

Sentencia C-570/19

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Competencia de la Corte Constitucional

CONCEPTO DE VIOLACION EN DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Razones claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes

ORDENES MILITARES

FUERZAS MILITARES-Finalidad primordial

De acuerdo con la Constitución Política de 1991, las Fuerzas Militares (Ejército, Armada y Fuerza Aérea) tienen cuatro finalidades primordiales, a saber, la defensa de (i) la soberanía, (ii) la independencia, (iii) la integridad del territorio y, justamente, (iv) la defensa del orden constitucional (Art. 217, CP). Por tanto, las Fuerzas Militares encuentran su sustento y su razón de ser en una Carta Política que constituye una República democrática, participativa, pluriétnica y multicultural, fundada en el respeto a la dignidad humana y a los derechos fundamentales que de ella se derivan, así como el respeto al ambiente y la naturaleza en general.

DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA-Fundamental

ORDENES MILITARES-Parámetros

REGIMEN DISCIPLINARIO ESPECIAL DE LAS FUERZAS MILITARES-Respeto a la dignidad humana

LIBERTAD DE CONCIENCIA-Evolución del concepto en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

PRINCIPIO DE OBEDIENCIA DEBIDA-Jurisprudencia

OBEDIENCIA DEBIDA-Límites

En conclusión, el principio constitucional de obediencia debida (Art. 91, CP) no implica un

principio de obediencia ciega. Las personas que hacen parte de las Fuerzas Militares no están obligadas a obedecer una orden que implique una violación a los derechos humanos, una infracción al derecho internacional humanitario -DIH-, o al derecho internacional de los derechos humanos, pues, en estricto sentido, bajo el orden constitucional vigente esa no puede ser una orden militar legítima

REGIMEN DISCIPLINARIO ESPECIAL DE LAS FUERZAS MILITARES-Exclusión de responsabilidad

El régimen disciplinario militar vigente contempla la exclusión de responsabilidad, cuando se actuó u omitió un deber para salvar un derecho propio o ajeno al cual deba ceder el cumplimiento del deber, en razón de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad.

OBEDIENCIA DEBIDA-Alcance como exclusión de responsabilidad

Existen pues, varias causales que mostrarían que las personas sí pueden demandar fundamentos de las órdenes castrenses, aun en desarrollo de operaciones militares, o apartarse o modificarlas, sin lugar a responsabilidad disciplinaria. Esto ocurriría si la actuación de subalterno se sustenta (i) en estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal, como lo es el respeto a la dignidad humana. Cuando el subalterno actuó para (ii) salvar un derecho, bien sea propio o ajeno, al cual deba ceder el cumplimiento del deber militar, siempre y cuando haya lugar a esto en razón de la necesidad, la adecuación, la proporcionalidad y la razonabilidad. Incluso, (iii) si una persona erradamente cree que para cumplir la Constitución o proteger la dignidad humana debe desobedecer una orden o cuestionarla, podría alegar la exclusión de su responsabilidad por haber actuado ‘con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria’

POTESTAD LEGISLATIVA PARA ESTABLECER PROCEDIMIENTOS JUDICIALES Y ADMINISTRATIVOS-Alcance

AMPLIA FACULTAD LEGISLATIVA EN MATERIA DE PROCEDIMIENTOS JUDICIALES-Límites/LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA-Regulación de formalidades del debido proceso

No existen en la Constitución parámetros rígidos y fijos que establezcan cuáles deben ser estas actuaciones y cómo se deben llevar a cabo. Lo que sí existe son límites, mínimos básicos, prioridades y acentos que, de acuerdo con la Constitución, deben tenerse en cuenta. En especial cuando se trata de procedimientos que pueden implicar un alto impacto en los derechos de personas que son objeto de especial protección (como los niños y las niñas) o aquellos procedimientos de los cuales depende la protección de caros derechos fundamentales como contar con un mínimo vital ajeno a la pobreza, que asegure una existencia digna, o los procesos de carácter penal o disciplinario que pueden implicar sanciones y graves consecuencias en los derechos de libertad de las personas. En tales casos el grado de intensidad del juicio de constitucionalidad aumenta. El Legislador debe respetar al ejercer el amplio margen de configuración legislativa con el que cuenta, ciertos mínimos constitucionales tales como establecer procedimientos idóneos y efectivos para la determinación legal de derechos y obligaciones; para que las controversias planteadas sean resueltas dentro de un término prudencial y sin dilaciones injustificadas; y para que se decida con el pleno respeto del debido proceso

NOTIFICACION-Finalidad

NOTIFICACION PERSONAL-Conocimiento por una parte o tercero

NULIDAD POR FALTA DE NOTIFICACION-Alegación por persona afectada

TEST DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD-Niveles de intensidad/TEST INTERMEDIO DE RAZONABILIDAD-Alcance

PROCESO-Formas subsidiarias de notificación

DEBIDO PROCESO-Notificación

REGIMEN DISCIPLINARIO ESPECIAL DE LAS FUERZAS MILITARES-Derecho al debido proceso

REGIMEN DISCIPLINARIO ESPECIAL DE LA FUERZA PUBLICA-Observancia principios rectores del código disciplinario único

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA-Notificación por correo electrónico

NOTIFICACION POR CORREO ELECTRONICO-Eventos en que procede

Ahora bien, concretamente, el medio concreto establecido (la regulación procesal específica) consiste en permitir que se utilice el correo electrónico para hacer notificaciones personales pero, (i) si y sólo si, se cuenta con la autorización previa y por escrito, del investigado o de su defensor, (ii) advirtiéndole que se entenderá surtida la notificación en la fecha en que el correo electrónico sea enviado. A juicio del Ministerio de Defensa, esto “implica una doble responsabilidad que recae en los extremos del discurrir procesal”, por “un lado la autoridad competente se obliga para con el procesado e enviarle las comunicaciones o notificaciones por el canal que se autorizó”, pero por el otro lado, “el investigado al extender esta permisión asume el deber de consulta permanente de sus comunicaciones, para que este proceso fluya de forma eficiente y se materialice el llamado principio de publicidad y el del debido proceso”

NOTIFICACION PERSONAL-Mayor garantía del derecho de defensa

EXEQUIBILIDAD CONDICIONAD-Procedencia

Se considera que la norma de notificaciones por correo electrónico, tal y como se encuentra concebida, viola el ejercicio legítimo del amplio margen de configuración legislativa en materia procesal, por buscar un medio imperioso, por un medio que no es efectivamente conducente. De hecho, en procesos que pueden requerir menos protección a la persona procesada por no ser de carácter sancionatorio, el Legislador si ha exigido constancia del efectivo recibo del mensaje electrónico. Por tal motivo se declarará la exequibilidad de la norma acusada pero de forma condicional, esto es, siempre y cuando exista evidencia de que la recepción del mensaje electrónico enviado efectivamente se dio

Referencia: Expediente D-13210

Acción de inconstitucionalidad parcial contra los artículos 76, 153 y 159 de la Ley 1862 de 2017 y el artículo 122 de la Ley 1952 de 2019.

Accionantes: David Mauricio Uribe Marín

Magistrada Ponente:

DIANA FAJARDO RIVERA

Bogotá D.C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las previstas en el artículo 241 (numeral 4) de la Constitución Política y, cumplidos todos los trámites y requisitos contemplados en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

David Mauricio Uribe Marín, en su calidad de ciudadano presentó acción de inconstitucionalidad parcial contra varios artículos de la Ley 1862 de 2017 y el artículo 122 de la Ley 1952 de 2019.[1] La acción fue admitida parcialmente para su estudio por la magistrada Diana Fajardo Rivera.[2] En primer término se resolvió admitir los cargos planteados contra (i) el numeral 19 del artículo 76 de la Ley 1862 de 2017 por violación a la libertad de conciencia; (ii) el inciso final del artículo 153 de la misma Ley, por violación de los derechos al debido proceso y a la defensa y (iii) los artículos 159 de la Ley 1862 de 2017 y 122 de la Ley 1952 de 2019, por violación al debido proceso.[3] En un segundo momento se resolvió admitir el cargo contra el numeral 18 del artículo 76 de la Ley 1862 de 2017, por la presunta violación del derecho a la libertad de conciencia y del artículo 91 de la Constitución. El resto de cargos que habían sido inadmitidos fueron rechazados.[4]

II. NORMA DEMANDADA

A continuación se cita la norma acusada de inconstitucionalidad, subrayando el aparte que se acusa.

Ley 1862 de 2017

“Por la cual se establecen las normas de conducta del Militar Colombiano y se expide el Código Disciplinario Militar”

ARTÍCULO 76o. FALTAS GRAVÍSIMAS. Son faltas gravísimas:

[...]

18. Demandar explicaciones al superior sobre el fundamento de una orden, reconvención u observación, en ejecución o conducción de operaciones militares.

19. Incumplir o cambiar sin autorización las órdenes impartidas por los superiores en ejecución o conducción de operaciones militares.

[...]

ARTÍCULO 153. NOTIFICACIÓN PERSONAL. Se notificarán de manera personal al investigado y al apoderado las siguientes providencias: El auto de apertura de indagación, el auto de citación a audiencia, el auto que niega la práctica de pruebas y los fallos de primera y segunda instancia.

Una vez producida la decisión se citará inmediatamente al disciplinable, por medio eficaz y adecuado, por escrito dirigido a la unidad donde trabaja o a la última dirección registrada en su folio u hoja de vida o a la que aparezca en el proceso disciplinario, con objeto de notificarle el contenido de aquella y hacerle conocer los recursos que puede interponer. Se dejará constancia en el expediente sobre el envío de la citación. Si el interesado no comparece se notificará por edicto.

En caso que el interesado se encuentre en el área de operaciones al momento de surtirse la notificación, esta se realizará por cualquier medio de comunicación y se dejará la constancia correspondiente.

[...]

ARTÍCULO 159. NOTIFICACIÓN PERSONAL POR MEDIOS DE COMUNICACIÓN ELECTRÓNICOS. Las decisiones que deban notificarse personalmente podrán ser enviadas al número de fax o a la dirección de correo electrónico del investigado o de su defensor, si previamente y por escrito hubieren manifestado ser notificados de esta manera. La notificación se entenderá surtida en la fecha que aparezca en el reporte del fax o en que el correo electrónico sea enviado. La respectiva constancia será anexada al expediente.

Ley 1952 de 2019

“Por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario, se derogan la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario”

ARTÍCULO 122. NOTIFICACIÓN POR MEDIOS DE COMUNICACIÓN ELECTRÓNICOS. Las decisiones que deban notificarse personalmente podrán ser enviadas al número de fax o a la dirección de correo electrónico del investigado o de su defensor, si previamente y, por escrito, hubieren aceptado ser notificados de esta manera. La notificación se entenderá surtida en la fecha que aparezca en el reporte del fax o en que el correo electrónico sea enviado. La respectiva constancia será anexada al expediente.

III. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

El accionante considera que las normas legales acusadas son contrarias a la Constitución por las razones que se exponen a continuación.[5]

Para el accionante esas normas son inconstitucionales “porque limitan injustificadamente a los comandantes de unidades que se encuentran desplegadas en desarrollo de operaciones militares”. Luego de hacer relación a otras normas que a su juicio sí son razonables a la luz de la Constitución,[6] por demandar explicaciones, incumplir o cambiar órdenes militares recibidas, se afirma lo siguiente,

“[...] el reparo se hace a las normas [porque] el legislador aumentó la sanción si se demandan explicaciones sobre una orden, o se cambia o incumple una orden –estando en desarrollo de operaciones militares-, tipo disciplinario que sí genera una incompatibilidad de las normas acusadas frente a la Carta Magna. || [...] si un militar se encuentra en ejecución o conducción de operaciones militares, y demanda explicaciones al superior, o incumple o modifica una orden, se puede hacer acreedor a una investigación disciplinaria y como resultado de ella, a una sanción que conduciría al retiro absoluto –destitución del cargo- e inhabilidad general.”

1.1. Para el accionante, la jurisprudencia constitucional ha evidenciado que la Constitución no quiere militares que “obedezcan a ojos cerrados” las órdenes que emitan sus superiores,

“por el grave riesgo que ello representa de que sean enviados a misiones que nada tienen que ver con las misiones constitucionales impuestas a las Fuerzas Militares a través del artículo 217 superior.” A su parecer, la aquiescencia del subalterno hacia la orden parte de que conoce a fondo sus fundamentos (la intención) y ha creado la íntima convicción de que se emitió para dar cumplimiento a la misión constitucional, con apego a esta y a la ley.

1.2. El accionante, luego de hacer referencia a cómo ha evolucionado la doctrina del Ejército Nacional (del Manual de Estado Mayor EJC 3-50 de 2005 y llegando al Manual MFE EJC 5-0 Proceso de Operaciones de 2016), concluye que “la iniciativa disciplinada de los comandantes en los distintos niveles lo único que hace es potenciar la capacidad operacional de nuestras Fuerzas Militares, y que en nada afectan la función pública, el buen servicio o la disciplina.”.[7]

1.3. Concretamente, frente a la libertad de conciencia, se considera que este derecho se desconoce al sancionar tan fuertemente a una persona por demandar el fundamento de una orden, requisito necesario, se alega, para poder establecer si se va a actuar o no en contra de la conciencia. Dice al respecto el accionante,

“[la norma] va en contra de que el militar sea consciente del contenido del mandato que le emite su superior y decida si está de acuerdo o no con sus íntimas convicciones y sus creencias personales, y, sobre la base de ese conocimiento, decida si cumple la orden o no lo hace, cuestión permitida por Ley y la jurisprudencia de la Corte (Sentencia C-431 de 2004). || La libertad de conciencia requiere que la persona haga un examen entre sus propias creencias, convicciones y decida actuar en un sentido u otro. No puede, por tanto, una norma imponer obediencia ciega o desmedida so pena de sancionar a quien no se someta al estricto cumplimiento de las órdenes operacionales, aun si no conoce la finalidad de estas, [...]

[...] Supóngase que quien debe obedecer la orden tiene reservas acerca del verdadero propósito de la misión que le ha sido asignada y decide indagar al respecto con su comandante para poder tomar una decisión informada de si la intención de aquel se ajusta a los mandatos constitucionales, legales y normativos a que debe sujetarse, y está de acuerdo con su conciencia.

Se dice comúnmente en el Ejército Nacional, en la Fuerza Aérea y en la Armada que ‘la

orden se cumple o la milicia se acaba'. También es muy usual que el comandante en distintos niveles jerárquicos cuando el subalterno pregunta sobre algún aspecto que desconoce de la orden, emita como respuesta un grosero 'párese firmes y cumpla la orden' [...] || [...] es menester proteger al subalterno de la arbitrariedad del superior, máxime cuando la arbitrariedad proviene de la misma ley cuando pretende sancionar a un militar por querer informarse acerca del propósito de la misión que recibe."

Cuando a un militar se le da una orden y sabe que es contraria al ordenamiento jurídico o a sus creencias y convicciones, se pregunta el accionante, "¿debe ser obligado a cumplirla so pena de sanción de separación absoluta de las Fuerzas Militares? ¿Dónde queda entonces el mandato constitucional de que 'nadie puede ser obligado a actuar contra su conciencia'? La libertad de conciencia no es un derecho absoluto, sostiene, pero "tampoco puede ser relativizado y sometido al imperio de la ley disciplinaria castrense inadecuadamente redactada. La incompatibilidad normativa se reputa de la norma inferior frente a la norma de normas, y no al contrario, quien debe someterse es la norma inferior, y nunca al contrario."

1.4. En el escrito de corrección de la demanda,[8] el accionante insistió en su argumento en los siguientes términos,

"[...] que el subalterno tiene el derecho y la obligación de enterarse se desprende de la Doctrina Operacional de las Fuerzas Militares. [...] los componentes de un 'Curso de Acción':

Qué: Tipo de acción

Cuándo: Tiempo en que la acción comienza

Dónde: Localización del sector o zona

Por qué: Intención del Comandante

Fíjese [...] que 'el fundamento de un orden' (como elemento estructural del tipo disciplinario del Artículo 76 numeral 18 del Código Disciplinario Militar) equivale al por qué dentro del curso de acción.

En cuanto a la intención del Comandante, es lo que espera lograr el comandante cuando emite su orden. Nunca afirmé en la demanda que se facultara al subalterno a preguntarle a su superior acerca de las motivaciones que tuvo para tomar la orden, sino el resultado que espera obtener con ella.”

1.5. El accionante recuerda que eximirse de responsabilidad por cumplimiento del principio de obediencia debida no es algo automático, por cuanto este principio constitucional, como cualquier otro, no se aplica de manera absoluta. A su parecer, esta norma constitucional es ‘mentirosa’, porque si un subalterno “ejecuta una orden que sabe viola derechos humanos y es ilegal, es tan responsable, penal, disciplinaria y administrativamente como quien la emite. Muchos militares han sido condenados por cumplir órdenes que no debían cumplir, y no pudieron luego decir que el principio de obediencia establecido en la Constitución los eximía de responsabilidad”. El accionante afirma en este punto, además, que habla de esta cuestión como alguien que fue miembro de las Fuerzas y no como alguien ajeno a ellas.[9]

“Una cosa es la obediencia por convicción y creencia en que lo que se ejecuta es por el bien de la sociedad, y otras es que el subalterno cumpla por miedo a que el superior lo investigue disciplinariamente y hasta lo destituya. || Este tema de los mal llamados falsos positivos no lo quise tocar en la demanda inicial, pero ha de saber [la Corte] que muchos de los actualmente procesados o condenados por ellos cayeron en ellos por no preguntar qué era lo que se iba a hacer, y sólo lo supieron cuando ya era tarde para echarse para atrás.”

