto.

Hipótesis

Luego de realizado el análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado desde 1995 hasta 2016 en los casos donde se presentó la excepción de fuerza mayor como causante exoneración de responsabilidad en los casos de muerte y lesiones de conscriptos y soldados profesionales se espera concluir que la aplicación de esta causal de exoneración se ha ido haciendo más específica y de difícil configuración con el tiempo, puesto que en un principio se aplicaba a muchos casos en los que la muerte o lesión era ocasionada por sucesos de la naturaleza, pero, a medida que el Estado, dentro de la estructura del Estado social de derecho, ha adquirido más obligaciones con los ciudadanos, los casos en los que aplica la fuerza mayor como exonerante responsabilidad son cada vez menos, por no decir que nulos Colombia (Ver por ejemplo CE, SCA, 3ª, Sub B, 27 de marzo 2014, n.i.: 30345, *Oscar Humberto González Quibano y otros c. Policía Nacional*).

Esto nos llevará entonces a concluir que después de realizado un análisis minucioso de las decisiones de la Sección tercera del Consejo de Estado, se encontró que en realidad solo quedan dos causas extrañas para poder liberarse de una responsabilidad objetiva por muerte o lesión causada a un soldado profesional o conscripto en servicio, estas son: el hecho o culpa exclusiva de la víctima y el hecho o culpa exclusiva y determinante de un tercero. Situación esta que hace cada día más difícil la labor de defensa de los profesionales del Ejército Nacional pues debido a la jurisprudencia, especialmente de la Corte constitucional (CConst., *sent. T-455 de 2014*), la cual es demasiado garantista, quizás en exceso, la mayoría de los daños causados a soldados en servicio son responsabilidad del Estado. (En el caso de los tribunales también se encontró la misma aplicación de la teoría de la fuerza mayor, ver en este sentido Colombia. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sub. B, Sent. 18 mayo de 2016, *Jhon Edison Álvarez c. Ejército Nacional*).

Justificación

Principalmente son dos las razones que justifican la pertinencia de la realización de este trabajo de investigación. Por un lado, en el ejercicio profesional del derecho resulta evidente que, ni para los operadores judiciales ni para quienes ejercen la representación judicial de las partes, está aún claro el concepto de fuerza mayor como causal de exoneración, puesto que este se alega de manera frecuente como excepción sin una consideración de fondo acerca de si es o no procedente. Esto se acompaña, y se soporta a la vez, en el hecho de que no hay una unificación de criterio entre los operadores judiciales en cuanto al significado, límites y alcances de la fuerza mayor como causal de exoneración en las demandas por responsabilidad extracontractual.

Por otro lado, esta investigación se hace necesaria toda vez que no se encontró, durante la fase de recolección y revisión de la información que precedió a la redacción de este proyecto de investigación, un análisis lo suficientemente profundo sobre la fuerza mayor como causal de exoneración de responsabilidad estatal, ni en lo relativo a los casos que involucran a las FFMM ni en lo aplicable a las demás actividades o sectores del Estado.

Así mismo, una investigación como la aquí propuesta resulta útil, dentro del debate actual acerca de si se debe continuar con el servicio militar, pues ayudará a determinar los límites de la responsabilidad que adquiere el Estado colombiano en relación a las personas que directamente prestan el servicio militar o sus familias en el caso de que las primeras sufran accidentes o de que se ocasione su muerte durante la prestación del servicio.

Este proyecto servirá entonces para determinar si la fuerza mayor opera realmente como una causal eximente de responsabilidad en casos de muerte o lesiones de conscriptos y de soldados profesionales pues se realizará la respectiva distinción entre cada uno de estos dos grupos de soldados para determinar en cuáles es procedente y en cuáles no. En consecuencia, esta investigación será útil tanto para la doctrina en materia de responsabilidad patrimonial del Estado como para la práctica judicial toda vez que con ésta se buscará dar luces a un problema no resuelto aún en este campo de la ciencia jurídica.

Finalmente, al elegir la forma que se utilizaría para tratar el problema objeto de esta investigación, se consideró que utilizar el método de la construcción y análisis de una línea jurisprudencial sería lo más adecuado, pues en primer lugar permite resolver la pregunta de investigación de manera profunda, y en segundo lugar es el método más idóneo para analizar

categorías que, como la responsabilidad extracontractual del Estado, se desarrollan principalmente a partir de la jurisprudencia.

Objetivos

Objetivo general

Determinar, en la línea de pensamiento del Consejo de Estado, a través de la metodología del análisis de sentencias de dicha Corporación, en la doctrina, y en las normas jurídicas, si en la práctica opera la fuerza mayor como una causal de exoneración de responsabilidad en el caso de la muerte o lesiones a conscriptos y soldado profesionales.

Objetivos específicos

Determinar la concepción histórica y actual del servicio militar en Colombia para situar el presente objeto de investigación.

Establecer el régimen de responsabilidad aplicable, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia contencioso administrativa, en el caso de muerte o lesión a conscriptos y a soldados profesionales.

Proponer una nueva definición de las causas de exoneración de responsabilidad por muerte a conscriptos y a soldados profesionales.

Capítulo I - La idea de Servicio militar obligatorio en Colombia

El servicio militar obligatorio está consagrado en la Constitución, que impone a los colombianos el deber de definir su situación militar, lo que año tras año hace que, mediante los procedimientos regulados en la ley para ello, se incorporen como conscriptos miles de jóvenes, que en su mayor parte pertenecen a los estratos socioeconómicos más deprimidos del país. Durante el tiempo que los conscriptos prestan dicho servicio, es inevitable que algunos de ellos sufran lesiones o que, en el peor de los casos, fallezcan, no solo por las condiciones que supone formar parte de la fuerza pública, sino por la naturaleza mortal de los humanos. Pero dicha figura no siempre ha existido en nuestro territorio, desde la colonia hasta después de la independencia, dicho servicio constituía una opción voluntaria de las personas, solamente, cuando empieza la consolidación del Estado en tanto tal, se introduce dicha herramienta en nuestro país.

Veamos que nos dice la historia acerca del origen de esta figura en nuestra sociedad, para luego adentrarnos en las normas constitucionales y legales sobre la materia.

Historia del servicio militar en Colombia

En Colombia el nacimiento del servicio militar obligatorio fue prácticamente simultáneo al surgimiento de las guerras de independencia. En 1923 se creó la ley que decretó el servicio militar obligatorio, de acuerdo a lo dispuesto en la Constitución de 1886. De igual manera procedieron los otros países suramericanos, donde, al igual que en otras latitudes del mundo, se tomó el servicio militar obligatorio como un mecanismo para que la fuerza pública pudiera contar con el número suficiente de miembros, y que, al mismo tiempo garantizaba, que en caso de guerra gran parte de la población contara con entrenamiento militar previo que les permitieran, si llegaba el caso, repeler los ataques contra su país.