1.6. El accionante presenta las siguientes peticiones:

“Primera. Se declare la exequibilidad condicionada de la norma [...], en el entendido de que para que esa conducta se tipifique como falta disciplinaria gravísima requiere que contenga el elemento estructural ‘sin tener en cuenta la cortesía militar’ que aparece en el numeral 34 del Artículo 77, in fine, de la Ley 862 de 2017.”

2. Notificación por cualquier medio de comunicación (inciso final del artículo 153 del Código Disciplinario Militar, Ley 1862 de 2017).

Para el accionante, la complejidad de las comunicaciones militares implica que la

notificación personal 'por cualquier medio de comunicación' resulta violatoria del debido proceso del investigado disciplinario, pues el amplio término usado por el Legislador "es omnicomprendivo y puede ser usado con el propósito o con el efecto de vulnerar el debido proceso del investigado". Si una persona es notificada por cualquier medio estando en operaciones, "poco será lo que puede hacer para defenderse [...] es posible que tenga señal de celular para tomar contacto con un abogado, pero si así fuere, para que el abogado pueda adelantar su defensa técnica necesita estar debidamente posesionado como defensor, y para que se le conceda la personería es menester que actúe a través de poder, y para poder ser apoderado se requiere de documento autenticado ante notario".

2.1. El accionante realiza la comparación entre varias disposiciones normativas con la demandada, por considerar que esto "lleva a la conclusión de que se trata de una norma fuera de lugar dentro del contexto en que habita y por entrar en franca contradicción con el espíritu general de la norma continente, de las demás normas procedimentales y de la norma disciplinaria general, y con ello, deberá ser declarada inexecutable y retirada del ordenamiento jurídico." No obstante, advierte que no está haciendo un análisis entre normas de la misma categoría, "sino que la forma propia del juicio disciplinario militar debe sujetarse al proceso disciplinario general, para que sea compatible con la norma superior." Al respecto advierte;

"El derecho a la igualdad establece que las personas nace[n] iguales ante la Ley y no deberán ser discriminadas negativamente por ninguna característica que le sea inherente a la persona. Así como el juicio disciplinario general establece la notificación personal, y no admite la posibilidad de notificación personal a través de cualquier medio de comunicación, tampoco lo puede permitir el Código Disciplinario Militar, porque se vulneraría gravemente el derecho a la igualdad en cuanto al acceso a la justicia. La posibilidad de que un militar acceda efectivamente a defensa material o técnica hace parte del derecho al acceso a la justicia."

2.2. En operaciones militares, los radios son de uso estricto, por lo que no se pueden emplear para que la persona notificada se comuniqué con sus abogados. Aclara que "si una unidad desplegada en operaciones no se reporta durante dos horas seguidas, se activa un protocolo para tratar de ubicar y tomar contacto con la unidad respectiva. Por ello los comandantes deben ser muy cuidadosos en el manejo de los radios y limitarlos a los usos

estrictamente necesarios, so pena de quedarse incomunicados, con las graves consecuencias que ellos puede acarrearle a la unidad.” Está limitada capacidad de comunicación del investigado con un profesional del derecho de su confianza es muy limitada cuando se desarrollan operaciones militares, por lo que, se alega, ello atenta contra “el principio de publicidad material, contra el derecho de defensa técnica y controversia, y con la fijación del momento en que deben empezar a correr términos.”

2.3. El accionante solicita que se declare la inexecutable de la norma contenida en el último inciso del Artículo 153 del Código Disciplinario Militar que permite la comunicación personal por cualquier medio, durante las operaciones militares.

3. Notificaciones personales por medios electrónicos (artículos 159 del Código Disciplinario Militar, Ley 1862 de 2017 y 122 de la Ley 1952 de 2019)

3.1. Luego de hacer un análisis de los elementos de la comunicación y, someramente, de las teorías de la comunicación, se refiere a la norma acusada así: “la falta de precisión en la redacción de la fecha en que debe entenderse surtida una notificación personal es lo que genera el rechazo que presento. Cuando se debe entender surtida una notificación personal a través de correo electrónico es cuando el destinatario accede al mismo, y no cuando el emisor lo envía.” El accionante resalta que de acuerdo con los principios del derecho disciplinario, se puede hacer uso de los medios tecnológicos dentro del proceso, pero respetando las garantías constitucionales.

3.2. Para el accionante no es entendible porque “siendo la norma general aplicable el Código de Procedimiento Administrativo, y que en esa norma la notificación electrónica a través de correo electrónico se entiende surtida cuando el destinatario acceda a la comunicación, y no cuando sea enviada.” Para el accionante debería aplicarse el criterio legal más favorable, en aplicación de principios constitucionales en favor de cualquier trabajador,[10] así como también por razones de progresividad.[11]

3.3. Para el accionante la norma acusada desconoce el sentido mismo de toda notificación personal a la luz del derecho al debido proceso y a la defensa. Al respecto advierte lo siguiente,

“El propósito de la notificación personal es permitir al interesado ejercer su derecho a la

defensa, bien sea material o técnica. Ese es el fin último del debido proceso, garantizar una especie de igualdad entre las exorbitantes capacidades sancionatorias del estado y el destinatario de las normas demandadas. || Por ello, ante la existencia de una norma aplicable anterior y más favorable. Frente a una norma más reciente y desfavorable para los intereses de los disciplinables, debe prevalecer la más favorable. No podría alegarse que las normas demandadas son especiales, mientras que la norma que propongo sea empleada en su lugar se trata de norma general, y que debe aplicarse el principio de que la ley especial deroga a la ley general. || [...] las normas que demando [...] son inconstitucionales porque pretenden establecer un nuevo estándar procedimental en lo atinente a cuándo debe entenderse surtida una notificación a través de correo electrónico. Ello va en contravía del principio de progresividad de los Derechos Humanos y del principio de interpretación pro homine. [...]”

Por eso insistiré en que hay dos momentos: el del envío del correo electrónico y el de la efectiva recepción y acceso del interesado al mismo. A su juicio, “una cosa es que el operador jurídico desde la comodidad de su oficina envíe un correo electrónico con una notificación personal, y otra que el destinatario de la misma tenga acceso a esa notificación, y a partir del acceso a la notificación, pueda hacer uso de su derecho a la defensa material o técnica.” Por eso sostiene que siempre debería existir la constancia de recibido.

3.4. Respecto a por qué se demanda el Artículo 122 de la Ley 1952 de 2019, en conjunto con la norma del Artículo 159 de la Ley 1862 de 2017, se advierte: “un militar debe ser disciplinado bajo la égida de la Ley 1862 de 2017, que establece su Código Disciplinario; pero también puede ser investigado bajo la ritualidad de la Ley 1952 de 2019 en aplicación del poder preferente de la Procuraduría General de la Nación en lo disciplinario. Y resultaría contradictorio que una norma que haya sido declarada inexecutable en la Ley 1862 de 2017 sea aplicada en una eventual investigación que se lleve bajo la Ley 1952 de 2019”.

3.5. Finalmente, se solicita que se declare la inexecutable de las normas contenidas en los artículos 159 y 122 (parcial) de las leyes 1862 de 2017 y 1952 de 2019. Además, que se “declare que la notificación personal a través de correo electrónico debe entenderse surtida en los términos del inciso 3° del Artículo 56 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.”

IV. INTERVENCIONES

1. Ministerio de Defensa Nacional

A través de apoderada (Sandra Marcela Parada Aceros), el Ministerio de Defensa Nacional intervino en el proceso para solicitar que se declaren constitucionales los artículos acusados.[12]

1.1. Según el Ministerio, toda persona que sea militar debe actuar de acuerdo con la Constitución Política, bajo altos estándares morales y de conformidad con parámetros operacionales y técnicos precisos. De esto se desprende

“[...] la disciplina y el entrenamiento exclusivo al que deben ser sometidos los militares, quienes deben potenciar sus destrezas y organizar sus actuaciones de acuerdo a la realidad en la que desarrollan las funciones que tienen a su cargo, en la que se conjugan principios de respeto por la vida y los derechos de las personas, lo cual se manifiesta de manera inescindible en conflictos y tensiones, presionando al máximo el equilibrio emocional y los principios fundamentales de la organización militar; la obediencia, el honor y la disciplina.”

1.2. Con relación al artículo 19, se considera que la norma debe ser entendida en el contexto de las operaciones militares:

“Toda operación militar obedece a un planteamiento, a fin de no dejar nada a la improvisación que pueda ocasionar resultados inesperados que conlleven a asumir responsabilidades innecesarias, todo ello, deviene de las amargas lecciones aprendidas que han quedado del largo conflicto armado que ha venido viviendo Colombia por muchas décadas. || A su vez, toda decisión final que se adopte por un Comandante está precedida de un proceso ordenado, lógico, sincronizado y continuo que contiene un análisis estratégico que obedece a la respuesta de unos interrogantes: ¿qué?, ¿quién?, ¿cómo?, ¿cuándo?, ¿cuánto?, ¿por qué?; de ello se generan las órdenes de operaciones, las cuales son documentos escritos que contienen información completa, entendible y que ha sido verificada previamente con el fin de minimizar los errores en la ejecución, elevando así la integridad de las tropas y la eficiencia operacional.

Bajo este criterio es que debe entenderse y concebirse la norma demandada, recuérdese que el hecho de emplear armas de fuego implica una responsabilidad descomunal porque están en juego las vidas humanas de las propias tropas, del enemigo y de la comunidad en general.”

En cualquier caso, afirma el Ministerio de Defensa, no se puede entender que el deber de obediencia que exija el Código Disciplinario Militar sea ciego. Esta disposición “permite en todo caso que quien pretenda objetar en conciencia el cumplimiento de una orden pueda abstenerse efectivamente de cumplirla porque no es cierto, recuérdese que la misma Corte en Sentencia C-551 de 2001, señaló que la obediencia debida estaba proscrita y máxime si se trata del cumplimiento de órdenes militares donde lo que está en juego es el derecho fundamental a la vida”.

1.3. Con relación a la posibilidad de notificar por cualquier medio, cuando el interesado está en operaciones militares (artículo 153, Código Disciplinario Militar), se considera que la norma debe ser interpretada en contexto y que lo que busca, por el contrario, es garantizar el goce efectivo del derecho al debido proceso y por consecuencia a la defensa. Al respecto se sostiene,

“El alcance de la norma atacada no debe tomarse descontextualizada del resto del artículo 153 que la contiene porque el legislador lo que quiso entrañar es que sin importar las circunstancias laborales en que se encuentre el investigado, el Estado debe garantizar el principio de publicidad de todas las actuaciones procesales, poniendo en conocimiento y de manera personal las providencias allí contenidas, verbigracia el auto de apertura de indagación, el auto de citación a audiencia, el auto que niega la práctica de pruebas y los fallos de primera y segunda instancia. || [...] se busca es poner en conocimiento de primera mano las resultas del proceso, aún en situaciones que ofrecen dificultad geográfica como la que se esgrime en postulado disciplinario, es decir, en el teatro de operaciones o lugar donde tiene lugar el desarrollo de las mismas.”

1.4. Con relación a la posibilidad de notificar por correo electrónico, teniendo como fecha de la notificación el día de la remisión del mensaje, se advierte que no puede haber violación al debido proceso por cuanto esta situación sólo puede ocurrir si el investigado así lo ha autorizado. Dice al respecto,

“[...] dentro del mismo Artículo 159 [acusado], el legislador previó como una forma práctica, la notificación personal por medios de comunicación electrónicos en congruencia con los avances tecnológicos de la actualidad, pero con la anuencia anticipada y expresa del investigado, lo que implica una doble responsabilidad que recae en los extremos del discurrir procesal. || Por un lado la autoridad competente se obliga para con el procesado e enviarle las comunicaciones o notificaciones por el canal que se autorizó, pero por el otro, el investigado al extender esta permisión asume el deber de consulta permanente de sus comunicaciones, para que este proceso fluya de forma eficiente y se materialice el llamado principio de publicidad y el del debido proceso.”

1.5. Finalmente, aunque no se dan razones específicas y concretas de por qué se ha de llegar a tal conclusión, se afirma que “debe declararse inhibida por ineptitud sustantiva de la demanda por ausencia de los requisitos de claridad, certeza, pertinencia y suficiencia en los cargos de inconstitucionalidad.”

2. Fuerzas Militares

A través del Comandante General de las Fuerzas Militares, General Luis Fernando Navarro Jiménez, se intervino en el proceso de la referencia para defender la constitucionalidad de las normas acusadas.[13]

2.1. Luego de advertir que constitucionalmente se dispone un régimen disciplinario propio para las Fuerzas Militares,[14] se resaltó que ‘orden militar’ no es cualquier orden que se imparta; constitucional y legalmente existen unos requisitos para que una orden se considere militar y sea sujeta a ser asegurada su implementación a través de un régimen disciplinario estricto. Para la intervención, dentro del marco de disciplina propio de las Fuerzas del Estado,

“[...] las órdenes militares que son impartidas por los superiores a sus subalternos deben cumplir determinados requisitos para su acatamiento (Art. 9, Ley 836 de 2003), a saber, que sea ‘legítima, lógica, oportuna, clara, precisa, concisa y relacionada con el servicio o función’ (subrayado fuera del texto original). Así, las órdenes necesariamente se deben relacionar con la función que el militar está llamado a cumplir como servidor público, y en esta condición está sometido a lo que en materia de responsabilidad prescribe el artículo 6° de la Constitución Política, de acuerdo con el cual los servidores públicos serán

responsables no sólo por ‘infringir la Constitución y las Leyes’ sino también por la ‘omisión o la extralimitación en el ejercicio de sus funciones’ (subrayado fuera del texto original).

Aunado a lo anterior, la misma Constitución Política, en sus artículos 122 y 123, consagra que ‘ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben’ ya que están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la Ley y el Reglamento, ante lo cual se resalta la importancia de las disposiciones contenidas en el régimen disciplinario [...]

Para la intervención de las Fuerzas Militares, por tanto, la cuestión de constitucionalidad se centra en un aspecto específico: “el problema que se presenta es la contraposición entre una orden legítima que el militar está obligado a cumplir y el derecho fundamental que tiene a la ‘libertad de conciencia’ consagrado en el artículo 18 de la Constitución Política”. Además, se sostiene, el Legislador sí contempló la excepción al cumplimiento de un deber militar por respeto a algún derecho fundamental al proscribir toda forma de responsabilidad objetiva y establecer como una de las causales de exclusión de responsabilidad disciplinaria ‘salvar un derecho propio o ajeno al cual deba ceder el cumplimiento del deber, en razón de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad’. (Arts. 53 y 86.4, Código Disciplinario Militar, respectivamente).

2.2. En cuanto a la posibilidad de realizar notificaciones personales por cualquier medio, como lo establece la segunda de las normas acusadas (Art. 153 del Código Disciplinario Militar), la intervención sostiene que la norma lejos de violar los derechos fundamentales lo que hace es protegerlos y garantizar la posibilidad de una mejor defensa de las personas militares investigadas, por permite una comunicación efectiva y evita tener que recurrir a otros medios de notificación más lesivos de los derechos del investigado. Dice al respecto,

“Como ya se indicó, este acto procesal lo que busca es garantizar esencialmente el principio de publicidad de las providencias proferidas en el transcurso de la actuación disciplinaria y por ende el debido proceso, siendo aún más relevante el conocimiento por parte de los sujetos procesales de las decisiones identificadas en el citado artículo 153. Sin embargo, se debe distinguir entre la obligación de hacer conocer íntegramente dichas

decisiones y que no se permita el ejercicio de los derechos de contradicción y defensa derivados de dicho conocimiento, máxime cuando se trata de personal que se encuentra en el 'área de operaciones', pues la finalidad del inciso demandado es precisamente la de garantizar aún más la materialización del mencionado principio, ya que de lo contrario y al no poder realizar al acto de la notificación personal, el operador disciplinario debería acudir a otro tipo de notificaciones subsidiarias como el edicto, lo que conllevaría a una desigualdad en relación con los investigados que se encuentran comprometidos en el 'área de operaciones', pues se estaría desconociendo la especial situación en que éstos se hallan en razón del cumplimiento de sus funciones de índole legal, generándoles así una carga que no deberían estar llamados a soportar.

Por otra parte, no hay que perder de vista que el legislador estableció mecanismos alternativos para que el personal que se encuentra en el 'área de operaciones', si es su deseo, pueda ejercer efectivamente sus derechos de contradicción y defensa. En efecto, el investigado tiene la posibilidad de pedir permisos especiales (Art. 33, Código Disciplinario Militar) a sus superiores para dejar el área en donde se encuentran; también cuenta con la opción de intervenir en la práctica de pruebas valiéndose de los 'medios electrónicos o de comunicaciones' (Art. 180, Código Disciplinario Militar), y que en 'los casos que el investigado no tenga la oportunidad de concurrir personalmente o se dificulte su presencia en el lugar donde se realizara la audiencia, esta se podrá adelantar a través de cualquier medio electrónico o tecnológico (Art. 236, Código Disciplinario Militar)."

2.3. A juicio de la intervención no se viola tampoco la Constitución con una norma que busca, justamente, introducir la posibilidad de comunicación mediante medios electrónicos y asegurar el derecho al debido proceso y a la defensa, cuando así lo quiere el propio investigado. Se dice al respecto,

"El legislador está facultado para establecer los procedimientos [...], siendo así que el régimen disciplinario especial para las Fuerzas Militares tampoco podría ser ajeno a la realidad de los avances tecnológicos en materia de las comunicaciones, razón por la cual se introdujo en el artículo 159 de la Ley 1862 de 2017 la notificación personal por medios de comunicación electrónicos', que está condicionada a la observancia de dos (2) requisitos esenciales para su procedencia: (i) la autorización previa y por escrito del investigado o de su defensor de ser notificados de esta forma; y (ii) la constancia de envío del correo

electrónico.

Conforme a lo anterior, los sujetos procesales previamente y de forma voluntaria han autorizado la aplicación de esta clase de procedimiento, que ha sido previsto por el legislador con el fin de que los mismos puedan acceder en una forma más ágil a las decisiones que el funcionario competente ha proferido dentro de la actuación disciplinaria, ante lo cual no se pueden desconocer los deberes de la administración de cumplir con los requisitos señalados en la citada disposición y la diligencia del interesado en revisar el correo electrónico suministrado para el cumplimiento del tal actuación, máxime en los casos en que el investigado ni siquiera ha manifestado a la autoridad competente su deseo de que no se le continúe notificando por dicho medio electrónico, no debiéndose supeditar la administración al reporte de su lectura para poder continuar con la actuación procesal.”

3. Instituto Colombiano de Derecho Procesal

El Instituto, a través de uno de sus miembros (Jason Alexander Andrade Castro), participó en el proceso de la referencia para defender ante la Corte la exequibilidad condicionada del numeral 18 del artículo 76 del Código Disciplinario Militar (Ley 1862 de 2017), así como la exequibilidad simple del numeral 19 del mismo artículo. También solicitó la inexequibilidad del inciso final del artículo 153 del Código (Ley 1862 de 2017), y la exequibilidad condicionada de los artículos 159 de la misma Ley y 122 de la Ley 1952 de 2019 (Código General Disciplinario).

3.1. El Instituto considera que la norma no tiene que ser entendida de forma tan radical como lo plantea el accionante. Si bien el texto de la norma puede permitir esa lectura, el marco constitucional y legal en el que esta se encuentra no debería llevar a tal lectura. En todo caso, considera prudente una exequibilidad condicionada para que tal parámetro no se omita en la práctica.[15]

3.2. A su parecer, el numeral 19 de la Ley 1862 no resulta contraria al ordenamiento constitucional “en tanto, como ocurre con el precepto atrás analizado, comporta una concreción, en el nivel legislativo, de la previsión contenida en el artículo 91 de la Carta.”[16]

3.3. Ahora bien, con relación a la notificación por cualquier medio de comunicación en áreas de operaciones militares, contemplada en el último inciso del artículo 153 acusado, el Instituto considera en su intervención que esta norma sí es contraria a la Constitución Política, por cuanto no se garantiza efectivamente la capacidad de respuesta del investigado, una vez notificado. Así, el haber sido notificado se termina convirtiendo en una desventaja procesal.[17]

3.4. Finalmente, también sostiene la intervención que los artículos 159 y 122 acusados, de los códigos disciplinarios Militar y General, respectivamente, violan el derecho al debido proceso, por cuanto entienden que se ha notificado personalmente una actuación procesal, cuando en realidad no se tiene certeza de que ello haya ocurrido.[18]

4. Intervención de la ciudadana

Laura Camila Ante Peña participó en el proceso de la referencia para acompañar la demanda en la solicitud de inconstitucionalidad del artículo 18 de la Ley 1862 de 2017. Luego de referirse a la jurisprudencia constitucional, en especial a la Sentencia T-409 de 1992, advierte que la norma, “[...] al tratarse del desconocimiento de los fundamentos de la orden emitida por el superior, condicionan al miembro de la fuerza militar que deba cumplirla, puesto que no tendrá plena conciencia o certeza de si dicha orden viola algún derecho fundamental intangible de alguna persona y podrías realizar el daño aun cuando pudo haberlo evitado por tanto se entendería que actúa con dolo.”[19]

V. PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

El Procurador General de la Nación solicitó[20] la exequibilidad de las expresiones legales acusadas de los numerales 18 y 19 del artículo 76 del Código Disciplinario Militar (Ley 1862 de 2017); inexecutable el inciso tercero del artículo 153 del mismo Código, y la exequibilidad condicionada de los apartes demandados del artículo 159 del mismo Código y del artículo 122 del Código General Disciplinario (Ley 1952 de 2019).

1. En primer lugar advierte que en el caso de los numerales 18 y 19 del artículo 76 acusado, “la tipificación [...] se justifica en el altísimo impacto que tendría pedir explicaciones, incumplir o cambiar la orden dada por el superior al ejecutar la táctica militar ordenada, pues ello afectaría directamente el servicio público encomendado a las Fuerzas Militares, y

por esa misma vía, podría en peligro la seguridad e intereses de las personas. Por ello, la sanción para esas conductas es la separación absoluta e inhabilidad general.”[21] No obstante, recuerda que las órdenes ilegítimas no son órdenes en estricto sentido y, por tanto, no implican el deber de ser cumplidas. Con relación a la objeción de conciencia se advierte,

“Figuras como la objeción de conciencia a la que acude el demandante, la cual eventualmente aplicaría como una causal para eximirse de la obligación de prestar servicio militar obligatorio, adquiere otra dimensión cuando se han elegido las filas como opción de vida, pues las libertades individuales han de ceder y priorizar la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional, y como se expuso, tienen como único límite la libertad de conciencia del subordinado, el cual a su vez se constituye en límite a la discrecionalidad de quien manda, la cual no es absoluta, conciliando así el sano criterio de la disciplina inherente a los cuerpos armados con la real aplicación de los derechos.”

2. Con relación a la notificación al investigado que se encuentre en el área de operaciones, el que la notificación personal se realice ‘por cualquier medio de comunicación’ como lo consagra el inciso atacado, “significaría el absurdo de que este sujeto procesal no tendría certeza de la forma en que se le comunicaría la providencia proferida por la autoridad disciplinaria”, lo que a su juicio implica violar el núcleo esencial del derecho al debido proceso y del principio de legalidad fruto del indeterminado vocablo ‘cualquier’. A su parecer, “parecería también que el inciso confunde términos como notificación y comunicación, olvidando que este último nunca suplirá el acto de notificación, confusión que nuevamente vulnera el derecho fundamental contenido en el artículo 29 superior.” Para el Procurador la ritualidad de la notificación en otras codificaciones sirve para garantizar la dignidad humana, la favorabilidad penal y disciplinaria, la presunción de inocencia y el derecho a la defensa y contradicción. Por ello, solicita la inexecutable del artículo 153 del Código Disciplinario Militar.

3. Finalmente, el Procurador solicita la exequibilidad condicionada de las normas que permiten la notificación electrónica por los siguientes motivos. Para el Procurador, “al acudir a la notificación por medios electrónicos, es la administración quien debe certificar el acuse de recibo del mensaje electrónico con el que envía el acto administrativo a notificar,

certificación que debe contener la fecha y hora en que el derecho al debido proceso, a la defensa y a la contradicción, pues a partir de allí inicia el conteo de los términos procesales.” A su juicio, esa interpretación que se presenta es similar a la que se ha dado con relación a la notificación por correo, “la cual se entendía surtida en la fecha de introducción al correo, expresión que fue declarada inexecutable por la Corte pues resultaba contrario al principio de publicidad y al debido proceso tener por surtida la notificación con la sola introducción al correo del acto a notificar y sin tener en cuenta si había sido o no efectivamente recibido por el destinatario (Sentencia C-341 de 2014).” Por lo dicho, considera que las normas demandadas impiden garantizar el derecho al debido proceso, “pues el conteo de términos inicia desde la fecha de envío del mensaje de datos, el investigado no tiene manera alguna de conocer ese momento”. Por tal razón, solicita que se declaren exequibles estas dos últimas normas, pero en el entendido de que “la notificación electrónica debe entenderse surtida a partir de la fecha en que el administrado acceda al acto administrativo, fecha y hora que deberá certificar la administración.”

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia y cuestiones previas

1.1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4º, de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir definitivamente sobre las demandas de inconstitucionalidad contra normas de rango legal como las acusadas.

1.2. La acción de inconstitucionalidad es apta para ser analizada por la Corte Constitucional

Contrario a lo señalado por el Ministerio de Defensa en su intervención, la Corte considera que la acción presentada si puede ser conocida por los cargos respecto de los cuales fue admitida. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional los cargos aceptados para ser resueltos son aptos, por cuanto cumplen con los mínimos requisitos que se reclaman a una acción de inconstitucionalidad.[22]

1.2.1. Primero, se identifica las normas legales que son objeto de la demanda (los apartes

respectivos de los artículos 76, 153 y 159 del Código Disciplinario Militar (Ley 1862 de 2017) y del artículo 122 del Código General Disciplinario (Ley 1952 de 2019). Segundo, se identifican las normas constitucionales que estarían siendo violadas (la libertad de conciencia -Art. 18, CP-, el principio de obediencia debida -Art. 91, CP-; el derecho al debido proceso y a la defensa -Art. 91, CP-). Tercero, se dan las razones por las cuales se considera que tales normas legales desconocen los artículos constitucionales citados. Las razones son claras, ciertas, pertinentes, específicas y suficientes.

1.2.2. Las razones presentadas por el accionante son claras, son inteligibles, pueden ser comprendidas. Las razones son ciertas, cuestionan normas legales que se pueden implicar de los textos legales cuestionados. El numeral 18 del artículo 76 del Código Disciplinario Militar en efecto sanciona con falta gravísima el ‘demandar explicaciones’ sobre el fundamento de una orden militar en ‘ejecución o conducción de operaciones militares’ sin otro tipo de precisión o calificación, al igual que el numeral 19 del mismo Artículo establece el mismo tipo de sanción al ‘incumplir o cambiar sin autorización’ una orden en las mismas condiciones, sin ningún otros tipo de aclaración o precisión. El artículo 153 del Código Disciplinario Militar en efecto da la posibilidad de notificar, por cualquier medio a una persona militar cuando está en el área de operaciones. Y los artículos 159 del mismo Código y 122 del Código General Disciplinario, en efecto establecen que la notificación se entiende surtida en la fecha que se envía el mensaje de correo electrónico, cuando tal es el medio que se usa. Las reglas legales acusadas no son presupuestas por el accionante, surgen de los textos legales acusados.

Las razones son específicas, en tanto muestran de qué manera cada una de las normas acusadas desconocería cada una de las normas constitucionales invocadas. En el primer caso (Art. 18 acusado), las amplias sanciones disciplinarias por demandar el fundamento de una orden o por incumplirla o cambiarla, afectarían el derecho fundamental de toda persona a poder actuar de acuerdo a su conciencia, además de dificultar el cumplimiento del deber de obediencia, al no poder conocer el fundamento de la orden dada. En el segundo caso (numeral 19 del artículo 76 acusado), se muestra que se afectaría el derecho a la libertad de conciencia sí, en cualquier caso, se puede sancionar a una persona por incumplir o modificar una orden sin autorización previa en desarrollo de operaciones militares. En cuanto a las normas de carácter procedimental también se muestra de qué forma la norma específicamente estaría desconociendo el derecho al debido proceso y a la

defensa. En cuanto al artículo 153 acusado, advierten que la posibilidad de notificar más prontamente a las personas investigadas a través de cualquier medio, no garantiza el derecho al debido proceso, por cuanto la posibilidad de respuesta que va a tener el investigado desde el área de operaciones será limitada. Finalmente, respecto de los artículos 159 del Código Disciplinario Militar y el 122 del Código General Disciplinario, se expone que las normas entienden que la notificación personal se da en el momento en el cuál se envía el mensaje de correo electrónico pero no cuando efectivamente la persona lo recibe y, en estricto sentido se notifica.

Las razones son pertinentes constitucionalmente, pues se alega la violación de derechos o principios de carácter constitucional, a saber, la libertad de conciencia, el debido proceso, el derecho a la defensa y el principio de obediencia debida; todos estos aspectos de rango constitucional (Arts. 18, 29, 91, CP, respectivamente). Y también son suficientes, en tanto permiten contrastar los textos normativos acusados con la Constitución. Resueltos estos asuntos procedimentales previos, pasa la Sala a analizar el fondo de la cuestión propuesta.

2. Problema jurídico

Teniendo en cuenta la acción de inconstitucionalidad que ha sido presentada y su escrito de corrección, así como las intervenciones allegadas al proceso y el concepto de la Procuraduría General de la Nación, la Sala considera que debe responder dos grupos de problemas jurídicos, a propósito de los cargos presentados. El primero, referente a las condiciones de aplicación de las órdenes militares, y el segundo grupo, referente a las formas de notificación personal de las actuaciones de los procesos disciplinarios militares.

2.1. El primer grupo de problemas jurídicos, relativos al acatamiento de las órdenes militares son los siguientes:

2.1.1. ¿Viola el Legislador la libertad de conciencia (Art. 18, CP) al sancionar como falta gravísima (con la eventual salida de la institución castrense) el ‘demandar explicaciones al superior sobre el fundamento de una orden’, en ejecución o conducción de operaciones militares, o cuando la orden en tales condiciones se incumple o se cambia sin autorización, a pesar (1) del concepto mismo de orden militar que exige que sea legítima y (2) del

régimen disciplinario que contempla la exclusión de responsabilidad, cuando se actuó así para salvar un derecho propio o ajeno al cual deba ceder el cumplimiento del deber, en razón de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad?

2.2.2. ¿Al sancionar como falta gravísima demandar las explicaciones sobre el fundamento de una orden en el área de operaciones, viola el Legislador, el principio de obediencia debida (Art. 91, CP), a pesar del concepto de orden militar y del régimen de exclusión de responsabilidad disciplinaria?

2.2. El segundo grupo de problemas jurídicos a los que hay que dar respuesta, se refieren a la regulación de la notificación personal en el contexto de los procesos disciplinarios militares. A saber:

2.2.1. ¿Viola el Legislador el derecho al debido proceso y a la defensa de una persona de las Fuerzas Militares investigada disciplinariamente, al permitir que la notificación del proceso disciplinario se haga 'por cualquier medio de comunicación' cuando se encuentra en el área de operaciones y puede que no tenga la posibilidad de reaccionar en su defensa, a pesar de que es una medida que busca garantizar que se dé efectivamente la notificación personal y que no se tenga que recurrir a algún otro medio de notificación menos garantista de los derechos?

2.3. Algunas de las cuestiones que plantean los problemas jurídicos señalados ya han sido tratados en el pasado por la jurisprudencia constitucional. En consecuencia, se pasará a presentar las reglas constitucionales aplicables en cada caso, para luego resolver cada uno de los problemas.

3. La sanción disciplinaria de demandar fundamentos de una orden militar, así como incumplirla o modificarla sin autorización, en ejecución o conducción de operaciones militares

Los dos primeros problemas jurídicos que debe analizar la Corte, se refieren a la aplicación de las órdenes militares. Para tal efecto, se hará referencia en primer término a las reglas y a los parámetros constitucionales aplicables, para luego pasar a determinar si éstas son o no constitucionales.

3.1. Aspectos constitucionales relevantes al caso sobre el principio de obediencia debida y la libertad de conciencia en el contexto de las Fuerzas Militares

3.1.1. De acuerdo con la Constitución Política de 1991, las Fuerzas Militares (Ejército, Armada y Fuerza Aérea) tienen cuatro finalidades primordiales, a saber, la defensa de (i) la soberanía, (ii) la independencia, (iii) la integridad del territorio y, justamente, (iv) la defensa del orden constitucional (Art. 217, CP). Por tanto, las Fuerzas Militares encuentran su sustento y su razón de ser en una Carta Política que constituye una República democrática, participativa, pluriétnica y multicultural, fundada en el respeto a la dignidad humana y a los derechos fundamentales que de ella se derivan, así como el respeto al ambiente y la naturaleza en general.[23] Para lograr tal propósito, y por razones históricas del constitucionalismo colombiano, el fin de proteger el sistema político de la república supone, entre otros sacrificios, una restricción importante de los derechos políticos propios.[24]

3.1.2. Le asiste por tanto la razón el Comandante General de las Fuerzas Militares cuando defiende el carácter constitucional de éstas. Bajo el orden constitucional vigente, como se dijo, las Fuerzas Militares tienen un lugar central y definitivo para lograr preservar el imperio de la Constitución y, ante todo, el de la dignidad humana. Por supuesto, para lograr tal propósito, se requiere un orden legal que dé fundamento a un poder militar cimentado, justamente, en los valores constitucionales. Eso es lo que ocurre precisamente con el Código Disciplinario Militar, como a continuación se evidencia.