De acuerdo a Restrepo (2007) la obligación de prestar el servicio militar obligatorio, desde la lógica estatal, se explica, de un lado en la necesidad de contar con una fuerza pública lista a defender a la nación en caso de una situación extrema. En este orden de ideas la obligatoriedad del servicio militar haría que se cumpla el principio de igualdad ante la ley. Por otro lado, continúa Restrepo, dentro del sistema democrático los ciudadanos cuentan con derechos y deberes, uno de los cuales es contribuir a mantener el orden y el interés público cuando las autoridades se lo exijan:

“En estos términos, la prestación del servicio militar opera bajo el supuesto general del derecho que correlaciona no sólo derechos con deberes, sino también el deber con la obligación, aquello que todo ciudadano tiene que cumplir, en principio, únicamente por la fuerza de su conciencia en cuanto existe un compromiso legítimo con la sociedad que impele el fuero de la autonomía y la libertad individual, compromiso que al cumplirse permite, por sí mismo, asegurar las condiciones para que todo interés privado pueda realizarse. Según las palabras de la Corte: «en toda sociedad los individuos tienen que aportar algo, en los términos que señala el sistema jurídico, para contribuir a la subsistencia de la organización política y a las necesarias garantías de la convivencia social». La argumentación de la Corte en este caso apela a la necesidad genérica que tiene el Estado de que todos los ciudadanos cumplan con los deberes, medio por el cual hace posible el disfrute de los beneficios propios de la calidad de ciudadano.” (Restrepo, 2007, p. 93).

Una vez visto la historia de este concepto dentro de nuestra sociedad colombiana, es momento de adentrarse en la normatividad aplicable en cuanto tal, para ello empezaremos por ver el marco jurídico constitucional del servicio militar en Colombia.

El Servicio militar en la Constitución

El servicio militar obligatorio jurídicamente se soporta en la Constitución la cual en su capítulo séptimo se refiere a la Fuerza Pública –conformada por la Policía Nacional y las Fuerzas Militares-. La Corte Constitucional ha advertido que la interpretación constitucional del servicio militar obligatorio debe basarse en la consideración de que no se trata de una simple imposición por parte del Estado, sino de que es (CConst. Sent. C-879 de 2011. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto): “*consecuencia natural y necesaria de la prevalencia del interés social sobre el privado, así como de las justas prestaciones que la vida en comunidad exige de cada uno de sus miembros*”. Asimismo, la Corte también señala que la prestación del servicio militar obligatorio no se trata de la única obligación que los nacionales tienen en relación a la fuerza pública, pues igualmente deben respetar y apoyar a las autoridades legítimamente establecidas para “*para mantener la independencia y la integridad nacionales o para defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica, y de propender al logro y mantenimiento de la paz*” (CConst.,. sent.

C-879 de 2011. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto). En posteriores decisiones la Corte advierte que: “*el servicio militar obligatorio es una carga social que irroga beneficios generales y, por ende, está vinculada al cumplimiento del fin social del Estado del logro del bienestar general*” (CConst., sent. T-455 de 2014. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva).

Al tratarse de una obligación de origen constitucional y legal, jurisprudencialmente se ha establecido que el régimen de responsabilidad estatal extracontractual es más garantista en el caso de los conscriptos, pues la decisión de incorporarse no es voluntaria como en el caso de los soldados profesionales, por lo que no se asumen los riesgos de forma voluntaria.

Ahora bien, de acuerdo al tenor del artículo 90 de la Constitución, no cualquier daño puede ser indemnizado, debe este ajustarse a tres requerimientos: que sea antijurídico, que sea imputable a una autoridad del Estado y que sea causado por la acción u omisión de aquella. Esta redacción instauro dentro de nuestro ordenamiento jurídico, la teoría del daño antijurídico, como característica fundamental de la responsabilidad del Estado, en contraposición a la responsabilidad civil, dándole así una identidad propia (Echeverría y Medina, 2011, p. 79). Ruiz al respecto advierte lo siguiente:

“Con la Constitución de 1991 se elevó a rango constitucional la responsabilidad del estado, se introdujo en su artículo 90 la cláusula general de responsabilidad del mismo, desarrollada a partir de la noción de daño antijurídico de elaboración del profesor García de Enterría, con la noción de daño antijurídico el fundamento de la responsabilidad ya no recae en la conducta del agente sino en la condición de quien lo padece, dicho en otros términos: se desplaza el soporte de la responsabilidad administrativa del concepto de subjetivo de antijuricidad de la acción del estado al concepto objetivo de antijuricidad del daño producido por ella.” (Ruiz, 2007, p. XV).

Para concluir este capítulo, es menester tocar el tema del servicio militar en las normas legales con el fin de tener una perspectiva total acerca de las normas jurídicas que rigen dicha actividad en nuestro país.

El servicio militar en las normas legales

Por medio de la ley 48 de 1993 el Congreso de la República reglamenta el servicio de reclutamiento y movilización (Colombia, 1993), es decir, se establecen las formas y procedimientos para que miembros de la sociedad colombiana ingresen a la fuerza pública. Dividida en ocho títulos esta ley trata temas como la finalidad y organización del servicio de reclutamiento y movilización, determinando quiénes lo componen y qué funciones cumple, también establece la obligación de todos los hombres colombianos de definir la situación militar y de paso establece el procedimiento que se seguirá para ello.

El artículo 3 de dicha ley prescribe que:

“Artículo 3o. Servicio Militar Obligatorio. Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan, para defender la independencia nacional y las instituciones públicas, con las *prerrogativas* y las exenciones que establece la presente Ley.” [Cursivas fuera del texto original].

Posteriormente, mediante la ley 548 de 1999 se prohibió que menores de edad prestarán el servicio militar obligatorio. Actualmente cursa una reforma en el Congreso con el fin de eliminar el servicio militar obligatorio y dejarlo voluntario para todos los colombianos, proyecto que ya entra a último debate y cuenta con amplia mayoría para su aprobación.

Finalmente, el Congreso expidió la LEY 1861 DE 2017, de fecha 4 de agosto, por la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento, control de reservas y la movilización, y derogando, entre otras, la Ley 48 de 1993 citada. Esta norma, en su artículo 4 establece:

“SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO. El servicio militar obligatorio es un deber constitucional dirigido a todos los colombianos de servir a la patria, que nace al momento de cumplir su mayoría edad para contribuir y alcanzar los fines del Estado encomendados a la Fuerza Pública.

Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan, para defender la Independencia nacional, y las instituciones

públicas con los beneficios y exclusiones que establece la presente ley, salvo para quienes ejerzan el derecho fundamental a la objeción de conciencia.

PARÁGRAFO 1o. La mujer podrá prestar el servicio militar de manera voluntaria y será obligatorio cuando las circunstancias del país lo exijan y el Gobierno nacional lo determine, y tendrán derecho a los estímulos y prerrogativas que establece esta ley.