3.1.2.1. El primer aspecto a resaltar es que el artículo 1° de las normas de conducta del Militar Colombiano que preceden al Código Disciplinario Militar (Ley 1862 de 2017) establece que el deber fundamental de toda persona que sea militar es, “por su honor, la disposición permanente para defender a Colombia, incluso con la entrega de la propia vida cuando sea necesario, cumpliendo la Constitución Política, las leyes y los reglamentos, respetando los preceptos, principios, valores y virtudes inherentes a la carrera militar.”[25] Esto es, el actuar de toda persona que hace parte de la milicia debe tener como parámetro fundamental la Constitución Política, la cual se funda en la dignidad humana. Ahora bien, ¿qué implica la defensa de Colombia? De acuerdo con la Constitución Política, Colombia es un Estado social de derecho, que está organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, y que, además, es

democrática, participativa y pluralista, y está fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general (Art. 1º, CP). Defender a Colombia, por tanto, es defender a este particular Estado social de derecho. El Código Disciplinario Militar insiste en la cuestión al establecer que el comportamiento militar se ajustará a la disciplina militar, entre otros parámetros,[26] y definirla como “el conjunto de normas de conducta que el militar debe observar en el ejercicio de su carrera, condición esencial para la existencia de las Fuerzas Militares”[27] Ahora bien, la condición militar se sustenta en el acatamiento de la Constitución Política de Colombia.[28] Esta idea de tener como centro la Constitución Política y, por tanto la dignidad humana, se constata al tener en cuenta que el Artículo 1º del Código General Disciplinario establece la dignidad humana como concepto fundamental.[29] Un valor fundante del Derecho Disciplinario Militar que ya había sido contemplado por el Legislador en el pasado.[30]

3.1.2.2. De acuerdo con el Código Disciplinario Militar (Art. 9), una ‘orden militar’ es la manifestación “externa del superior con autoridad que se debe obedecer, observar y ejecutar”; la norma advierte que la orden debe ser (i) ‘legítima’, (ii) ‘lógica’, (iii) ‘oportuna’, (iv) ‘clara’, (v) ‘precisa’, (vi) ‘concisa’ y (vii) ‘relacionada con el servicio o función’. El Código Disciplinario Militar (Art. 10) especifica que una orden es ilegítima cuando [a] “excede los límites de la competencia” o [b] “conduce manifiestamente a la violación de la Constitución Política, la ley, las normas institucionales o las órdenes legítimas superiores.”

3.1.2.3. Ahora bien, cuando el Código Disciplinario Militar establece las normas a seguir frente a la disciplina militar (Art. 15) fija una serie de parámetros relevantes al análisis que se hace. En efecto, con relación a cómo debe ser el cumplimiento de las órdenes, se indica que se hará “en forma adecuada” y “dentro de las atribuciones que le correspondan”, atendiendo “los requerimientos que reciba de un militar superior referentes a las disposiciones y normas generales de orden y comportamiento”.[31] (i) La responsabilidad en la obediencia no se plantea de forma ciega, de hecho se advierte expresamente que “en el cumplimiento de las órdenes debe esforzarse en ser fiel a los propósitos del mando” y esto se ha de hacer “con responsabilidad” y a la vez con “espíritu de iniciativa”. (ii) El Código reconoce las contingencias que se pueden presentar, por lo que advierte que “ante lo imprevisto” se deberá tomar “una decisión coherente con aquellos propósitos y con la

doctrina militar.”[32] (iii) También se plantean cuáles son los ‘límites a la obediencia’ advirtiendo que “si las órdenes entrañan la ejecución de actos constitutivos de delito, el militar no estará obligado a obedecerlas”, y haciendo énfasis que, “en todo caso asumirá la grave responsabilidad de su acción u omisión”. (iv) Adicionalmente, el Código Disciplinario Militar resalta que hay lugar a que se dé una ‘objeción sobre las órdenes recibidas’; expresamente se prevé que una persona en la milicia, “en el supuesto de que considere su deber de presentar alguna objeción a la orden recibida, la formulará respetuosamente ante quien se la hubiera dado, dando cumplimiento a la orden.”[33]

3.1.2.4. El Código Disciplinario Militar no es una política legislativa nueva. Desde que la Constitución de 1991 fue expedida, las Fuerzas Militares han tenido diversos procesos de transformación y adecuación de sus estructuras a los nuevos retos que la Carta Política les impuso. Parte de esas transformaciones supusieron que el Legislativo adecuara el viejo marco legal al orden constitucional que en ese momento surgía.[34]

3.1.3. Esta posición establecida por el Legislador coincide con la jurisprudencia constitucional, que ha sostenido que bajo el orden constitucional vigente el principio de obediencia debida propio de las Fuerzas Militares no puede ser entendido o equiparado a una suerte de principio de obediencia ciega, en el cual la persona que es miembro de las Fuerzas Militares pierda todo tipo de criterio y de autonomía.

3.1.3.1. La protección de la libertad de conciencia de toda persona es uno de los elementos estructurales de la dignidad humana y, por tanto, de los fines esenciales de todas las instituciones del Estado. En efecto, en una posición jurisprudencial ampliamente reiterada, la Corte indicó que “el referente concreto de la dignidad humana está vinculado con tres ámbitos exclusivos de la persona natural: la autonomía individual (materializada en la posibilidad de elegir un proyecto de vida y de determinarse según esa elección), unas condiciones de vida cualificadas (referidas a las circunstancias materiales necesarias para desarrollar el proyecto de vida) y la intangibilidad del cuerpo y del espíritu (entendida como integridad física y espiritual, presupuesto para la realización del proyecto de vida).”[35] En tal perspectiva, el que nadie sea molestado en razón a sus convicciones o creencias, ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar en contra de su conciencia, es uno de los aspectos centrales de la dignidad humana. De hecho, se insiste, en el contexto del derecho disciplinario militar, la dignidad humana es un principio fundante.[36]

3.1.3.2. Una de las primeras intervenciones jurisprudenciales de la Corte Constitucional en defensa de la libertad de conciencia y de las creencias religiosas (sean cuales sean estas, sin importar si se trata de un culto reconocido o no, o si se trata de ausencia de creencias religiosas de distinto tipo, como, por ejemplo, el ateísmo o el agnosticismo), fue la declaratoria de inconstitucionalidad de normas del Concordato entre Colombia y la Iglesia Católica (1973) porque (i) limitaba “el derecho fundamental a la libertad de cultos y de religión que tienen los militares en servicio activo de las fuerzas armadas” y (ii) implicaba “una discriminación frente a las demás creencias e iglesias que existen en Colombia” [C-027 de 1993].[37]

3.1.3.3. Una de las primeras ocasiones en que la Corte Constitucional se tuvo que pronunciar sobre el principio de obediencia debida en las Fuerzas Militares (Art. 91, CP) fue en el año 1995, a propósito de la revisión de oficio de constitucionalidad de la Ley aprobatoria del PROTOCOLO ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA DEL 12 DE AGOSTO DE 1949, RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS SIN CARÁCTER INTERNACIONAL (PROTOCOLO II)”, hecho en Ginebra el 8 de Junio de 1977.[38]

El artículo 4º del tratado ordena una protección general a los no combatientes y consagra una serie de prohibiciones absolutas, que pueden ser consideradas el núcleo esencial de las garantías brindadas por el derecho internacional humanitario. La Corte consideró, por ejemplo, que el numeral 1º prohíbe ordenar que no haya supervivientes; el numeral 2º literal a) señala que están prohibidos ‘los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en particular el homicidio y los tratos crueles tales como la tortura y las mutilaciones o toda forma de pena corporal’. Los literales b), c), d) y f) de ese mismo numeral proscriben los castigos colectivos, la toma de rehenes, los actos de terrorismo, el pillaje, y la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas. Igualmente, el literal e) excluye ‘los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor’. Finalmente, el literal h) prohíbe la amenaza de realizar cualquiera de estos actos mencionados. La Corte concluyó en la Sentencia C-225 de 1995 que estas prohibiciones encuentran perfecto sustento constitucional, pues “no sólo armonizan con los principios y valores de la Carta, sino que incluso prácticamente reproducen disposiciones constitucionales específicas. Así, los mandatos de los literales a) y e) coinciden con la protección a la dignidad y a la vida, y la prohibición de la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes establecidos por la Carta (CP arts. 11 y 12). Y, el literal f) sobre

la esclavitud es prácticamente idéntico al artículo 17 de la Constitución.”[39] Dijo al respecto,

“[...] no se puede interpretar el artículo sobre la obediencia militar debida (CP art. 91) en forma aislada, sino que es necesario determinar su sentido de manera sistemática. Es pues necesario poner en relación este principio con los otros principios, derechos y deberes consagrados por la Carta, y en particular se requiere armonizar su alcance con las obligaciones mínimas impuestas a las partes en conflicto por el derecho internacional humanitario con el fin de proteger, en todo momento, la dignidad y la integridad de la persona humana, puesto que la obediencia militar no puede ser ciega frente a órdenes claramente contrarias a estos valores. [...]

[...] una conclusión se impone: no se puede invocar la obediencia militar debida para justificar la comisión de conductas que sean manifiestamente lesivas de los derechos humanos, y en particular de la dignidad, la vida y la integridad de las personas, como los homicidios fuera de combate, la imposición de penas sin juicio imparcial previo, las torturas, las mutilaciones o los tratos crueles y degradantes. Esta conclusión no sólo deriva de la importancia de estos valores en la Constitución colombiana y en el derecho internacional humanitario sino que, además, coincide con lo prescrito por otros instrumentos internacionales en la materia que obligan al Estado colombiano. [...]”[40]

3.1.3.4. Ese mismo año, 1995, la Corte declaró la constitucionalidad condicionada de una norma que eximía de responsabilidad a un subalterno en el ejército por el cumplimiento de una orden militar que implicara la comisión de un delito. [41] La norma establecía que “La responsabilidad de toda orden militar recae en quien la emite y no en quien la ejecuta. || Cuando el subalterno que la recibe advierta que de su ejecución puede derivarse manifiestamente la comisión de un delito, acto contra el honor militar o falta constitutiva de causal de mala conducta, debe exponerlo así al superior. Si este insiste, el subalterno está obligado a cumplirla previa confirmación por escrito” (Artículo 15 del Decreto 085 de 1989). Para la Corte esta norma era constitucional “siempre que se entienda que las órdenes militares violatorias de los derechos fundamentales intangibles e inescindibles de la dignidad humana (Ley 137 de 1994, artículo 4º), no deben ser ejecutadas y que, en caso de serlo, tales órdenes no podrán ser alegadas como eximentes de responsabilidad.”[42] Afirmó la Corte en aquella oportunidad:

“El inciso segundo del artículo 91 de la C.P., exonera de responsabilidad constitucional al militar que ejecuta una orden del servicio impartida por su superior, pero no lo hace de manera total e irrestricta. Si el inferior es consciente de que su acto de ejecución causará con certeza la violación de un derecho fundamental intangible de alguna persona y, no obstante, lo realiza, pudiéndolo evitar, actuará de manera dolosa. Si se admite que la Constitución, en este caso, ha condonado el dolo, se tendrá que aceptar que ella ha consentido en crear el germen de su propia destrucción. La idea de Constitución, por lo menos en un régimen no totalitario, es incompatible con la existencia en la sociedad y en el Estado de sujetos con poderes absolutos. La Corte rechaza resueltamente la tesis de la exoneración absoluta de responsabilidad del militar subalterno porque si pese a su dolo aquélla se mantiene, su poder adquiere una dimensión inconmensurable, capaz de erradicar todo vestigio de derecho, justicia y civilización.”[43]

La Corte enfatizó que la tesis de la exoneración absoluta de responsabilidad del militar subalterno, incluso cuando actúa con dolo, “significa exacerbar la protección del medio hasta el grado de sacrificar o poner en peligro de extinción del fin al cual sirve”. [44] No obstante, la Corte distinguió entre “el mero ejecutor de una orden inconstitucional” y “el ejecutor que es plenamente consciente del vicio que la afecta y no obstante la lleva a término”, siendo el segundo caso el inexcusable. [45] Para la Corte “la obediencia ciega, así como la correlativa irresponsabilidad absoluta del militar subalterno, repudian a la Constitución”, pues “la regla legal que exonera de manera absoluta al militar que ejecuta la orden del superior, genera para el subalterno una especie de dispensa jurídica para violar todo tipo de normas”. [46]

3.1.3.5. Uno de los precedentes más relevantes que debe la Sala tener en cuenta en esta oportunidad es la Sentencia C-431 de 2004, en la que se analizó la constitucionalidad de varias normas legales, entre ellas, el numeral 19 del Artículo 60 del Código Disciplinario Militar anterior (Ley 836 de 2003), de acuerdo con el cual era una falta leve ‘demandar explicaciones al superior sobre el fundamento de una orden, reconvención u observación’. [47] El principio de obediencia debida contemplado por la Constitución (Art. 91, CP) supone “una disciplina estricta y [que] se respete el orden jerárquico, pero se reitera que la ‘obediencia debida no equivale a obediencia ciega o irreflexiva’, por lo cual, sostuvo la Corte que “en ciertas circunstancias el militar subalterno puede sustraerse al cumplimiento de la orden superior.” Al respecto añadió lo siguiente,

“Como se dijo, la jurisprudencia ha limitado dicho principio en el ámbito de la disciplina militar a la observancia de las prohibiciones recogidas por el derecho internacional humanitario. Por ello, las órdenes militares violatorias de los derechos humanos intangibles no deben ser ejecutadas y, en caso de serlo, no pueden ser alegadas como eximentes de responsabilidad.

Recordado lo anterior, se pregunta la Corte si el deber de abstenerse de ejecutar ordenes violatorias de derechos humanos o de la dignidad humana justifica constitucionalmente que, frente a una orden de esta naturaleza, el inferior pueda demandar explicaciones al superior. Entiende la Corte que esta demanda de explicaciones pretende aclarar las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que debe ser ejecutada la orden, a fin de que el subalterno tenga claridad en cuanto a la misma. Dentro de este contexto, es decir inscrita en el momento en el cual la orden aparentemente inconstitucional ha sido proferida pero todavía no ha sido ejecutada, la Corte estima que resulta válida la posibilidad de demandar explicaciones, posibilidad que contribuye a sopesar con el superior la juridicidad de la acción antes de proceder a su ejecución. No obstante, dado que el principio de obediencia debida es la regla general sobre la que se fundan la disciplina y respeto del orden jerárquico, columnas vertebrales de la institución militar, esta posibilidad de demandar explicaciones debe ser absolutamente excepcional y restringida al evento de órdenes inconstitucionales por posible violación de derechos fundamentales o de la dignidad humana. Por fuera de este evento no caben demandas de explicación sobre órdenes, reconvención u observaciones provenientes del superior militar.”

Finalmente, en la Sentencia C-431 de 2004 se resolvió, entre otras cosas, declarar la exequibilidad de la regla legal (Num. 19, Art. 60, Ley 836 de 2003) según la cual se prescribía que era falta leve dentro del régimen disciplinario de los militares el “demandar explicaciones al superior sobre el fundamento de una orden, reconvención u observación”, bajo el entendimiento según el cual la solicitud de explicaciones sólo puede proceder, antes de su ejecución, en el caso de órdenes violatorias de derechos humanos.

3.1.3.6. En el año 2012, al estudiar de oficio la constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria de inteligencia y contrainteligencia, la Corte Constitucional reiteró esta línea jurisprudencial y concluyó que era ajustado a la Carta Política establecer que la obediencia debida no puede alegarse como eximente de responsabilidad por quien ejecuta la operación

de inteligencia, cuando ésta suponga una violación a los derechos humanos o una infracción al derecho internacional humanitario -DIH- y al derecho internacional de los derechos humanos (C-540 de 2012).[48] Concluyó la Sentencia que la disposición del Proyecto de Ley Estatutaria que se analizaba, “no [merece] reproche alguno de constitucionalidad”, por el contrario, de esta forma “se resguarda de modo efectivo la vigencia de los derechos fundamentales, el principio de dignidad humana y la propensión por un orden político, económico y social justo (Preámbulo y arts. 1º, 2º, 5º y 91 superiores).”[49] En esa oportunidad se recordó que el Relator especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo se había pronunciado en un sentido similar.[50]

3.1.4. En conclusión, el principio constitucional de obediencia debida (Art. 91, CP) no implica un principio de obediencia ciega. Las personas que hacen parte de las Fuerzas Militares no están obligadas a obedecer una orden que implique una violación a los derechos humanos, una infracción al derecho internacional humanitario -DIH-, o al derecho internacional de los derechos humanos, pues, en estricto sentido, bajo el orden constitucional vigente esa no puede ser una orden militar legítima.

3.2. La sanción disciplinaria de demandar fundamentos de una orden militar en ejecución o conducción de operaciones militares no viola el principio de obediencia debida ni la libertad de conciencia; tampoco viola esta libertad sancionar el incumplir o modificar la orden militar sin autorización, también en ejecución o conducción de operaciones militares

3.2.1. Afectación a la libertad de conciencia por los numerales 18 y 19 del Artículo 76 del Código Disciplinario Militar (Ley 1862 de 2017).

3.2.1.2. Ahora bien, para el accionante, este par de reglas legales implican un desconocimiento de la libertad de conciencia. Por una parte (numeral 18 acusado), se impediría a la persona al servicio de las Fuerzas preguntar sobre el fundamento de una orden en una crítica situación, como lo es una operación militar, lo que llevaría inevitablemente a que esta persona no pudiera saber cuál es el alcance de sus acciones y, por tanto, no pudiera saber si está actuando en contra o no de sus íntimas creencias. Por otra parte (numeral 19), al impedir incumplir o modificar la orden sin autorización, se alega, se estaría obligando a cumplir la orden que se haya impartido, en cualquier caso, incluso si

se trata de una acción u omisión que implica obligar a la persona a ‘actuar contra su conciencia’.

3.2.1.3. En primer lugar cabe resaltar que la acción de inconstitucionalidad presentada se refiere en un primer momento a la libertad de conciencia en términos generales y amplios, sin consideración a una creencia o posición específica, filosófica, religiosa o de cualquier otro tipo. Sostiene, por ejemplo, que la norma “va en contra de que el militar sea consciente del contenido del mandato que le emite su superior y decida si está de acuerdo o no con sus íntimas convicciones y sus creencias personales, y, sobre la base de ese conocimiento, decida si cumple la orden o no lo hace”. Se supone de forma genérica que el no poder demandar la explicación del fundamento de una orden militar en desarrollo de operaciones militares, va a impedir a cualquier persona militar saber si está actuando o no en contra de su conciencia, independientemente de cuales sean sus creencias o convicciones. No obstante, en un segundo momento la acción presentada, y el escrito posterior, aclaran la cuestión y permiten establecer cuáles son los actos de conciencia y de dignidad humana que a su parecer están amparados constitucionalmente frente a una orden, incluso en desarrollo de operaciones militares.