PARÁGRAFO 2o. Por ningún motivo se permitirá a la fuerza pública realizar detenciones ni operativos sorpresa para aprehender a los colombianos que a ese momento no se hubieran presentado o prestado el servicio militar obligatorio.”

En este sentido, esta es la Ley sobre servicio militar vigente hasta la fecha, la cual deberá ser tenida en cuenta tanto por los jueces como en la presente investigación, como punto de partida para fijar el marco de referencia del presente asunto. Como se puede ver, el servicio militar es un deber constitucional, por lo tanto, todos los colombianos están llamados a prestarlo cuando la situación amerite, o, según ciertas circunstancias, esté apto para realizar dicha actividad. Así las cosas, el Estado, como garante del soldado que presta el servicio militar obligatorio, deberán entrar a responder, en caso de daño, por las afectaciones causadas a su salud, o, en últimas, a su vida.

Capítulo II - El Régimen de responsabilidad aplicable tanto en la doctrina como en la jurisprudencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en el caso de muerte o lesión a conscriptos y soldados profesionales

Teniendo en cuenta que en este tipo de casos el régimen de responsabilidad aplicable es de carácter objetivo, es decir no se tiene en cuenta la culpa del actor, la subjetividad, solo es dable acudir a una causa extraña para desvirtuar la responsabilidad del Estado, ésta solo se puede romper a través del ataque a lo que en la teoría de la responsabilidad civil o derecho de daños se conoce como nexo o relación de causalidad. La misma solo se ataca aduciendo una causa extraña, y de esa manera se podrá lograr eximir al demandado de la imputación del daño. Por ende es importante entender el tema del nexo de causalidad antes de entrar a analizar las causas extrañas reconocidas por la doctrina y la jurisprudencia.

Nexo de causalidad en la jurisprudencia del Consejo de Estado

El nexo o relación de causalidad es uno de los elementos de la responsabilidad civil junto con el daño y la culpa. Algunos -como es el caso también del derecho público- lo denominan imputación. Esta figura consiste en que debe haber un vínculo “causal” entre el hecho productor del daño y la intención del autor que lo produjo. Esto ha dicho el Consejo de Estado al respecto:

“No será *imputable* al Estado el daño causado cuando éste haya ocurrido por fuerza mayor o por el hecho exclusivo de un tercero o de la víctima, eventos cuya demostración corresponderá a la parte demandada”. (CE, SCA, 3ª, 2 de marzo de 2000, n.i.: 11401; CE, SCA, 3ª, Sub C, sent. de 5 julio de 2012, *Tulio Macías c. Policía Nacional*, n.i.: 22252; CE, SCA, 3a, sent. de 30 de julio de 2008, n.i.: 18.725; CE, SCA; 3a, sent. de 13 de agosto de 2008, n.i.: 17042. Reiterada en CE, SCA, 3a, sent. de 15 de octubre de 2008, n.i.: 18586). [Cursivas nuestras].

En este sentido, se necesita un nexo de causalidad entre el daño y la culpa, el cual podrá ser desvirtuado por hecho de la víctima, hecho de un tercero, o *fuerza mayor*. Como se puede

leer, el Consejo de Estado sigue enunciando este último como un criterio eximente de responsabilidad y que, por ende, podría entrar a romper el *nexo de causalidad*.

En una sentencia más reciente aduce que:

“En este tipo de situaciones opere la causa extraña en sus diversas modalidades, como causal exonerativa de responsabilidad, casos en los cuales, como resulta apenas natural, la acreditación de la eximente deberá fundarse en la demostración de todos y cada uno de los elementos constitutivos de la que en cada caso se alegue: *fuerza mayor*, hecho exclusivo de la víctima o hecho exclusivo de un tercero, según corresponda; por consiguiente, no es procedente afirmar de manera simple y llana que la sola constatación de la existencia de una aparente causa extraña como origen o fuente material o fenomenológica, en relación con los daños ocasionados a soldados conscriptos, resulte suficiente para que estos puedan considerarse como no atribuibles –por acción u omisión– a la Administración Pública. Así pues, en cada caso concreto, en el cual se invoque la existencia de una causa extraña por parte de la entidad demandada, deberán analizarse las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales se hubiere producido el daño, por cuanto es posible que el Estado haya contribuido causalmente a la generación del mismo.” (CE, SCA, 3ª, Sub A, sent. 16 de julio de 2015, *Milton Cortés c. Ejército Nacional*). [Cursivas nuestras].

Asimismo, el Consejo de Estado hace énfasis en unas supuestas circunstancias de tiempo modo y lugar para tener en cuenta al analizar una causa extraña, como lo es la fuerza mayor en el presente caso, pero que nunca ha decretado o fallado a favor del Ejército reconociéndola:

“En ese orden de ideas, resulta dable concluir que para que tales eximentes de responsabilidad tengan plenos efectos liberadores respecto de la responsabilidad estatal, *resulta necesario que la causa extraña sea la causa exclusiva, esto es única, del daño y que, por tanto, constituya la raíz determinante del mismo.*” (CE, SCA, 3ª, Sub A, 13 de junio de 2016, *Aníbal Saavedra y otros c. Ejército Nacional*, n.i.: 39309). [Cursivas nuestras].

Como se puede ver, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo repite las tres causales antes mencionadas como componentes de la causa extraña. Es una especie de repetición automática, la cual no tiene, muchas veces, en cuenta la realidad concreta, y, como se dijo, hasta el momento no se conoce ningún caso donde el Ejército haya sido exonerado de un daño sufrido por un soldado utilizando la fuerza mayor.

Aunado a lo anterior, en el caso de conscriptos se presenta una doble obligación de garantía y de seguridad por encontrarse en sujeción debido a la obligatoriedad a la que fueron sometidos. Surge, por consiguiente, una obligación consistente en devolver a la persona que ingresó en buen estado físico y psicológico a prestar el servicio militar. Así, se debe demostrar que durante su permanencia en dicho servicio se le garantizó al conscripto todas las condiciones de cuidado y protección, o por el contrario probar que en los hechos ocurridos existió una causa exonerativa de responsabilidad.

Desde la sentencia T-534 de 1992, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que

“como persona y ciudadano colombiano, el soldado es portador de una congénita dignidad que lo hace acreedor a recibir del Estado atención eficaz y pronta de su salud y su vida, desde el momento mismo que es reclutado y puesto a disposición y órdenes de sus inmediatos superiores.” (CConst., 1992).

Posteriormente sostuvo dentro de la misma línea:

“tiene sustento en las obligaciones correlativas del Estado respecto de las personas quienes en cumplimiento de un deber constitucional le prestan sus servicios, y por ello son acreedores de una protección especial debido a la amenaza cierta que dicha actividad impone sobre su vida, su integridad y su salud.” (CConst., 2008).