El accionante resalta que la jurisprudencia ha reconocido el derecho a poder tener información básica que evite que una persona actúe contra su conciencia, para lo cual cita la Sentencia C-431 de 2004. En aquella oportunidad, como se dijo previamente, se resolvió declarar la exequibilidad de una regla según la cual era una falta leve dentro del régimen disciplinario de los militares el “demandar explicaciones al superior sobre el fundamento de una orden, reconvención u observación”, pero bajo el entendido de que la solicitud de explicaciones sólo puede proceder, antes de su ejecución, en el caso de órdenes violatorias de derechos humanos. Este estándar constitucional que preocupa al accionante surge nuevamente cuando presenta el siguiente caso “[supóngase] que quien debe obedecer la orden tiene reservas acerca del verdadero propósito de la misión que le ha sido asignada y decide indagar al respecto con su comandante para poder tomar una decisión informada de si la intención de aquel se ajusta a los mandatos constitucionales, legales y normativos a que debe sujetarse, y está de acuerdo con su conciencia”. Es pues, actuar contra la conciencia porque se obliga a una persona a actuar arbitrariamente en contra de los derechos fundamentales y de los principios constitucionales básicos. Afirma que “es menester proteger al subalterno de la arbitrariedad del superior”, permitiéndole preguntar.

Cuáles son los dictados profundos de la conciencia a los que se hace referencia, nuevamente quedan claros cuando el accionante sostiene que poder preguntar hubiera podido evitar que algunas personas militares estuvieran hoy inmersas en procesos por ejecuciones extrajudiciales.[51]

Así pues, la Sala entiende el argumento del accionante en los siguientes términos: ‘cuando una norma impide demandar el fundamento de una orden en desarrollo de operaciones militares, incluso cuando esta puede implicar una acción contra la dignidad humana, los derechos fundamentales de las personas o, en general, el orden constitucional que las Fuerzas Militares tienen como función básica defender, se está llevando a una persona a que pueda tener que actuar en contra de su conciencia y violar directamente la Constitución y la dignidad humana’. Esta acusación sería aún más grave con la segunda regla legal acusada, esto es, ‘cuando una norma impide modificar o incumplir sin autorización una orden en desarrollo de operaciones militares, incluso cuando esta puede implicar una acción contra la dignidad humana en desarrollo de operaciones militares, los derechos fundamentales de las personas o, en general, el orden constitucional, está obligando a las personas en la milicia a efectivamente tener que actuar en contra de su conciencia, violando directamente la Constitución’.

3.2.1.4. Teniendo en cuenta la jurisprudencia constitucional citada, es claro que el principio constitucional de obediencia debida (Art. 91, CP) no implica un principio de obediencia ciega; nadie está obligado a obedecer una orden que implique una violación a los derechos humanos, una infracción al derecho internacional humanitario -DIH- o al derecho internacional de los derechos humanos, pues, en estricto sentido, bajo el orden constitucional vigente esa no puede ser una orden militar legítima.

3.2.1.5. Por tanto, es preciso concluir que el Legislador viola la libertad de conciencia (Art. 18, CP) al sancionar como falta gravísima (con la eventual salida de la institución castrense) el ‘demandar explicaciones al superior sobre el fundamento de una orden’, en ejecución o conducción de operaciones militares, o cuando la orden en tales condiciones se incumple o se cambia sin autorización, en cualquier caso, sin importar incluso que se quiera evitar actuar en contra de la dignidad humana.

Es cierto que el concepto mismo de orden militar del Código Disciplinario Militar exige que

la orden sea legítima, lógica y constitucional, entre otros aspectos básicos. En tal medida, una lectura sistemática de los numerales 18 y 19 acusados llevarían a concluir que las prohibiciones de cuestionamiento o de desobediencia total o parcial a una orden en desarrollo de una operación militar sólo se refieren a órdenes militares en sentido estricto, y por tanto, a órdenes legítimas y constitucionales. En tal sentido, no habría lugar al caso que plantea el accionante, puesto que bajo tal supuesto, una orden contraria a la Constitución, a los derechos fundamentales o a la dignidad humanas simplemente no sería orden y por tanto podría cuestionarse, desatenderse o modificarse, incluso en operaciones militares.

Sin embargo, también es cierto, como lo sostiene el accionante y algunas de las intervenciones, que los numerales 18 y 19 del Artículo 76 del Código Disciplinario Militar pueden ser interpretados al pie de la letra, y entender que es en otros espacios en los que se pueden contrarrestar o controvertir órdenes, incluso acerca de su constitucionalidad, pero no en desarrollo de operaciones militares. En tal sentido, se puede interpretar que la norma no desconoce el que las órdenes ilegítimas no sean en estricto sentido órdenes militares, pero sí establece que tal asunto no se resuelve, por críticas de los subalternos, durante el desarrollo de operaciones militares. Las dudas y cuestiones acerca de la legitimidad de las actuaciones a realizar constantemente en desarrollo de operaciones militares, podría llevar a que se mantenga un continuo debate al respecto que paralice la acción de las Fuerzas Armadas.

Justamente es en razón al riesgo que un texto escueto como el del numeral 18 puede llegar a generar en términos de interpretaciones, que la Corte Constitucional resolvió en el año 2004 declarar constitucional un texto legal similar [“demandar explicaciones al superior sobre el fundamento de una orden, reconvención u observación”], pero a condición de que se entienda que la solicitud de explicaciones sólo puede proceder, antes de su ejecución, en el caso de órdenes violatorias de derechos humanos (Sentencia C-431 de 2004[52]).

3.2.1.6. Ahora bien, hay un argumento importante que presentan algunas de las voces que abogan por la constitucionalidad de los numerales 18 y 19 acusados. El régimen disciplinario militar vigente contempla la exclusión de responsabilidad, cuando se actuó u omitió un deber para salvar un derecho propio o ajeno al cual deba ceder el cumplimiento del deber, en razón de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad.

En el Código Disciplinario Militar anterior no existía un régimen específico de exclusión de responsabilidad para las personas. La Ley 836 de 2003 en su artículo 68 establecía una remisión en los siguientes términos: “está exento de responsabilidad disciplinaria quien obre amparado por alguna de las causales de exclusión de responsabilidad previstas en el Código Penal Militar y Código Penal”. En el presente Código la cuestión cambió. El Artículo 86 de la Ley 1862 de 2017 establece un conjunto de causales de exclusión de responsabilidad disciplinaria así:

“Está exento de responsabilidad disciplinaria quien realice la conducta:

1. Por fuerza mayor o caso fortuito.
2. En estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal.
3. En cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.
4. Por salvar un derecho propio o ajeno al cual deba ceder el cumplimiento del deber, en razón de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad.
5. Por insuperable coacción ajena o miedo insuperable.
6. Con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria.
7. En situación de inimputabilidad. Cuando se establezca probadamente la inimputabilidad se informará de ello a la autoridad correspondiente, para que adopte los mecanismos y decisiones administrativos que esta situación comporte. || No habrá lugar al reconocimiento de esta causal cuando el sujeto disciplinable hubiere preordenado su comportamiento.”[53]

Existen pues, varias causales que mostrarían que las personas sí pueden demandar fundamentos de las órdenes castrenses, aun en desarrollo de operaciones militares, o apartarse o modificarlas, sin lugar a responsabilidad disciplinaria. Esto ocurriría si la actuación de subalterno se sustenta (i) en estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal, como lo es el respeto a la dignidad humana. Cuando el subalterno actuó para (ii)

salvar un derecho, bien sea propio o ajeno, al cual deba ceder el cumplimiento del deber militar, siempre y cuando haya lugar a esto en razón de la necesidad, la adecuación, la proporcionalidad y la razonabilidad. Incluso, (iii) si una persona erradamente cree que para cumplir la Constitución o proteger la dignidad humana debe desobedecer una orden o cuestionarla, podría alegar la exclusión de su responsabilidad por haber actuado ‘con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria’.

Para la Sala Plena de la Corte, este avance del régimen Disciplinario Militar implica una mejora en el régimen de garantías y de protección de los derechos, al haber definido una serie de casos en los cuales hay lugar a que se excluya la responsabilidad frente a eventuales faltas de las personas que hacen parte de la milicia. Es claro que en la actualidad existen normas que impedirían que se impongan sanciones disciplinarias a una persona por haber incurrido en las conductas establecidas en los numerales 18 y 19 acusados, cuando lo hizo para evitar incurrir en la violación a derechos humanos, en una infracción al derecho internacional humanitario -DIH- o al derecho internacional de los derechos humanos, pues, en estricto sentido, bajo el orden constitucional vigente esa no puede ser una orden militar legítima.

3.2.1.7. Podría alegarse, como lo señalan algunas intervenciones, que la existencia de las causales de exclusión de responsabilidad disciplinaria militar es suficiente para que las personas que vayan a cuestionar o apartarse de órdenes militares en desarrollo de operaciones entiendan que su libertad de conciencia está protegida.

No obstante, varias razones llevan a esta Sala a la conclusión contraria. En primer lugar, como se dijo, el texto de las prohibiciones es escueto y no permite entender que haya lugar a excepciones. En segundo lugar, se debe señalar que las exclusiones de responsabilidad son una herramienta de defensa dentro del proceso disciplinario, pero no son reglas que impidan que este tenga lugar. En otras palabras, cuando una persona en la milicia deja de cumplir una orden militar, o la modifica, para proteger la dignidad humana y el orden constitucional vigente, sabe que podrá solicitar que se excluya su responsabilidad disciplinaria, pero también sabe que deberá hacerlo en medio de un proceso que, al final, pueda dar lugar a una sanción de destitución. El que se pueda solicitar la exclusión de responsabilidad no implica que el funcionario competente vaya efectivamente a acceder a tal solicitud. Finalmente, en tercer lugar, las causales de exclusión pueden ser usadas para

proteger la libertad de conciencia de quien quiere salvaguardar el orden constitucional y desatender o cuestionar una orden militar, durante el desarrollo de operaciones militares, para no actuar nunca en contra de la dignidad humana de cualquier otra persona. No obstante, las causales no se refieren expresamente a estas hipótesis, por lo que podría un funcionario, interpretando y decidiendo autónoma e independientemente el caso, llegar a la conclusión de que este tipo de eventos de desobediencia no se encuentran amparados por ninguna de dichas causales.

3.2.1.8. En conclusión, la Sala Plena de la Corte Constitucional resolverá declarar exequible las normas acusadas, pero en el entendido de que no son aplicables para evitar incurrir en la violación a derechos humanos, e infracciones al derecho internacional humanitario -DIH- o al derecho internacional de los derechos humanos. Las reglas legales sancionatorias acusadas contemplan textualmente dentro de su ámbito de aplicación, sin excepción, los casos en los cuales las personas cuestionen o desatiendan órdenes en conducción o ejecución de operaciones militares, así sea en razón al respeto a la dignidad humana, a los regímenes de protección interna y externa de los derechos humanos. Además, las causales de exclusión de responsabilidad son mecanismos de defensa que tendría que usar una persona dentro de un proceso disciplinario que se adelante en su contra. Por tanto, la declaratoria de constitucionalidad condicionada de la norma le permite a la Sala, por un lado, respetar y conservar el derecho legislado hasta donde sea posible, pero a la vez, impedir una aplicación contraria a la Constitución.

3.2.2. Afectación del principio de obediencia debida por el numeral 18 del Artículo 76 del Código Disciplinario Militar (Ley 1862 de 2017)

De acuerdo con el accionante, el artículo 18 también implicaría una violación al principio de obediencia debida, por cuanto se impediría a las personas subalternas militares indagar mejor sobre el sentido y alcance de la orden, de forma tal que esta pueda ser debidamente obedecida. En otras palabras, sin la posibilidad de demandar el fundamento de una orden, no habría posibilidad real de que se cumpliera, pues la misma no se podría comprender.

Comparte la Sala la posición de varias voces que participan en el proceso, cuando señalan que el hecho de que no se pueda demandar el fundamento de una orden, no puede entenderse como una prohibición para todo tipo de preguntas. En efecto, expresamente se

prohíbe 'demandar explicaciones' al superior 'sobre el fundamento de una orden'. Esto es, se prohíbe que un subalterno cuestione a un superior y le exija que explique el sustento de una orden, en el desarrollo de operaciones militares. En modo alguno se advierte que el propósito de la norma sea evitar que una persona pregunte por el sentido y alcance de una orden, por cuanto no la comprendió cabalmente y puede ser que no la pueda cumplir. Una cosa es pedir que se aclare una orden para saber cuál es y poder cumplirla y otra cosa muy distinta es comprenderla y entenderla, pero 'demandar' o exigir a un superior jerárquico que la fundamente, con el propósito de evaluarla y decidir si se cumple o no. En medio de una operación militar lo segundo está prescrito, por razones de disciplina militar, por lo que da lugar a una falta gravísima. La norma evita exigir el fundamento de una orden, pero no impide hacer preguntas que permitan llevar a una mejor comprensión y cumplimiento de una orden en operaciones militares.

Ahora bien, aunque es cierto que el principio de obediencia debida no implica el principio de obediencia ciega, también es cierto que tampoco implica el principio de obediencia participativa. El que existan casos extremos en los que una orden impartida pueda ser considerada ilegítima y, por tanto, que no es una orden militar, no implica que las órdenes militares dependan del constate escrutinio y reflexión participativa de los miembros de las Fuerzas Militares. El sistema de disciplina castrense lleva a que muchas órdenes deban ser acatadas y cumplidas sin procesos de participación o reflexión conjunta previa. Razones de estrategia o de táctica pueden justificar que se den órdenes militares que sólo se expliquen parcialmente. Por consiguiente, no considera la Corte que el numeral 18 acusado esté violando la Constitución con relación a este segundo cargo. El Legislador no viola el principio de obediencia debida (Art. 91, CP), al sancionar con falta gravísima demandar explicaciones sobre el fundamento de una orden en el área de operaciones, en tanto esta restricción no impide hacer preguntas con el fin de aclarar y comprender una orden, para poder cumplirla.

Resueltos los dos primeros problemas jurídicos, pasa la Sala a resolver los dos problemas restantes, relativos a dos formas de notificación personal.

4. La posibilidad de notificar por cualquier medio una investigación disciplinaria militar al interesado cuando se encuentre en el área de operaciones y el fijar como fecha de notificación cuando se hace por correo electrónico el momento del envío y no el de la

recepción del mensaje

El accionante cuestiona dos normas que establecen formas de notificación personal que, a su juicio, no aseguran el goce efectivo de los derechos procesales. Aunque las normas se presenten como garantistas y protectoras de derechos, terminan generando efectos perversos que impiden gozar de un derecho al debido proceso y un efectivo derecho a la defensa. En primer lugar se resaltarán varias reglas constitucionales aplicables al respecto, para luego pasar a analizar las normas legales acusadas.

4.1. Aspectos constitucionales relevantes del derecho a la notificación en los procesos disciplinarios militares

4.1.1. La jurisprudencia constitucional ha sido unánime y pacífica en reconocer al Legislador un amplio margen de configuración del ordenamiento legal en materia de diseño de procedimientos judiciales y administrativos, en tanto sean razonables y proporcionados.[54] Así lo ha considerado en diferentes ámbitos procesales, como los procedimientos en general,[55] los procedimientos penales,[56] los procedimientos administrativos,[57] los procedimientos laborales,[58] la aplicación de reglas de derecho probatorio,[59] para mencionar tan sólo unos ejemplos. El Congreso debe establecer el objeto del proceso, cuáles son sus etapas, sus términos, sus recursos, así como demás elementos propios de cada actuación, lo que en ciertas circunstancias puede comportar límites al derecho, siempre y cuando estos resulten razonables, proporcionales y estén dirigidos a garantizar el derecho sustancial.[60]

No existen en la Constitución parámetros rígidos y fijos que establezcan cuáles deben ser estas actuaciones y cómo se deben llevar a cabo. Lo que sí existe son límites, mínimos básicos, prioridades y acentos que, de acuerdo con la Constitución, deben tenerse en cuenta. En especial cuando se trata de procedimientos que pueden implicar un alto impacto en los derechos de personas que son objeto de especial protección (como los niños y las niñas) o aquellos procedimientos de los cuales depende la protección de caros derechos fundamentales como contar con un mínimo vital ajeno a la pobreza, que asegure una existencia digna, o los procesos de carácter penal o disciplinario que pueden implicar sanciones y graves consecuencias en los derechos de libertad de las personas. En tales casos el grado de intensidad del juicio de constitucionalidad aumenta.[61] El Legislador

debe respetar al ejercer el amplio margen de configuración legislativa con el que cuenta, ciertos mínimos constitucionales tales como establecer procedimientos idóneos y efectivos para la determinación legal de derechos y obligaciones;[62] para que las controversias planteadas sean resueltas dentro de un término prudencial y sin dilaciones injustificadas;[63] y para que se decida con el pleno respeto del debido proceso.

4.1.2. En el presente caso se analizan dos normas sobre notificación personal, una institución que en el pasado ha sido objeto de pronunciamientos por parte de la Corte. Por ejemplo se ha sostenido que el Legislador concede un tratamiento de favor de la notificación personal, “por ser la que otorga la mayor garantía de que el demandado conozca en forma cierta la existencia del proceso y ejerza su derecho de defensa”, sin embargo se aclara que ese tipo de notificación no es la única, “ya que, si lo hiciera, entrabaría la administración de justicia y desfavorecería el logro de la convivencia pacífica consagrada en el preámbulo de la Constitución”.[64] Así, por ejemplo, con base en tales consideraciones se ha señalado que es constitucional permitir que se dé la notificación en un domicilio que la propia persona ha suministrado para tal efecto, así la persona que la reciba personalmente no sea exactamente la interesada.[65] Se ha distinguido entre el acto de notificación y la comunicación que se remita para solicitar la comparecencia del interesado para efectos de la notificación personal.[66]

La Corte se ha pronunciado acerca de la notificación personal en varios contextos como lo son el proceso ejecutivo[67] o el proceso monitorio[68] y ha tutelado el derecho en circunstancias tales como que se le impida a una persona solicitar una nulidad, cuando se había notificado por conducta concluyente[69] o a una persona que había sido notificada en una dirección errada.[70]

4.1.3. Como lo ha indicado la jurisprudencia constitucional en muchas ocasiones, las medidas legislativas que regulan los procedimientos deben someterse a un juicio de razonabilidad y proporcionalidad cuya intensidad varía (ordinaria, intermedia y estricta), dependiendo del grado de afectación y de impacto que el derecho a acceder a la justicia y al debido proceso implique la norma en cuestión.[71] En el presente caso la Sala considera que hay lugar a un juicio intermedio por varias razones. Aunque se debe partir del amplio margen de configuración legislativa en materia de procedimientos, se analizan dos reglas legales (Art. 153 del Código Disciplinario Militar, por una parte, y los Arts. 159 del mismo

Código y 122 del Código General Disciplinario, por otra) propias de procedimientos disciplinarios que pueden dar lugar a fuertes sanciones. Son normas que establecen la forma en que se hacen efectivas las notificaciones personales, esto es, las notificaciones de los momentos más importantes y cruciales del proceso, tanto para poder ejercer el derecho de defensa como para poder saber cuáles son en efecto los derechos que se tienen y se pueden reclamar. En tal medida, es claro que se trata de uno de esos ámbitos en los cuales el Legislador está llamado a tener especial celo en la protección de los derechos fundamentales de las personas al debido proceso y a la defensa. No obstante, se insiste, este deber de especial atención no anula ni socava el amplio margen de configuración que conserva el Congreso en materia de diseño de procedimientos judiciales. Por tanto se someterá a un juicio intermedio el análisis de cada una de las normas.

4.2. La posibilidad de notificar por cualquier medio una investigación disciplinaria militar al interesado cuando se encuentre en el área de operaciones viola los derechos al debido proceso y a la defensa

4.2.1. La primera norma acusada referente a la notificación personal en procesos disciplinarios militares que se analiza, es el artículo 153 del respectivo Código, a saber:

Una vez producida la decisión se citará inmediatamente al disciplinable, por medio eficaz y adecuado, por escrito dirigido a la unidad donde trabaja o a la última dirección registrada en su folio u hoja de vida o a la que aparezca en el proceso disciplinario, con objeto de notificarle el contenido de aquella y hacerle conocer los recursos que puede interponer. Se dejará constancia en el expediente sobre el envío de la citación. Si el interesado no comparece se notificará por edicto.

En caso que el interesado se encuentre en el área de operaciones al momento de surtirse la notificación, esta se realizará por cualquier medio de comunicación y se dejará la constancia correspondiente.” (se subraya y resalta la parte acusada)

Se trata de una nueva medida adoptada pensando especialmente en el caso de las personas que están en medio de áreas de operaciones que no había sido contemplado en el Código Disciplinario Militar anterior (Ley 836 de 2003). De hecho la reglamentación anterior establecía lo siguiente: “las providencias señaladas en este artículo se notificarán personalmente al interesado si comparece ante el funcionario competente. De lo contrario,

y vencido el término, se surtirá otro tipo de notificación de las previstas en la ley.”[72] A juicio del accionante, la norma no asegura que efectivamente la persona se pueda enterar cabalmente en todas las áreas de operaciones en que puede estar y, mucho menos, que tenga la posibilidad de reaccionar para poder ejercer su derecho de defensa en respeto a su debido proceso.

4.2.2. Para la Sala Plena de la Corte la norma acusada no es razonable. Aunque persigue un fin que es imperioso, lo hace por un medio que no es conducente para alcanzarlo y que puede ser, incluso, contraproducente y vulnerar el mismo fin que se busca proteger. La norma persigue un fin imperioso, cual es el de informar de manera efectiva a la persona de las Fuerzas Militares que esté siendo investigada del inicio de los procedimientos que se adelantan en su contra, sea la etapa de que se trate. La protección de los derechos al debido proceso de las personas que hacen parte de las Fuerzas Militares, las cuales gozan de su derecho a la defensa y a la presunción de inocencia, son fines que más allá de ser importantes son imperiosos en un estado social y democrático de derecho. En cualquier caso, también están involucrados los derechos de las demás personas interesadas, como lo son las víctimas, y de la sociedad en general.

El medio empleado por el Legislador es aumentar los caminos disponibles para el efecto de notificar personalmente a la persona (que se pueda hacer legalmente por ‘cualquier medio de comunicación’). Para la Sala, si bien el Legislador tiene un amplio margen de configuración legislativa de los procedimientos, esta facultad debe ejercerse dentro de unos mínimos constitucionales. Uno de esos límites consiste en no delegar en el funcionario que adelanta un proceso de notificación, la decisión de cómo hacerla, sin mayor parámetro ni guía legal. El Legislador puede optar por múltiples formas de notificación. No se descarta, incluso, fórmulas normativas que establezcan una serie de opciones que, de acuerdo con ciertos parámetros y principios normativos, pueden ser elegidas. Pero nada de ello ocurre en el presente caso. En esta ocasión el Legislador optó por no establecer ningún medio de notificación específico y dejar la decisión de su elección, en la entera voluntad del funcionario que adelanta el proceso. No se fijan reglas o parámetros que delimiten el ejercicio de esta facultad. El Legislador renunció a fijar las mínimas condiciones y reglas para adelantar el proceso, en ejercicio de su amplio margen de configuración, dejando en las manos de los funcionarios que adelantan el proceso decidir cómo, cuándo y de qué manera se puede realizar la notificación.

Para la Sala, el medio elegido en este caso por el Legislador no es conducente a garantizar el fin imperioso buscado. Que se alcance el fin o no, dependerá de la voluntad del funcionario que adelante el procedimiento y decida cuál ha de ser el medio de notificación empleado. Esto no es aceptable en el orden constitucional vigente. El derecho a un debido proceso supone entre otras cosas, fijar las condiciones mínimas para que el inicio de una investigación sea notificada. El derecho de toda persona a que exista un debido proceso, unas reglas respecto a cómo se debe proceder, no se consigue con normas tan amplias como la que se estudia en este caso, donde el funcionario que adelanta el proceso no cuenta con tal parámetro normativo. Así pues, al no existir un estándar de actuación al que la administración disciplinaria se deba someter y que la persona investigada pueda reclamar jurídicamente, se cuenta con un medio prohibido y que no es conducente para alcanzar la finalidad imperiosa que se buscaba.

4.2.3. La Sala Plena de la Corte comprende que el proceso disciplinario no tiene que ser objeto de normas rígidas y estrictas que no puedan presuponer situaciones diversas y casos concretos. De hecho, el Código Disciplinario Militar señala que la actuación procesal se desarrollará (i) “teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de los sujetos procesales y de quienes intervengan en esta” y (ii) “la necesidad de lograr la eficacia de la justicia en los términos [del] Código” (Art. 121). La actuación disciplinaria se adelantará al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad y contradicción (Art. 121 del Código y 209 de la CP). Además, las actuaciones disciplinarias militares están gobernadas por principios procesales tales como el reconocimiento de la dignidad humana (Art. 42); el respeto a las formas propias del proceso disciplinario (Art. 46); a la favorabilidad (Art. 47); a la presunción de inocencia (Art. 48); y a la contradicción (Art. 52), por mencionar algunos de los más importantes. El propio Código establece una regla general de interpretación en los siguientes términos,

“ARTÍCULO 63. INTERPRETACIÓN DE LA LEY DISCIPLINARIA. En la interpretación y aplicación de este código el funcionario competente tendrá en cuenta que la finalidad del proceso es la prevalencia de la justicia, la efectividad del derecho sustantivo, la búsqueda de la verdad material y el cumplimiento de los derechos y garantías debidos a las personas que en él intervienen.”

Sin embargo, esta amplitud y flexibilidad que puede tener la interpretación de la ley procedimental, no puede llegar al caso de normas como la que se analiza, que transfiere la decisión de elegir cómo se ha de hacer una notificación tan importante y crucial, por completo, a la autoridad que adelanta el proceso de investigación. Esta situación normativa supone un riesgo para los derechos de las personas involucradas en el proceso inaceptable constitucionalmente.

4.2.4. En conclusión, la Sala declarará la inexecutable del inciso final Artículo 153 del Código Disciplinario Militar (Ley 1862 de 2017), pues es contrario a los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa.

4.3. La posibilidad de notificar por cualquier medio una investigación disciplinaria militar al interesado cuando se encuentre en el área de operaciones y el fijar como fecha de notificación cuando se hace por correo electrónico en el momento del envío y no en el de la recepción del mensaje

4.3.1. La última de las reglas legales acusadas de inconstitucionalidad se encuentra contemplada en dos textos legales distintos, que podrían ser aplicados en procesos disciplinarios a los militares para hacer notificaciones a través de correo electrónico. Por una parte, el Artículo 159 del Código Disciplinario Militar (Ley 1862 de 2017),

“ARTÍCULO 159. NOTIFICACIÓN PERSONAL POR MEDIOS DE COMUNICACIÓN ELECTRÓNICOS. Las decisiones que deban notificarse personalmente podrán ser enviadas al número de fax o a la dirección de correo electrónico del investigado o de su defensor, si previamente y por escrito hubieren manifestado ser notificados de esta manera. La notificación se entenderá surtida en la fecha que aparezca en el reporte del fax o en que el correo electrónico sea enviado. La respectiva constancia será anexada al expediente.” (se subraya y resalta la parte acusada).

Y por otra, el Artículo 122 del Código General Disciplinario (Ley 1952 de 2019), que podría ser aplicado eventualmente a las personas que estén en las Fuerzas Militares, según el cual,

“ARTÍCULO 122. NOTIFICACIÓN POR MEDIOS DE COMUNICACIÓN ELECTRÓNICOS. Las decisiones que deban notificarse personalmente podrán ser enviadas al número de fax o a

la dirección de correo electrónico del investigado o de su defensor, si previamente y, por escrito, hubieren aceptado ser notificados de esta manera. La notificación se entenderá surtida en la fecha que aparezca en el reporte del fax o en que el correo electrónico sea enviado. La respectiva constancia será anexada al expediente.” (se subraya y resalta la parte acusada)

Para el accionante ambas normas son inconstitucionales por cuanto permiten que la persona militar investigada disciplinariamente se entienda notificada cuando el mensaje le fue enviado y no cuando el mensaje fue efectivamente recibido.

4.3.2. En este caso la Sala Plena considera que está ante una norma que, tal como está concebida, no es razonable constitucionalmente.

4.3.2.1. En primer lugar, debe señalarse que el fin que se busca con la medida no sólo es importante, es imperioso, a saber: comunicar con mayor diligencia y efectividad las actuaciones procesales a las personas, en desarrollo de al menos cuatro principios del Código Disciplinario Militar, el de eficacia,[73] el de economía, el de celeridad en el proceso[74] y el principio de publicidad,[75] por supuesto, con el debido respeto a los derechos involucrados. No sólo los de la persona que está siendo investigada, también los de las personas que puedan ser víctimas, y de la sociedad en general, cuyos intereses están en juego. Así, lograr una notificación rápida, eficiente y efectiva, que permita el avance adecuado del proceso, y definir el asunto que se investiga de la mejor y más justa manera.

4.3.2.2. Para lograr esta finalidad de comunicación procesal efectiva en una investigación disciplinaria, que es imperiosa a la luz de la Constitución, el Legislador buscó emplear nuevas tecnologías y herramientas de la sociedad de la información. Se estableció que se pueden usar estas tecnologías para hacer notificaciones personales, en qué forma y con cuáles efectos, en ejercicio del amplio margen de configuración legislativa de los procedimientos.

4.3.2.4. Para la Sala el medio elegido en el presente caso, como lo alega la acción de inconstitucionalidad no es razonable constitucionalmente, pues no es efectivamente conducente para lograr la finalidad propuesta: lograr economía, eficacia, publicidad y celeridad en el proceso, respetando y observando los derechos procesales constitucionales

mínimos. Es cierto que las comunicaciones virtuales suelen ser inmediatas y directas (en razón al funcionamiento del internet), por lo que es comprensible partir del supuesto de que la notificación se reciba inmediatamente y que, por tanto, se entienda surtida el día que el mensaje de correo electrónico se envíe). No obstante, las redes virtuales, como todo sistema, puede fallar y no funcionar o no hacerlo adecuadamente. En tales eventos el correo electrónico puede haber sido enviado, pero no necesariamente haber sido recibido.

La notificación personal supone, como mínima garantía, que la persona pueda tener acceso efectivo al mensaje que se le remite. No sólo una posibilidad teórica, eventual, o supuesta de conocerlo, sino el acceso real y efectivo a la información procesal remitida. En tal medida, entender que el mensaje ha sido conocido cuando se envía y no cuando se recibe, cuando se tiene acceso a este, no es un medio que permita asegurar el celeridad y eficaz avance del proceso, con el debido respeto de los derechos, en especial, el derecho de defensa. Emplear como forma de verificación de recibo de un mensaje su envío y no su efectiva recepción, es un medio que asegura que los términos se van a contar y que el proceso va a avanzar, pero no luego de haberle dado el debido conocimiento del investigado. Esto implica que la celeridad se logra, pero no con el respeto al derecho de defensa, situación que no sólo afecta los derechos de la persona investigada, sino de la sociedad en general y de las eventuales víctimas que esperen una decisión justa.

4.3.2.5. Además, para la Sala es notorio el contraste que existe entre las reglas generales de notificación personal vía correo electrónico que hay en el ordenamiento jurídico y estas dos normas disciplinarias, la general (Art. 122, acusado) y la especial para el ámbito militar (Art. 159 acusado).[76] Tanto el Código General del Proceso como el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, CPACA, establecen reglas según las cuales la notificación por medios electrónicos se entiende efectuada cuando se verifica que la persona la recibió y tiene acceso efectivo a la misma. En efecto,

“Código General del Proceso; ARTÍCULO 103. USO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y DE LAS COMUNICACIONES. En todas las actuaciones judiciales deberá procurarse el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la gestión y trámite de los procesos judiciales, con el fin de facilitar y agilizar el acceso a la justicia, así como ampliar su cobertura. || Las actuaciones judiciales se podrán realizar a través de

mensajes de datos. La autoridad judicial deberá contar con mecanismos que permitan generar, archivar y comunicar mensajes de datos. || [...] ||

PARÁGRAFO TERCERO. Cuando este código se refiera al uso de correo electrónico, dirección electrónica, medios magnéticos o medios electrónicos, se entenderá que también podrán utilizarse otros sistemas de envío, transmisión, acceso y almacenamiento de mensajes de datos siempre que garanticen la autenticidad e integridad del intercambio o acceso de información. La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura establecerá los sistemas que cumplen con los anteriores presupuestos y reglamentará su utilización.

Código General del Proceso; ARTÍCULO 291. PRÁCTICA DE LA NOTIFICACIÓN PERSONAL. Para la práctica de la notificación personal se procederá así: [...]

3. [...] || Cuando se conozca la dirección electrónica de quien deba ser notificado, la comunicación podrá remitirse por el Secretario o el interesado por medio de correo electrónico. Se presumirá que el destinatario ha recibido la comunicación cuando el iniciador recepcione acuse de recibo. En este caso, se dejará constancia de ello en el expediente y adjuntará una impresión del mensaje de datos.”

“Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, CPACA; ARTÍCULO 56. NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA. Las autoridades podrán notificar sus actos a través de medios electrónicos, siempre que el administrado haya aceptado este medio de notificación. || Sin embargo, durante el desarrollo de la actuación el interesado podrá solicitar a la autoridad que las notificaciones sucesivas no se realicen por medios electrónicos, sino de conformidad con los otros medios previstos en el Capítulo Quinto del presente Título. || La notificación quedará surtida a partir de la fecha y hora en que el administrado acceda al acto administrativo, fecha y hora que deberá certificar la administración.”

“Decreto Ley 019 de 2012, Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública; ARTÍCULO 158. NOTIFICACIONES Y COMUNICACIONES. El Artículo 23 de la Ley 1340 de 2009 (por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia), quedará así: ‘Artículo 23. Notificaciones y comunicaciones. Las resoluciones de apertura de investigación, la que pone fin a la actuación y la que decide los recursos de

la vía gubernativa, deberán notificarse personalmente. || [...] || Las notificaciones electrónicas estarán sujetas a las disposiciones del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo’.”