Con todo, del análisis realizado en la presente investigación, y en particular de lo arrojado del estudio de la jurisprudencia de la Sección tercera del Consejo de Estado concerniente al tema de los daños sufridos por soldados profesionales o conscriptos, nos muestra que la fuerza mayor es un medio inoperante para eximirse de responsabilidad. En efecto, dentro de las pocas sentencias existentes sobre el asunto, los jueces jamás exoneran al Estado -entiéndase Ejército Nacional en concreto- con base en una fuerza mayor. El argumento de defensa de la fuerza mayor como causa extraña destinada a romper el nexo de causalidad no es operante en la práctica.

A juicio de los jueces, la entidad debe siempre efectuar todas las actuaciones posibles, necesarias y suficientes para demostrar que se han realizado todas las medidas de protección para que el hecho causante del daño no ocurriera. Esto se encuentra, especialmente, en los manuales de seguridad, por ejemplo para el caso de tormentas eléctricas, rayos, caídas de árboles, etc. (Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sub. B, Sent. 18 mayo de 2016, *Jhon Edison Álvarez c. Ejército Nacional*). Si la entidad demandada, en este caso, el Ejército Nacional no realiza ninguna actuación tendiente a demostrar que se adoptaron las medidas indicadas en los manuales de seguridad tendientes a evitar el hecho causante del daño que se predica fruto de una fuerza mayor. Los jueces, por ende, siempre se excusan en la falta de instrucción, cumplimiento y control de las normas de seguridad.

El pronunciamiento de la doctrina colombiana sobre el tema

En primera medida, al respecto del tema, general, de la Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración (Patiño, 2008) escribe un artículo intitulado “Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano”. Este artículo es producto de la ponencia presentada por el autor en el VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, en él estudia los criterios que ha definido la máxima corporación del contencioso administrativo para determinar en qué eventos hay lugar a declarar una de las causales de exoneración de responsabilidad tradicionalmente previstas.

Por su parte, el mismo autor, en el año 2011, en otro escrito llamado “Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual. ¿Por qué y cómo impiden la declaratoria

de responsabilidad? Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado” (Patiño, 2011), y siguiendo en la misma línea del anterior trabajo, pero contando con jurisprudencia del Consejo de Estado más actualizada, precisa las circunstancias en las cuales se ha procedido a declarar la ausencia de responsabilidad extracontractual.

Finalmente, los profesores Castro y Martínez, en un texto llamado “Evolución en la imputación de responsabilidad omisión al deber y concriptos en la Policía Nacional”, (Castro y Martínez, 2014) determinan cinco elementos en los que la jurisprudencia se ha basado para endilgar responsabilidad al Estado en los casos en que concriptos de la Policía Nacional sufren muertes o lesiones en su periodo en la institución.

Rasgos distintivos de la fuerza mayor

La fuerza mayor es definida por el Código Civil, como “*el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.*” (Artículo 64). Esta definición reúne los criterios de *imprevisibilidad* e *irresistibilidad* que en principio resultan plausibles para establecer cuándo una persona se enfrenta a circunstancias de fuerza mayor. (CConst., C-1186 de 2008).

En la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, definió que el hecho imprevisto es aquel “que dentro de las circunstancias normales de la vida, no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia”, y el irresistible aquél “que el agente no pueda evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias”. La misma Corte ha señalado que la fuerza mayor requiere la concurrencia de ambas condiciones (imprevisibilidad e irresistibilidad), razón por la cual aún los ejemplos mencionados por el Código, a saber, “un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.,” podían no ser, en determinados casos, eventos de fuerza mayor: “[s]i el deudor a sabiendas se embarca en una nave averiada, que zozobra; si temerariamente se expone a la acción de sus enemigos o comete faltas que lo coloquen a merced de la autoridad; o no toma las medidas adecuadas que hubieran evitado la inundación de su propiedad, sin embargo de que se cumple un acontecimiento por naturaleza extraño o dominador, no configuraría un caso fortuito”. (CS. Civ. Sent. 20 nov. 1989).

Dentro de las causales por las cuales la teoría general de las obligaciones y la jurisprudencia en general han identificado como eximentes de responsabilidad patrimonial – tanto para el Estado como para los particulares- se encuentra la denominada fuerza mayor. Martínez la define como (Martínez, 2007, p. 41) “*un hecho imprevisible, irresistible y no imputable a culpa del deudor o causante del daño*”. En general, el criterio de fuerza mayor corresponde a casos en los que se produce el daño por un hecho de la naturaleza, y donde no cabe alegar que el Estado, dentro de sus funciones de guarda, doble garantía y el cuidado de quienes se encuentran prestando el servicio militar obligatorio, pudo haber cobrado de manera más diligente, puesto que resultaba muy improbable que en las condiciones normales pudiera generarse un daño. En el caso de los soldados profesionales se presenta una obligación de simple garantía, es decir, no está reforzada como en el caso de los conscriptos, pues existe una vinculación legal y tienen un status laboral diferente al de aquéllos. Por consiguiente, la obligación de garantía disminuye, empero, la fuerza mayor, en los casos revisados, tampoco operó como causal eximente de responsabilidad.

Los rasgos distintivos de la fuerza mayor son la imposibilidad de absoluta de cumplir con el deber de precaución general derivada de un obstáculo insuperable -el que se trate de un hecho imprevisible e irresistible-, y la ausencia de culpa que por tanto opera sobre el demandado (Colombia. CE, SCA, 3ª, Sub B, 27 de marzo 2014, n.i.: 30345, *Oscar Humberto González Quibano y otros c. Policía Nacional*). Patiño, define las características de imprevisibles e irresistibles de la siguiente manera:

“Que el hecho sea imprevisible, esto es que en condiciones normales haya sido lo suficientemente probable para que ese agente, atendido su papel específico en la actividad que origina el daño, haya podido precaverse contra él. Aunque por lo demás, respecto del acontecimiento de que se trata, haya habido, como lo hay de ordinario para la generalidad de los sucesos, alguna posibilidad vaga de realización, factor este último con base en el cual ha sostenido la jurisprudencia que cuando el acontecimiento es susceptible de ser humanamente previsto, por más súbito y arrollador de la voluntad que parezca, no genera el caso fortuito ni la fuerza mayor.

Que el hecho sea irresistible en el sentido estricto de no haberse podido evitar su acaecimiento ni tampoco sus consecuencias, colocando al agente sojuzgado por el

suceso así sobrevenido-, en la absoluta imposibilidad de obrar del modo debido, habida cuenta que si lo que se produce es tan solo una dificultad más o menos acentuada para enfrentarlo, tampoco se configura el fenómeno liberatorio del que viene haciéndose mérito” (Patiño, 2011, p. 379).

Diferencias entre caso fortuito y fuerza mayor en la jurisprudencia del Consejo de Estado

La anterior definición ha sido acogida mayoritariamente por la jurisprudencia civil, y es entendida bajo el concepto de la teoría unitaria de la causa extraña, en la cual se acepta la identidad entre ambas nociones, caso fortuito y fuerza mayor.

En la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a diferencia de lo anterior, la aplicación y el tratamiento de ambas figuras no ha sido monista sino dual, esto es, bajo la consideración dividida e independiente de cada una de esas figuras jurídicas hasta el punto de considerar que de éstas sólo la fuerza mayor es causal eximente de la responsabilidad del Estado (CConst. SU-449 de 2016).

El Consejo de Estado -en 1993- arguyó al respecto que:

“Si bien la ley ha identificado los fenómenos de fuerza mayor y de caso fortuito, la jurisprudencia nacional ha buscado distinguirlos: en cuanto a la jurisdicción de lo contencioso administrativo concierne, dos concepciones se han presentado: la de considerar que el caso fortuito como el suceso interno, que por consiguiente ocurre dentro del campo de actividad del que causa daño, mientras que la fuerza mayor es un acaecimiento externo ajeno a esa actividad y la que estima que hay caso fortuito cuando la causa del daño es desconocida”. (CE. 3ª. Sent. 29 ene. 1993, ni: 7365. C.P. Juan de Dios Montes Hernández).

Por su parte, en el 2000, la misma corporación adujo que:

“Debe tenerse en cuenta, además, la distinción que doctrina y jurisprudencia han hecho entre la fuerza mayor y el caso fortuito, que, adquiere su mayor interés, dentro del marco de la responsabilidad por riesgo excepcional. Se ha dicho que la fuerza mayor es causa extraña y externa al hecho demandado; se trata de un hecho conocido, irresistible e imprevisible, que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que causó el daño. El caso fortuito, por el contrario, proviene de la estructura de la actividad de aquél, y puede ser desconocido permanecer oculto, y en la forma que ha sido definido, no constituye una verdadera causa extraña, con virtualidad para suprimir la imputabilidad del daño” (CE. 3ª, sent. 16 marzo 2000, ni 11.670. CP: Alier Eduardo Hernández).

En lo que respecta a la comprobación de la fuerza mayor, el mismo año, evocando a lo establecido en la doctrina; dijo:

“la fuerza mayor sólo se demuestra: [...] mediante la prueba de un hecho externo y concreto (causa extraña) [...], lo que debe ser imprevisible e irresistible no es el fenómeno como tal, sino sus consecuencias [...]. En síntesis, para poder argumentar la fuerza mayor, el efecto del fenómeno no solo debe ser irresistible sino también imprevisible, sin que importe la previsibilidad o imprevisibilidad de su causa.” (CE. 3ª. Sent. 15 junio 2000, ni: 12423. C.P. María Elena Giraldo Gómez).

Citando a Peirano Facio, el Consejo de Estado continúa diciendo que

“Además de imprevisible e irresistible debe ser exterior al agente, es decir, no serle imputable desde ningún ámbito; no provenir de su culpa [...] cuya causa no le es imputable al demandado, y en cuyo daño no ha existido culpa adicional por parte de este” (1981, pp. 334-37).

De igual manera, en el año 2004, el Consejo de Estado dijo, frente a los casos constitutivos de fuerza mayor, que

“Para efectos de la distinción, y de acuerdo con la doctrina se entiende que la fuerza mayor debe ser:

1) Exterior: esto es que “está dotado de una fuerza destructora abstracta, cuya realización no es determinada, ni aun indirectamente por la actividad del ofensor”.

2) Irresistible: esto es que ocurrido el hecho el ofensor se encuentra en tal situación que no puede actuar sino del modo que lo ha hecho”

3) imprevisible: cuando el suceso escapa a las previsiones normales, esto es, que ante la conducta prudente adoptada por quien lo alega, era imposible pronosticarlo o predecirlo.

A su vez, el caso fortuito debe ser interior, no porque nazca del fuero interno de la persona, sino porque proviene de la propia estructura de la actividad riesgosa, puede ser desconocido y permanecer oculto, En tales condiciones, según la doctrina se confunde con el riesgo profesional y por tanto no constituye una causa de exención de responsabilidad.” (CE. 3ª. Sent. 26 feb. 2004, ni: 13833. C.P. German Rodríguez Villamizar).

Como colofón, puede decirse que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha diferenciado la fuerza mayor del caso fortuito, en tanto la fuerza mayor es una causa extraña y externa al hecho demandado, es un hecho irresistible e imprevisible que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que causó el daño.

Para cerrar, y siguiendo a la Corte constitucional, se ha dicho que la fuerza mayor es causa extraña y externa al hecho demandado; se trata de un hecho conocido, irresistible e imprevisible, que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que causó el daño. El caso fortuito, por el contrario, proviene de la estructura de la actividad de aquél, y puede ser desconocido permanecer oculto, y en la forma que ha sido definido, no constituye una verdadera causa extraña, con virtualidad para suprimir la imputabilidad del daño (CConst. SU-449 de 2016).

Así las cosas, se tiene como elemento de la fuerza mayor la irresistibilidad, la imprevisibilidad que, por conducto de la naturaleza pues de ella proviene dicha fuerza, no permiten al actor controlar su conducta y, por ende, lo hacen irresponsable.

Capítulo III - Proposición de una definición de las causas de exoneración de responsabilidad por muerte de conscriptos y soldados profesional

Las causas extrañas según la doctrina y la jurisprudencia del Consejo de Estado

La jurisprudencia y la doctrina difieren con relación a la determinación de las causas extrañas por muerte y lesiones de conscriptos y soldados profesionales. La doctrina propone cuatro, mientras que la jurisprudencia ha detectado tres como operatorias. Los tratadistas expertos en el tema, siguen la línea del derecho civil, y mantienen la tradicional distinción entre fuerza mayor y caso fortuito, mientras que para la jurisprudencia del máximo tribunal de lo contencioso administrativo, éste último concepto desaparece debido a la doble obligación de garantía que pesa sobre el Estado con relación a los conscriptos. Por lo tanto, solo dejan a la fuerza mayor como causal exonerante de responsabilidad, junto a los ya tradicionales: hecho de la víctima y hecho de un tercero.

Posición de la doctrina

Como causas extrañas la doctrina ha reconocido tradicionalmente cuatro:

- a) Hecho o culpa determinante de la víctima
- b) Hecho o culpa determinante de un tercero
- c) Fuerza mayor
- d) Caso fortuito

Ahora bien, la doctrina, en particular la versada en responsabilidad patrimonial del Estado y en derecho de daños en general, ha terminado por dejar la fuerza mayor y el caso fortuito en una misma categoría. Recordemos que el mismo Código Civil traducido y arreglado por don Andrés Bello ya hablaba de “fuerza mayor o caso fortuito”, es decir que los asimilaba. Por tanto, nos quedan tres eximentes de responsabilidad, a saber, hecho o culpa determinante de la víctima, hecho o culpa determinante de un tercero y fuerza mayor (concepto que comprende en su seno el caso fortuito cuando este se presente).