Para la Sala, no es razonable que se entienda surtida la notificación en la fecha que el correo o mensaje virtual fue enviado en el contexto disciplinario, teniendo en cuenta que en el ordenamiento jurídico la regla general en materia de notificación personal por medios electrónicos, supone que la notificación se surta cuando se tenga constancia y evidencia de que la comunicación fue recibida y la persona interesada tuvo acceso efectivo a la misma.[77] Cuando el procedimiento que se adelanta acarrea una sanción, como ocurre en los ámbitos penales y disciplinarios, existe un deber del Legislador para dar una protección especialmente celosa de los derechos procesales. Pero en este evento ocurre lo contrario. El Legislador estableció una regla que protege con menor celo a las personas investigadas disciplinariamente frente a procedimientos que no acarrearán eventuales sanciones.

4.3.3. El derecho a ser notificado por medios electrónicos con respeto al debido proceso, supone el que la persona tenga acceso efectivo a la comunicación. No se debe probar que la persona en efecto abrió y leyó el correo electrónico. Lo que se ha de probar es que la persona notificada tuvo acceso efectivo al mensaje y pudo efectivamente revisarlo. Así, se deberá contar con prueba electrónica de que la persona investigada recibió el correo electrónico enviado y podía abrirlo. En otras palabras, se debe probar que la persona tuvo acceso al mismo. Por supuesto, nada de lo dicho obsta para que en los casos concretos y específicos puedan presentarse situaciones que deban ser valoradas y consideradas por las autoridades disciplinarias en el procedimiento que se adelante. Como se indicó previamente, el procedimiento disciplinario no puede aplicarse de forma ciega, a raja tabla, sin considerar sistemáticamente el resto del Código y del orden constitucional vigente, en especial los derechos fundamentales de las personas involucradas o afectadas de una u otra manera (ver el apartado 4.2.3. de las consideraciones de la presente Sentencia).

4.3.4. En consecuencia, se considera que la norma de notificaciones por correo electrónico, tal y como se encuentra concebida, viola el ejercicio legítimo del amplio margen de configuración legislativa en materia procesal, por buscar un medio imperioso, por un medio que no es efectivamente conducente. De hecho, en procesos que pueden requerir menos protección a la persona procesada por no ser de carácter sancionatorio, el Legislador si ha

exigido constancia del efectivo recibo del mensaje electrónico. Por tal motivo se declarará la exequibilidad de la norma acusada pero de forma condicional, esto es, siempre y cuando exista evidencia de que la recepción del mensaje electrónico enviado efectivamente se dio.

5. Síntesis de la decisión

5.1. En el presente caso la Corte estudió una acción de inconstitucionalidad dirigida contra cuatro reglas legales disciplinarias aplicables a personas que hacen parte de las Fuerzas Militares, contempladas en los artículos 76, 153 y 159 de la Ley 1862 de 2017 y el artículo 122 de la Ley 1952 de 2019. Con base en los cargos presentados y las intervenciones allegadas al proceso se plantó cuatro problemas jurídicos a resolver.

5.2. El primero del primer grupo de problemas jurídicos planteados es si viola el Legislador la libertad de conciencia (Art. 18, CP) al sancionar como falta gravísima (con la eventual salida de la institución castrense) el ‘demandar explicaciones al superior sobre el fundamento de una orden’, en ejecución o conducción de operaciones militares, o cuando la orden en tales condiciones se incumple o se cambia sin autorización, a pesar (1) del concepto mismo de orden militar que exige que sea legítima y (2) del régimen disciplinario que contempla la exclusión de responsabilidad, cuando se actuó así para salvar un derecho propio o ajeno al cual deba ceder el cumplimiento del deber, en razón de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad. En el segundo caso se preguntó si al sancionar como falta gravísima demandar las explicaciones sobre el fundamento de una orden en el área de operaciones, viola también el Legislador, el principio de obediencia debida (Art. 91, CP), también a pesar del concepto de orden militar y del régimen de exclusión de responsabilidad disciplinaria.

El primero de estos problemas se resolvió indicando que no establecer la posibilidad de cuestionamiento de órdenes ilegítimas que violen derechos humanos, el derecho internacional humanitario o el derecho internacional de los derechos humanos, es contrario a la libertad de conciencia y a la defensa de la dignidad humana. El principio de obediencia debida nunca puede ser entendido como un principio de obediencia ciega. Así, se resolvió declarar la norma exequible de manera condicionada, teniendo en cuenta que una interpretación sistemática del Código Disciplinario Militar permite hacer una aplicación de la

regla legal acorde a la Constitución Política, pero una lectura textual podría generar dudas al respecto.

Con relación al segundo del primer grupo de problemas jurídicos, la Corte consideró que el Legislador no viola el principio de obediencia debida (Art. 91, CP), al sancionar con falta gravísima demandar explicaciones sobre el fundamento de una orden en el área de operaciones, en tanto esta restricción no impide hacer preguntas con el fin de aclarar y comprender una orden, para poder cumplirla. Con la norma se prohíbe que un subalterno cuestione a un superior y le exija que explique el sustento de una orden, en el desarrollo de operaciones militares. En modo alguno se advierte que el propósito de la norma sea evitar que una persona pregunte por el sentido y alcance de una orden, por cuanto no la comprendió cabalmente y puede ser que no la pueda cumplir. Aunque es cierto que el principio de obediencia debida no implica el principio de obediencia ciega, también es cierto que tampoco implica el principio de obediencia participativa.

5.3. El segundo grupo de problemas jurídicos planteados se refería a la regulación de la notificación personal en el contexto de los procesos disciplinarios militares. El primer cuestionamiento de este segundo grupo, fue determinar si el Legislador vulnera el derecho al debido proceso y a la defensa de una persona de las Fuerzas Militares investigada disciplinariamente, por permitir que la notificación se haga 'por cualquier medio de comunicación 'si la persona está en un área de operaciones militares. Para la Corte la respuesta a este problema es afirmativa. La norma legal acusada no es razonable, porque si bien persigue un fin imperioso (dar a conocer el proceso al interesado), lo hace por un medio que no es conducente para alcanzarlo y que puede ser, incluso, contraproducente y vulnerar el mismo fin que se busca proteger. Al establecer que se puede notificar por cualquier medio, el Legislador renunció a fijar las mínimas condiciones y reglas para adelantar el proceso, en ejercicio de su amplio margen de configuración, dejando en las manos de los funcionarios que adelantan el proceso decidir cómo, cuándo y de qué manera se puede realizar la notificación. El derecho a un debido proceso supone entre otras cosas, fijar las condiciones mínimas para que el inicio de una investigación sea notificada. Esto no se consigue con normas tan amplias como la que se estudia.

Finalmente, en el último problema jurídico analizado, la Sala tuvo que determinar si el Legislador viola el derecho al debido proceso y a la defensa de una persona de las Fuerzas

Militares investigada disciplinariamente, al establecer que se entienda que ha sido notificada personalmente en la fecha en la que el correo electrónico ha sido enviado y no cuando ha sido recibido. Para la Sala, la respuesta a este dilema es afirmativa, teniendo en cuenta que la norma parcialmente acusada busca un fin imperioso a la luz de la Constitución (asegurar la eficaz y célere notificación, con el debido respeto de los derechos procesales constitucionales) pero lo hace por un medio que no es efectivamente conducente para alcanzarlo (asumir que la notificación se efectuó en la fecha en la que el mensaje se envió y no cuando se tuvo acceso efectivo al mismo).

5.4. Por tanto, la Corte, primero, declarará exequibles las expresiones legales acusadas contenidas en los numerales 18 y 19 del Código Disciplinario Militar (Ley 1862 de 2017) por los cargos y en los términos señalados (esto es, que no se pueden aplicar las sanciones cuando el cumplimiento de la orden cuestionada, incumplida o modificada implicaba una violación a los derechos humanos, una infracción al derecho internacional humanitario -DIH- o al derecho internacional de los derechos humanos). Segundo, declarará inexecutable el inciso final del artículo 153 de Código Disciplinario Militar. De forma similar, se condicionarán las expresiones cuestionadas de los artículos 159 y 122 acusados sobre notificaciones por medios electrónicos, en el entendido de que exista evidencia de que la recepción del mensaje electrónico enviado efectivamente se dio.

VII. DECISIÓN

(1) El Legislador viola la libertad de conciencia (Art. 18, CP) al sancionar disciplinariamente con falta gravísima a una persona de las Fuerzas Militares por ‘demandar explicaciones al superior sobre el fundamento de una orden’ en ejecución o conducción de operaciones militares, o cuando la orden se incumple o se cambia sin autorización, cuando el cumplimiento de la orden implica una violación a los derechos humanos, una infracción al derecho internacional humanitario -DIH- o al derecho internacional de los derechos humanos.

(2) El Legislador no viola el principio de obediencia debida (Art. 91, CP), al sancionar disciplinariamente como falta gravísima demandar las explicaciones sobre el fundamento de una orden militar en el área de operaciones.

(3) El Legislador viola el derecho al debido proceso y a la defensa de una persona de las

Fuerzas Militares investigada disciplinariamente, al permitir que la notificación personal en el contexto de un proceso disciplinario se haga ‘por cualquier medio de comunicación’, cuando la persona esté en el área de operaciones.

Y, (4) el Legislador viola el derecho al debido proceso y a la defensa de una persona perteneciente a las Fuerzas Militares investigada disciplinariamente al entender que ha sido notificada personalmente en la fecha en la que el correo electrónico fue enviado y no cuando fue recibido, así se exija el consentimiento previo del investigado o el defensor.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del Pueblo, y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar EXEQUIBLES las expresiones acusadas de los numerales 18 y 19 del artículo 76 del Código Disciplinario Militar (Ley 1862 de 2017) por los cargos analizados y en los términos señalados en la presente sentencia.

SEGUNDO.- Declarar INEXEQUIBLE el inciso final del artículo 153 de Código Disciplinario Militar.

TERCERO.- Declarar EXEQUIBLES las expresiones acusadas del Artículo 159 del Código Disciplinario Militar (Ley 1862 de 2017) y el artículo 122 del Código General Disciplinario (Ley 1952 de 2019), por el cargo analizado, bajo el entendido de que debe existir evidencia acerca de que la recepción del mensaje electrónico efectivamente se dio.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase y archívese el expediente.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Presidenta

Ausente con permiso

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

Salvamento parcial de voto

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

Ausente con permiso

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

Con aclaración de voto

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

Impedimento aceptado

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO

CARLOS BERNAL PULIDO

A LA SENTENCIA C-570/19

NORMA ACUSADA-No vulneración del debido proceso (Salvamento parcial de voto)

LEGISLADOR-Facultad de incorporar al régimen de notificaciones procesales los avances tecnológicos planteados por la informática (Salvamento parcial de voto)

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Exequibilidad pura y simple (Salvamento parcial de voto)

Referencia: Expediente D-13.210

Magistrada Ponente:

DIANA FAJARDO RIVERA

En atención a la decisión adoptada por la Sala Plena, salvo parcialmente mi voto frente al resolutivo tercero pues no era pertinente condicionar los artículos 159 de la Ley 1862 de 2017 y 122 de la Ley 1952 de 2019, con fundamento en las siguientes razones:

1. No se evidencia que las normas demandadas en abstracto vulneren el debido proceso, toda vez que dichas disposiciones buscan un medio expedito para notificar al investigado y a su defensor “si previamente y, por escrito, hubieren aceptado ser notificados de esta manera”. Así, los eventos descritos por el demandante se refieren a situaciones relacionadas con la indebida notificación que son resueltas de modo particular dentro del respectivo proceso disciplinario, las cuales, de acreditarse en curso de la notificación conducen a la nulidad de todo lo actuado[78], mas no a la inconstitucionalidad de una forma supletiva de

notificación empleada por la entidad dada la expresa autorización del implicado.

2. La Corte señaló en varias sentencias[79] que dentro de la libertad de configuración del legislador está el determinar las formas de notificación judicial y administrativa, así como las respectivas formalidades que deben cumplirse en cada acto de comunicación procesal. De esta forma, la ley dispuso un medio alternativo y voluntario de notificación, esto es mediante correo electrónico, por considerarlo un mecanismo adecuado, idóneo y eficaz, que garantiza el principio de publicidad y el debido proceso[80].

3. Adicionalmente, se trata de una disposición que resulta compatible con el avance de las tecnologías de la información y cuya prueba se obtiene de los respectivos servidores de la entidad, programas o administradores de correo electrónico, lo cual no es un asunto que le competa directamente a la Constitución. Máxime cuando esta forma de notificación subsidiaria ha sido empleada en otras materias, como la tributaria, contractual, cambiaria, aduanera[81], administrativa[82], privada y comercial[83], sin que en dichas oportunidades existiera dudas de su compatibilidad con la Constitución. En este sentido, la Sala Plena debió declarar la exequibilidad simple de las normas demandadas.

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

[1] La acción fue presentada contra los artículos 6, 76, 153 y 159 de la Ley 1862 de 2017 y el 122 de la Ley 1952 de 2019.

[2] Autos del 16 de mayo y el 10 de junio de 2019, proferidos por la Magistrada sustanciadora.

[3] Auto de 16 de mayo de 2019. La Magistrada sustanciadora resolvió inadmitir los cargos formulados contra las siguientes normas de la Ley 1862 de 2017: el numeral 3 del artículo 6 y los numerales 15, 18 y 19 del artículo 76, acusadas de violar el principio de legalidad y el artículo 91 de la Constitución; el inciso final del artículo 153, acusado de violar el derecho a la igualdad; y los artículos 159 de esa misma ley y 122 de la Ley 1952 de 2019, por violar el derecho de acceso a la justicia.

[4] Auto de 10 de junio de 2019, M.P. Diana Fajardo Rivera.

[5] Acción de inconstitucionalidad, Expediente D-13210, folios 1 y siguientes. Corrección de la acción de inconstitucionalidad, Expediente D-13210, folios 88 y siguientes.

[6] El accionante se refiere a dos faltas graves (numerales 34 [demandar explicaciones sobre fundamentos de una orden, reconvención u observación sin tener en cuenta la cortesía militar] y 35 [incumplir o cambiar sin autorización las órdenes impartidas], artículo 76 del Código Disciplinario Militar) y una falta leve (numeral 17, artículo 78 del mismo Código [demandar explicaciones al superior sobre el fundamento de una orden, reconvención u observación]).

[7] A juicio del accionante: “No es de buen recibo que un tipo disciplinario restrinja la iniciativa disciplinada de los comandantes en los distintos niveles para adaptar sus decisiones a los cambios imperantes en el campo de operaciones; mantener el tipo disciplinario atacado, solo conduce a frenar la iniciativa de los comandantes, cuestión ajena al contenido del Artículo 91 constitucional, ya que la redacción actual del tipo disciplinario conduce a que se pueda vincular a un comandante porque usó su criterio adecuado al momento operacional y modificó una orden durante la ejecución o conducción de una operación militar ”

[8] Escrito presentado el 23 de mayo de 2019. Expediente, Proceso D-13210.

[9] Dice el escrito de corrección de la demanda al respecto: “Como abogado conozco parte de nuestro ordenamiento jurídico, como Suboficial en uso de buen retiro, e integrante de la Reserva Activa del Ejército Nacional que soy, y por haber estado en filas durante veintidós años y quince días ininterrumpidos, me sobra la convicción de que las normas demandadas aparte de inconvenientes porque permiten poderes exorbitantes a los comandantes, resultan lesiv[a]s de los derechos de los militares destinatarios del Código Disciplinario Militar”.

[10] Resalta el accionante que: “el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece que la administración puede notificar sus ‘actos’ por medios electrónicos previa aquiescencia del administrado. Lo mismo dice las dos normas demandadas. Por actos dentro de un proceso disciplinario deben entenderse los fallos, y los autos interlocutorios y de sustanciación. || Por tanto, y en mérito de la garantía constitucional debida a los disciplinables, entre dos normas que se contraponen, debe

preferirse la que más le favorece. En este caso la norma más favorable es la contenida en el Artículo 56 inciso 3° de la Ley 1437 de 2011, frente a los Artículos 159 y 122 de las Leyes 1862 y 1952, respectivamente. || Y no es que le esté proponiendo a la Corte un examen de legalidad de la norma, sino que me refiero a la aplicación del principio de favorabilidad de que trata el Artículo 29 superior, inciso 3° [...]”.

[11] Dice el accionante al respecto: “Si hay una norma anterior que favorece al investigado –cual es que la notificación por correo electrónico debe entenderse surtida en el momento en que el destinatario acceda a ella-, no es de recibo frente al principio de progresividad en los Derechos Humanos que una norma posterior se contraponga sin justificación a la norma antigua aún vigente y más favorable. Y menos es de recibo que esa norma posterior subsista en el ordenamiento jurídico, cuando claramente la aplicación de la norma más favorable resuelve el conflicto creado con las normas que se demandan.”

[12] Expediente D-13210, folios 141 y siguientes.

[13] Expediente D-13210, folios 196 y siguientes.

[14] Dice la intervención: “La Constitución Política, en su artículo 217, reconoce de manera expresa un régimen especial en materia disciplinaria para los miembros de las Fuerzas Militares. Con fundamento en el referido precepto superior, se tiene que ese tratamiento diferenciado se materializa en la vigente Ley 1862 de 2017 [...]”.