Posición de la jurisprudencia del Consejo de Estado

El máximo tribunal de lo contencioso administrativo de Colombia ha reconocido tres causas extrañas al respecto, a saber:

- a) Hecho o culpa determinante de la víctima
- b) Hecho o culpa determinante de un tercero
- c) Fuerza mayor

Esto se desprende de las decisiones analizadas y citadas *supra*, las cuales –buscando una practicidad y una garantía de los derechos constitucionales fundamentales de los soldados que prestan el servicio militar obligatorio– dejan de lado el caso fortuito, toda vez que éste, al ser un hecho involuntario pero del hombre, o de la entidad, no puede presentarse en los presentes casos como causal eximente de responsabilidad toda vez que, para dicha Corporación, el Ejército nacional debe garantizar que el soldado sale del servicio tal como entró, en plenas condiciones de salud, tanto físicas como mentales.

Análisis concreto de la fuerza mayor como causa extraña

La fuerza mayor, como lo vimos, es una causal eximente de responsabilidad tomada del derecho privado, en concreto del derecho civil. Ahora bien, dicha causal si bien se trajo al derecho público, en particular a la responsabilidad del Estado por muerte y lesiones de soldados profesionales y conscriptos, la misma es inoperante como se vio en los casos concretos analizados, tanto en la jurisprudencia del Consejo de Estado, como en la del Tribunal administrativo de Cundinamarca.

Con todo, si bien la jurisprudencia del Consejo de Estado reconoce tres causas eximentes de responsabilidad en casos de muerte o lesiones a conscriptos y soldados profesionales, en la realidad, solo operan dos: hecho de la víctima y culpa de un tercero. No se encontró ninguna sentencia donde se haya eximido de responsabilidad al Estado, y, por consiguiente, negado las pretensiones de la demanda en un caso de responsabilidad extracontractual del Estado por muerte o lesión de un soldado, basada únicamente en la operancia de una fuerza mayor. Lo más cercano fue un salvamento de voto, encontrado en el Tribunal administrativo de Cundinamarca, donde un magistrado considera que

“Respecto de las circunstancias en que ocurrieron los hechos que fundamentan el presente proceso, considero que en el caso bajo estudio se configura una causa extraña (fuerza mayor), en tanto el vendaval como hecho de la naturaleza reviste las características de imprevisibilidad e irresistibilidad, por lo cual se debía exonerar de responsabilidad a la entidad demandada.” (TAC, 3ª, B, SV 18 ene 2017, Mag.: Leonardo Torres, rad.: 2013-309, *Ángel de Jesús Pérez y otro c. Ejército Nacional*)

La inoperancia de la fuerza mayor en estos casos

Por lo tanto, de lo anterior se colige que solo quedan dos elementos para exonerarse de una responsabilidad objetiva como lo es la de los daños sufridos por soldados, a saber:

- a) Hecho o culpa determinante de la víctima.
- b) Hecho o culpa determinante de un tercero.

Es entonces al Estado a quien le compete aportar todos los medios de prueba necesarios, conducentes y convincentes para permitirle al juez apreciar la causa extraña, sin olvidar que, la fuerza mayor, es prácticamente imposible de demostrar y, por ende, de ser declarada por un juez. A pesar de lo que dice la jurisprudencia del Consejo de Estado, que la fuerza mayor para que se configure debe ser imprevisible e irresistible (CE, SCA, 3ª, Sub C, sent. 12 febrero de 2014, n.i.: 28960), esto es, en la práctica, muy difícil de demostrar en el curso de un proceso judicial.

Como el título de imputación aplicable cuando se trata de estudiar la responsabilidad del Estado respecto de los daños causados a soldados y conscriptos es de naturaleza objetiva, ya sea a través de daño especial o del riesgo excepcional, y, por consiguiente, que la única manera en que el Estado, que de entrada ya está, por decirlo de cierta forma un poco imprudente, condenado, puede exonerarse de la responsabilidad es cuando se presenta alguno de los dos elementos enunciados: culpa de la víctima o hecho de un tercero. Esto conlleva al rompimiento del nexo causal siempre que se pruebe que fue determinante y exclusivos del daño, y que a pesar del actuar del Estado, fue imposible contrarrestar el daño.

Así las cosas, y teniendo en cuenta esta doble obligación especial de garantía que tiene el Estado, en especial para con los conscriptos, es imposible que una fuerza mayor prospere como excepción para eximirse de la responsabilidad en una demanda de reparación directa

contra el Ejército Nacional. Por otro lado, no se encontraron casos en la jurisprudencia del Consejo de Estado entre 1995 y 2016 donde se haya fallado a favor de una entidad pública que argumentaba la existencia de una fuerza mayor.

Proposición de una nueva definición de las causas extrañas en responsabilidad administrativo del Estado

Hemos visto las causales que propone la doctrina, de una parte, y las de la jurisprudencia, de la otra. Pero la conclusión a la que hemos llegado, después de hacer un análisis minucioso de la jurisprudencia del Consejo de Estado y del Tribunal administrativo de Cundinamarca es que en la realidad solo se aplican y operan dos. Por lo tanto, es necesario presentar una nueva configuración de los elementos de exoneración en este aspecto.

Nueva configuración de los elementos de exoneración

Se tiene entonces que la nueva configuración de los elementos de exoneración en los casos de muerte o lesiones sufridas por un soldado profesional o conscripto en ocasión del servicio son solamente dos:

- a. Hecho o culpa determinante de la víctima.
- b. Hecho o culpa determinante de un tercero.

Esto significa que la doctrina y la jurisprudencia deberán actualizar sus conceptos relacionados con esta temática y, para garantizar una adecuada enseñanza de este asunto así como su correcta aplicación por parte de los operadores jurídicos, se deberá decir que solo son dos las causales eximentes de responsabilidad con las cuales los abogados del ejército nacional cuentan en caso de defenderse en una demanda de reparación directa.

Conclusiones

A lo largo de esta interesante y apasionante investigación se pudo conocer el origen de la noción de servicio militar en Colombia – antes y después de la Constitución de 1991 y su respectiva Ley – , igualmente el origen de la noción de nexo de causalidad y su tratamiento en la doctrina y en la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano, y, finalmente, el tema de la fuerza mayor como causal eximente de responsabilidad en el caso de muerte o lesiones causadas a soldados profesionales y conscriptos.

Lo anterior nos permitió concluir que la fuerza mayor no ha sido operante como una causal eximente de responsabilidad en el derecho colombiano frente al caso estudiado, así como también que, con seguridad, en el futuro dicha causal no estará llamada a prosperar. Esto, basados tanto en la jurisprudencia del Consejo de Estado, como del Tribunal administrativo de Cundinamarca. Por consiguiente, solo son dos las causales eximentes de responsabilidad operantes en este tema en Colombia: hecho o culpa de la víctima (es decir del soldado); y hecho o culpa de un tercero (una persona ajena al soldado).

Se recomienda y solicita a los tratadistas actualizar sus manuales y libros de responsabilidad del Estado, en el sentido de excluir la fuerza mayor como causal eximente liberatoria de la responsabilidad del Estado, pues ésta no ha operado en el pasado, y, por lo que se puede observar, no operará en el futuro debido al principio de doble garantía constitucional de los derechos de los conscriptos, y de garantía normal de los derechos de los soldados profesionales. Los tratadistas y profesores, quienes muchas veces razonan en abstracto sobre este tema, o en otros simplemente siguen los parámetros del derecho civil, no han visto que en la práctica ha habido una *inoperancia de la fuerza mayor como causal de exoneración de la responsabilidad patrimonial y extrapatrimonial del Estado por muerte o lesiones de soldados profesionales y conscriptos*.

En virtud del control de convencionalidad, es imposible declarar – al interior de un proceso contencioso administrativo – la falta de responsabilidad del Ejército Nacional por presencia de una supuesta fuerza mayor toda vez que, como se dijo *supra*, existe una doble garantía en el caso de conscriptos, y una garantía sencilla o simple en el caso de soldados profesionales, lo cual impediría declarar dicha excepción de fondo como medio de defensa. En este orden de ideas, la protección de los derechos humanos de los soldados a la vida, la salud, la integridad física y mental, y la obligación, por parte del Estado, de entregarlos a la

vida civil en las mismas, o mejores, condiciones de las que los recibieron, son obstáculos a la operancia de dicho eximente de responsabilidad.

Así las cosas y como colofón de lo dicho a lo largo de estas páginas, en Colombia el Ejército Nacional no se puede exonerar de responsabilidad argumentando una fuerza mayor como causa de la muerte o lesión del conscripto o del soldado profesional toda vez que la Constitución (entendida como bloque de constitucionalidad) y la Convención Interamericana de Derechos Humanos, se lo prohibirían al juez de lo contencioso-administrativo. Por ello, la jurisprudencia aquí analizada, *nunca* declaró próspera dicha excepción, cuando un defensor de la entidad demandada la propuso, así como tampoco de oficio.

Referencias bibliográficas

Libros y artículos

1. Castro, D. A. y Martínez, L. G. (2014). *Evolución en la imputación de responsabilidad omisión al deber y conscriptos en la Policía Nacional*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.
2. Correa, N. (2004). *Análisis económico de las demandas contra el Estado*. *Revista de la maestría en derecho económico*, [en línea]. 2 (2). Recuperado el 13/05/2016 de: <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/revmaescom/article/view/7226>
3. Defensoría del Pueblo. (2014). *Servicio Militar Obligatorio en Colombia: Incorporación, reclutamiento y objeción de conciencia*. *Informe de la Defensoría del Pueblo*, [en línea]. Recuperado el 13/05/2016 de: <http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/ServicioMilitarObligatorio.pdf>.
4. Echeverría R., C. (2003). *Reforma para enfrentar el terrorismo: una mirada desde las mujeres, no al servicio militar obligatorio ni para los hombres ni para las mujeres*. Bogotá, SISMA Mujer - IIDH. Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
5. Echeverría, M. y, Medina, E. (2011). *Introducción a la Responsabilidad del Estado Colombiano por la acción de las fuerzas militares*. *Revista Saber, Ciencia y Libertad*. Volumen 6, No. 2. p. 77 -86. Recuperado el 13/05/2016 de: <file:///Users/leonorargote/Dropbox/INVESTIGACIONES%20ACTIVAS/manu-conscriptosjuris/Dialnet-IntroduccionALaResponsabilidadDelEstadoColombianoP-5109408.pdf>
6. Gil Botero, E. (2014). *La constitucionalización del derecho de daños: nuevo sistema de daños en la responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá, Colombia, Temis.
7. Hernández, N. (2010). *Evolución histórica del Servicio de Reclutamiento y Control Reservas del Ejército Nacional*. Bogotá: Ejército Nacional.
8. Hoyos, R. (2006). Responsabilidad del Estado por el uso de las armas de fuego. *Prolegómenos - Derechos y Valores*. Universidad Militar, [en línea]. Vol. IX. - No. 18. Recuperado el 13/05/2016 de: <http://www.unimilitar.edu.co/documents/63968/72400/prolegomenos-04.pdf>.
9. Lasso, J. C. (16 mayo, 2015). *Jóvenes esperan que servicio militar sea voluntario y con más opciones creativas*, Canal Capital. Recuperado el 13/05/2016 de:

<http://www.canalcapital.gov.co/blogs/jovenes-esperan-que-servicio-militar-sea-voluntario-y-con-mas-opciones-creativas/>.

10. Martínez, C. (2007). Análisis jurisprudencia: la fuerza mayor y caso fortuito como eximente de responsabilidad civil extracontractual por actividades peligrosas al tenor de la Corte Suprema de Justicia de Colombia 1994-2005. *Responsabilidad Civil y del Estado*, [en línea] Revista No. 21. Recuperado el 13/05/2016 de: http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/30920133/Revista_No._21.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAJ56TQJRTWSMTNPEA&Expires=1432952400&Signature=bdHTH9Vyfk2uGKjtc%2By%2BCd2K%2Fw%3D&response-content-disposition=inline#page=25.
11. Molano, A. (29 marzo, 2015). Comisiones de paz trabajan en proyecto de ley Servicio militar voluntario y trabajo social obligatorio, vuelve al Congreso el debate sobre el servicio militar obligatorio. EL ESPECTADOR [en línea]. Recuperado el 13/05/2016 de: <http://www.elespectador.com/noticias/politica/servicio-militar-voluntario-y-trabajo-social-obligatori-articulo-552229>
12. Patiño, H (2008). Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración, aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano. En: *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado, [en línea]. No. 14. Recuperado el 13/05/2016 de: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/viewFile/555/525>
13. Patiño, H. (enero – junio, 2011). Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual. ¿Por qué y cómo impiden la declaratoria de responsabilidad? Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado. En: *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado, [en línea]. No. 20. Recuperado el 13/05/2016 de: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/viewFile/2898/2539>
14. Peirano Facio, J. (1981). *Responsabilidad extracontractual*. Bogotá: Temis.
15. Restrepo, A. (2007). Jóvenes y antimilitarismo: Medellín un caso. En: *Revista Estudios Políticos*, Universidad de Antioquia, [en línea]. Recuperado el 14/05/2016 de: <http://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/estudiospoliticos/article/viewFile/1281/1015>
16. Ruiz, W. (2007). *Responsabilidad extracontractual del estado*. Bogotá. Ecoe.
17. Tamayo, M. (2003). *El proceso de la investigación científica*. 4ª ed., México D.F.: Limusa Noriega.

18. Trujillo A., J. (2010). *El desarrollo de la línea jurisprudencial como elemento integrador de las decisiones jurisprudenciales*. Bogotá: Papiro.

Normas jurídicas

1. Colombia. Constitución. (1991). *Constitución*. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
2. Colombia. Congreso de la República. (1887). *Ley 57 de 1887, art. 4o. Con arreglo al artículo 52 de la Constitución de la República, declárase incorporado en el Código Civil el Título III (arts. 19-52) de la misma Constitución*. Diario oficial N° 32.721. Recuperado el 13/05/2016 de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=39535>
3. Colombia. Congreso de la República. (1968). *Decreto 2728 de 1968 por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares*. Diario oficial N° 32.721. Recuperado el 13/05/2016 de: ftp://ftp.camara.gov.co/camara/basedoc/decreto/1968/decreto_2728_1968.html
4. Colombia. Congreso de la República. (1993). *Ley 48 de 1993 por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización*. Diario Oficial 40.777 de marzo 4 de 1993. Recuperado el 13/05/2016 de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=8633>.
5. Colombia. Congreso de la República. (1999). *Ley por medio de la cual se prorroga la vigencia de la Ley 418 del 26 de diciembre de 1997 y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial No. 43.827. Diciembre 23 de 1999. Recuperado el 13/05/2016 de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6676>
6. Colombia. *Constitución de 1991*. Recuperado el 13/05/2016 de: http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/consulta_tematica.jsp.
7. Colombia. Presidencia de la República. (1989). *Decreto 094 de 1989 por el cual se reforma el estatuto de la capacidad sicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y*

de la Policía Nacional, Soldados, Grumetes, Agentes, Alumnos de las Escuelas de Formación y personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional. Diario oficial No. 38.651. Recuperado el 13/05/2016 de: <http://www.sanidadfuerzasmilitares.mil.co/?idcategoria=23573>

Sentencias

1. Colombia. CS. Civ. Sent. 20 nov. 1989.
2. Colombia. CE. 3ª, sent. 7 de septiembre de 1998, *Jesús Ezequias Cerón c. Policía Nacional y otro*, n.i.: 10921. Recuperado de: <http://190.24.134.114:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>
3. Colombia. CE. 3ª, sent. 2 marzo de 2000. CP: Alier Eduardo Hernández, *María Nuby López y otros c. Ministerio de Defensa*, n.i.: 11401. Recuperado el 13/05/2016 de http://hipertexto-obligaciones.uniandes.edu.co/lib/exe/fetch.php?media=2_marzo_2000.pdf
4. Colombia. CE. 3ª. Sent. 16 marzo 2000, ni: 11.670. CP: Alier Eduardo Hernández.
5. Colombia. CE. 3ª. Sent. 15 junio 2000, ni: 12423. C.P. María Elena Giraldo Gómez.
6. Colombia. CE. 3ª, sent. de 20 de septiembre de 2001, *Martha Morales c. Policía Nacional*, n.i.: 13553.
7. CE. 3ª. Sent. 26 feb. 2004, ni: 13833. C.P. German Rodríguez Villamizar.
8. Colombia. CE. 3ª, sent. del 7 junio de 2007. CP: Ramiro Saavedra Becerra, *Juan Gregorio Martínez Castellanos y otros c. Ejército Nacional*. n.i.: 15256. Recuperado el 13/05/2016 de <http://190.24.134.114:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=html&file=2021446>
9. Colombia. CE. 3ª, sent. de 30 de julio de 2008, n.i.: 18725.
10. Colombia. CE. 3ª, sent. de 13 de agosto de 2008, n.i.: 17042.
11. Colombia. CE. 3ª, sent. de 15 de octubre de 2008, n.i.: 18586.
12. Colombia. CE. 3ª, Sub. C, sent. de 01 feb. 2012, *Ludivia Buitrago y otros c. MinDefensa*, n.i.: 20131.
13. Colombia. CE. 1ª, sent. del 16 de febrero de 2012, *Mauricio Alberto Pérez Ruiz c. Carlos Arturo Romero Jiménez*, 2011-00213-01(PI). Recuperado el 13/05/2016 de: <http://190.24.134.114:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2008119>.

14. Colombia. CE. 3ª, Sub. C, sent. de 5 julio de 2012, *Tulio Macías c. Policía Nacional*, n.i.: 22252.
15. Colombia. CE. 3ª, Plena, sent. de 18 de julio de 2012, *Alicia Melo c. Ejército Nacional*, n.i.: 21142.
16. Colombia. CE. 3ª, Sub. C, sent. 12 febrero de 2014, *Alcy Augusto Paipa Anzola y Otros c. Gobernación de Cundinamarca*, n.i.: 28960.
17. Colombia. CE. 3ª, Sub. B, 27 de marzo 2014, n.i.: 30345, *Oscar Humberto González Quibano y otros c. Policía Nacional*.
18. Colombia. CE. 3ª, Sub. A, sent. 16 de julio de 2015, *Milton Cortés c. Ejército Nacional*.
19. Colombia. CE. 3ª, Sub. A, 13 de junio de 2016, *Aníbal Saavedra y otros c. Ejército Nacional*, n.i.: 39309.
20. Colombia. CConst. *T-534 de 1992*. MP: Ciro Angarita. Recuperado de: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-148-08.htm#_ftn4
21. Colombia. CConst. *C-832 de 2001*. MP: Rodrigo Escobar Gil. Recuperado el 13/05/2016 de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5511>.
22. Colombia. CConst. *T-148 de 2008*. MP: Manuel José Cepeda. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-148-08.htm>
23. Colombia. CConst. *C-1186 de 2008*. Recuperado de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-1186-08.htm#_ftn35
24. Colombia. CConst. *T-707 de 2010*. MP: Gabriel Eduardo Mendoza. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-707-10.htm>
25. Colombia. CConst. *C-879 de 2011*. MP: Humberto Antonio Sierra Porto. Recuperado el 13/05/2016 de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-879-11.htm>.
26. Colombia. CConst. *T-455 de 2014*. MP: Luis Ernesto Vargas Silva. Recuperado el 13/05/2016 de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-455-14.htm>.
27. Colombia. CConst. *SU-449 de 2016*. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/SU449-16.htm>
28. Colombia. TACund. 3a, Sub. B, Sent. 18 mayo de 2016, *Jhon Edison Álvarez c. Ejército Nacional*.
29. Colombia. TACund, 3ª, B, SV 18 ene 2017, Mag.: Leonardo Torres, rad.: 2013-309, *Ángel de Jesús Pérez y otro c. Ejército Nacional*.