[15] Dice la intervención: “Ahora bien: no se advierte, en modo alguno, una situación en la cual el precepto acusado comporte una transgresión con la libertad de conciencia, específicamente con la posibilidad de acogerse a la objeción de conciencia, máxime cuando, de acuerdo con los parámetros fijados por la Corte Constitucional, tal situación impone el cumplimiento de determinadas cargas por parte de quien pretende oponerla, cuya cabal satisfacción no podría darse en una operación que se encuentra en ejecución o desarrollo. || La norma demanda, entonces, no señala –y lógicamente no es factible entender que lo hace- que se habrá de castigar la conducta consistente en preguntar o indagar con la finalidad de aclarar dudas que puedan existir en torno a la operación que habrá de desarrollarse. Sin embargo, se advierte que del texto de la demanda que en la aplicación de la norma es factible que un operador jurídico llegue a darle tal dimensión, por lo que se estima conveniente que la Corte Constitucional clarifique este aspecto, declarando la

exequibilidad condicionada de la norma, de modo que se deslinde el radio de alcance de la expresión demandada.” Expediente D-13210.

[16] Añade la intervención: “Y ello, más aún si se considera que la propia Ley 1862 de 2017 prevé, justamente, el evento al cual alude el demandante como base de su pretensión, esto es, la posibilidad de incumplir o cambiar la orden del superior si se han producido cambios en las circunstancias de tiempo o modo en que ella debía cumplirse, o si surgen eventos imprevisibles o irresistibles (fuerza mayor o caso fortuito); en efecto, el artículo 11 ibídem regula este tipo de situaciones, fijando el procedimiento que ha de seguirse al efecto, en concordancia con los artículos 12 y 13, eiusdem, atinentes al conducto regular.”

[17] Dice al respecto la intervención: “[...] con acierto lo sostiene el demandante, los medio de comunicación empleados para establecer contacto con las unidades militares que se encuentran en desarrollo de operaciones se muestran, prima facie, insuficientes e inidóneos para lograr que el procesado tenga conocimiento real y efectivo de la decisión que deba notificarse de manera personal (apertura de indagación, el auto de citación a audiencia, el auto que niega la práctica de las pruebas y los fallos de primea y segunda instancia). || [...] || Bajo esta óptica, el ejercicio pleno del derecho a la defensa sólo quedaría a salvo sólo si la norma garantizara que el procesado podrá conocer, analizar y estudiar la providencia correspondiente, lo cual no ocurre en el texto acusado, por lo que resulta violatorio de este derecho fundamental. || Adicionalmente, también asiste razón al actor cuando argumenta que al militar así notificado, por encontrarse en el área de operaciones, le resultará imposible ejercer su defensa material y técnica. En efecto, el impedimento de ausentarse de la zona geográfica donde el militar se encuentra en despliegue de una operación militar comporta, de forma simultánea, un recorte ostensible del derecho a la defensa, como quiera que al militar notificado le resultará o imposible o, por lo menos, sumamente complejo seleccionar y asesorarse de un abogado de confianza, establecer comunicación privada y fluida con el defensor seleccionado, trazar una estrategia probatoria oportuna y adecuada, máxime cuando el acopio y recolección de información y/o pruebas estará limitado de facto, en atención al lugar en el que el notificado se halle en desarrollo de la operación militar. En síntesis, la norma demandada genera una situación de indefensión, no obstante lo cual la contabilización de términos procesales se activa una vez el agente estatal ha sido ‘notificado’ a través del mecanismo en ella previsto.”

[18] Al respecto dijo la intervención: “Desde este prisma, la notificación personal se entenderá surtida aun cuando el investigado no haya logrado tener un conocimiento real y efectivo de la decisión, máxime cuando es factible que, por fallos en los sistemas de comunicaciones, el mensaje de fax o correo electrónico sea enviado, pero no sea efectivamente recibido por el destinatario. || Es importante destacar que el derecho disciplinario y el trámite del proceso disciplinario, por su naturaleza, como manifestación del *ius punendi* estatal, puede implicar una afectación a derechos fundamentales con mayor intensidad de la que puede genera el impulso de un proceso, por ejemplo, civil. || [...] llama entonces la atención que la norma acusada introduzca un estándar más laxo de cara a la comprobación del recibo efectivo de la comunicación telemática o electrónica por parte del procesado, con respecto al establecido en el inciso 5° del numeral 3° del artículo 291 del Código General del Proceso, según el cual, en caso de notificación por correo electrónico, se presume ‘que el destinatario ha recibido la comunicación cuando el iniciador recepcione acuse de recibo’”.

[19] Sentencia T-409 de 1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz.

[20] Concepto N° 6623 de agosto 2 de 2019, Procuraduría General de la Nación.

[21] Continúa el Procurador: “Aunado a lo anterior, los principios militares suponen que las órdenes operacionales, de seguridad e inteligencia militar, son impartidas por personal capacitado para ello, orden que debe ser ‘legítima, lógica, oportuna, clara, precisa, concisa y relacionada con el servicio o función’ y quienes las reciben deben obedecerlas, es decir, cumplir la voluntad de quien manda.”

[22] De acuerdo con la Constitución Política (Arts. 40 y 241-1), la Corte Constitucional es competente para conocer acciones públicas de inconstitucionalidad presentadas por cualquier persona que sea ciudadana, en ejercicio de sus derechos políticos. Según las reglas constitucionales y reglamentarias aplicables, las acciones de inconstitucionalidad deben contener tres elementos esenciales: (1) referir con precisión el objeto demandado, (2) el concepto de la violación y (3) la razón por la cual la Corte es competente para conocer del asunto (Art.. 241, CP; Art. 2, Decreto 2067 de 1991). En cuanto al concepto de la violación, la jurisprudencia constitucional ha indicado de forma reiterada y pacífica que los cargos deben cumplir con tres parámetros básicos: (1) el señalamiento de las normas

constitucionales que consideren infringidas (Art. 2, num.2, Decreto 2067 de 1991); (2) la exposición del contenido normativo de las disposiciones constitucionales que riñe con las normas demandadas y (3) exponer las razones por las cuales los textos normativos demandados violan la Constitución. En tal sentido, la Corte Constitucional ha precisado que las razones expuestas, para sustentar cabalmente la censura constitucional deben ser, al menos: “claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes” [al respecto ver la Sentencia C-1052 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa]. La claridad, ha sostenido la Corporación, es indispensable “para establecer la conducencia del concepto de la violación”, pues aunque se trate de una acción pública, es necesario seguir un hilo conductor que permita comprenderla. La certeza, por su parte, exige que “la demanda recaiga sobre una proposición jurídica real y existente” cuyo contenido sea verificable y no sobre deducciones, supuestos o proposiciones hechos por el demandante mas no por el legislador. La especificidad se predica de aquellas razones que ‘definen con claridad la manera como la disposición acusada desconoce o vulnera la Carta Política’, formulando, por lo menos un “cargo constitucional concreto contra la norma demandada’ para que sea posible determinar si se presenta una confrontación real, objetiva y verificable, dejando de lado argumentos ‘vagos, indeterminados, indirectos, abstractos y globales’. La pertinencia, como atributo esencial de las razones expuestas al demandar una norma por inconstitucional, indica que “el reproche formulado por el peticionario debe ser de naturaleza constitucional”, esto es, basado en la evaluación del contenido de una norma superior frente al de la disposición demandada, apartándose de sustentos “puramente legales y doctrinarios”, [22] o simples puntos de vista del actor buscando un análisis conveniente y parcial de sus efectos. Finalmente, la suficiencia se refiere, por una parte, a “la exposición de todos los elementos de juicio (argumentativos y probatorios) necesarios para iniciar el estudio de constitucionalidad respecto del precepto objeto de reproche”, y por otra, a la exposición de argumentos que logren despertar “una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma impugnada” que haga necesario un pronunciamiento de la Corte. En la Sentencia C-1052 de 2001 se recopilaron los criterios fijados y decantados hasta aquel momento por la jurisprudencia constitucional, y así han sido reiterados en muchas decisiones posteriores. Entre otras, ver por ejemplo, las siguientes providencias: Sentencia C-874 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil; Sentencia C-371 de 2004. M.P. Jaime Córdoba Triviño; Autos 033 y 128 de 2005. M.P. Álvaro Tafur Galvis; Sentencia C-980 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil; Auto 031 de 2006. M.P. Clara Inés Vargas Gutiérrez; Auto

267 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; Auto 091 de 2008. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Sentencia C-942 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez; Sentencia C-333 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa; Auto 324 de 2014. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; Sentencia C-088 de 2016. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; Sentencia C-206 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo S.V. Alberto Rojas Ríos; Sentencia C-351 de 2017. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo; Sentencia C-645 de 2017. M.P. Diana Fajardo Rivera; Sentencia C-688 de 2017. M.P. Carlos Bernal Pulido, S.V. José Fernando Reyes Cuartas.

[23] Uno de los primeros desarrollos legislativos de la Constitución de 1991 fue la creación del Sistema Nacional Ambiental, SINA, que estableció en uno de sus artículos (Art. 103, Ley 99 de 1993) que las Fuerzas Armadas “velarán en todo el territorio nacional por la protección y defensa del medio ambiente y los recursos naturales renovables y por el cumplimiento de las normas dictadas con el fin de proteger el patrimonio natural de la nación, como elemento integrante de la soberanía nacional”; adicionalmente, a la Armada Nacional se le da la siguiente función: tener “a su cargo el ejercicio de las funciones de control y vigilancia en materia ambiental y de los recursos naturales, en los mares y zonas costeras, así como la vigilancia, seguimiento y evaluación de los fenómenos de contaminación o alteración del medio marino”.

[24] Constitución Política, Artículo 219.- [...] Los miembros de la Fuerza Pública no podrán ejercer la función del sufragio mientras permanezcan en servicio activo, ni intervenir en actividades o debates de partidos o movimientos políticos.

[25] Las expresiones “incluso con la entrega de la propia vida cuando sea necesario” fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional en la Sentencia C-430 de 2019. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo, A.V. Alberto Rojas Ríos, por los cargos examinados en la sentencia.

[26] Artículo 2°, normas de conducta del Militar Colombiano y Código Disciplinario Militar: El militar ajustará su comportamiento a la ética, disciplina, condición, principios, valores y virtudes característicos de las Fuerzas Militares.

[27] Artículo 3° normas de conducta del Militar Colombiano y Código Disciplinario Militar, el cual establece además que la disciplina militar es “el factor de cohesión que obliga a mandar con responsabilidad y a obedecer lo mandado, será practicada y exigida en las

Fuerzas Militares como regla de actuación. Tiene su expresión colectiva en el acatamiento a la Constitución y su manifestación individual en el cumplimiento de las órdenes recibidas; contrarresta los efectos disolventes de la lucha, crea íntima cohesión y permite al superior exigir y obtener del subalterno que las órdenes sean ejecutadas con exactitud y sin vacilación. Implica la observancia de las normas y órdenes que consagra el deber profesional.”

[28] Normas de conducta del Militar Colombiano y Código Disciplinario Militar, Artículo 5o. Principios de la Condición Militar. La condición del militar se sustenta en el acatamiento de la Constitución y las leyes, la total convicción por el respeto de la dignidad humana, la transparencia, veracidad y efectividad de sus actos, la unión, el mejoramiento continuo y la búsqueda de cooperación e integración interinstitucional.

[30] La Ley 836 de 2003, derogada por la Ley 1862 de 2017, establecía en su Artículo 6º: RECONOCIMIENTO DE LA DIGNIDAD HUMANA. Todo miembro de las Fuerzas Militares a quien se le atribuya una falta disciplinaria tiene derecho a ser tratado con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. [Esta norma se recoge en el nuevo Artículo 42 del Código Disciplinario Militar, citado posteriormente.]

[31] Numeral 1º, Artículo 15, normas de conducta del Militar Colombiano y Código Disciplinario Militar.

[32] Numeral 3º, Artículo 15, normas de conducta del Militar Colombiano y Código Disciplinario Militar.

[33] Numeral 5º, Artículo 15, normas de conducta del Militar Colombiano y Código Disciplinario Militar.

[34] La Ley 48 de 1993 (por la cual se reglamentaba el servicio de Reclutamiento y Movilización) establecía en su artículo 2º, de acuerdo con la Constitución (Art. 217), que “[las] Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.” Esta Ley fue derogada por la Ley 1861 de 2017 (Por la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento, control de reservas y la movilización), Art. 81, pero replicó en la ley nuevamente el texto constitucional en su Artículo 2º, sobre la funciones de las Fuerzas

Militares.

[35] Corte Constitucional, Sentencia T-881 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett. En este caso se tuteló el derecho a la dignidad humana de personas reclusas en condición de hacinamiento en una cárcel, para que no se les cortara el servicio de energía eléctrica.

[36] Código Disciplinario Militar, ARTÍCULO 42. RECONOCIMIENTO DE LA DIGNIDAD HUMANA. El Código Disciplinario Militar tendrá como fundamento el respeto a la dignidad humana.

[37] Corte Constitucional. Sentencia C-027 de 1993. M.P. Simón Rodríguez Rodríguez; S.V. José Gregorio Hernández Galindo. Para la Corte una de las normas del Concordato, implicaba una doble imposición de la Iglesia, para el Estado colombiano, una religiosa y otra reglamentaria. La religiosa se daba en los batallones y demás guarniciones militares, a través de la vicaría castrense y porque los militares están sometidos a esta religión. La reglamentaria, porque los postulados, el ejercicio pastoral, las instrucciones y la educación religiosa y moral, se les impartiría a los militares, de conformidad con los criterios que al efecto determine la Santa Sede, de acuerdo con el Gobierno. Para la Corte esta situación podía generar incluso problemas de disciplina, pues “los sacerdotes que ofician como capellanes en cualquier destacamento militar, ostentan un grado de oficial en la jerarquía militar colombiana y por ello, con mayor razón, la tropa en general, le debe sumisión y obediencia.” Eso sí, se aclaró que no se desconocía el hecho religioso, nada impedida que “[...] la Iglesia Católica por su propia cuenta y sin comprometer al Estado colombiano, [...] presente sus oficios religiosos y pastorales a la población castrense que voluntariamente quiera recibirlos, al igual de lo que podría hacer cualquiera otra confesión religiosa. O que el Estado en igualdad de condiciones se comprometa al respecto con todas las religiones.” Para la Corte, en tanto las “fuerzas armadas son el brazo armado del Estado de Derecho” La norma del Concordato señalaba lo siguiente: ‘La atención espiritual y pastoral de los miembros de las fuerzas armadas se ejercerá por medio de la vicaría castrense según normas y reglamentos dictados para el efecto por la Santa Sede, de acuerdo con el Gobierno’.

[38] Corte Constitucional, Sentencia C-225 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[39] Corte Constitucional, Sentencia C-225 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[40] Corte Constitucional, Sentencia C-225 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Continúa la Sentencia: “Así lo consagra, por ejemplo, la ‘Convención contra la tortura, y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes’ de las Naciones Unidas, la cual fue suscrita por nuestro país el 10 de abril de 1985, aprobada por la Ley 70 de 1986, ratificada el 8 de diciembre de 1987 y, por ende, en vigor para Colombia desde el 7 de enero de 1988. El artículo 2º ordinal 3º de esta Convención, la cual prevalece en el orden interno, puesto que reconoce derechos que no pueden ser suspendidos en los estados de excepción (CP art. 93), establece inequívocamente que ‘no podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura’.”

[41] Corte Constitucional, Sentencia C-578 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[42] Corte Constitucional, Sentencia C-578 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[43] Corte Constitucional, Sentencia C-578 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Dijo la Corte: “La seguridad de que finalmente la responsabilidad de la actuación antijurídica del subalterno, se radica y juzga en cabeza del superior, no contribuye a aplacar ni a morigerar las consecuencias negativas que se derivan de la concepción absoluta de la exoneración de responsabilidad. La condena posterior del superior y la orden de resarcir los daños eventuales producidos por el inferior, no previenen ni sancionan la vulneración y el sacrificio de los derechos de las personas que el subalterno encuentra a su paso y conculca, a sabiendas de lo que hace y de lo que significan sus actos. La afectación de las instituciones constitucionales, perpetrada por el inferior consciente de la ilicitud de su obrar, tampoco se previene, sanciona o disuade con el mero desplazamiento de la responsabilidad en la escala del mando. || [...] la eximente de responsabilidad del militar subalterno, que tiene un sentido puramente orgánico y funcional, debe ser relativizada, de suerte que se garantice su campo de acción racional y razonable, donde pueda desempeñar el cometido que la inspira, pero sin poner en peligro la vigencia de la Constitución. De lo contrario, lo que es un simple medio para asegurar la eficacia de las fuerzas militares y la disciplina, se convierte en un fin en sí mismo, dislocado completamente de su objetivo constitucional. Es evidente que la disciplina en la que se apoya la regla de responsabilidad que la Corte analiza, es un medio al servicio de la misión que la Constitución encomienda a las fuerzas militares, la cual, a su vez, es asimismo el medio material que garantiza la vigencia del Estatuto superior. [...]”

[44] Corte Constitucional, Sentencia C-578 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. La Corte, sostuvo aquella ocasión, “[...] en su función de guardiana de la integridad de la Constitución, no puede privilegiar una interpretación aislada de un mecanismo constitucional que conduce a tamaña irracionalidad.”

[45] Corte Constitucional, Sentencia C-578 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Dijo la Corte: “Las circunstancias objetivamente pueden impedir al militar subalterno, anteponer su deber superior y prevalente de obediencia a la Constitución, en relación con órdenes que la quebrantan y, por consiguiente, exceden la órbita de competencia de su emisor y, en este caso, la misma Constitución excusa la responsabilidad que de otro modo se le debería imputar. Empero, en ese caso, si el subalterno está en grado de conocer la inconstitucionalidad de la orden y evitar la acción, anteponer el deber de obediencia militar al de obediencia constitucional, comprometerá su responsabilidad y no podrá alegar en su favor eximente alguna, pues no es ajeno volitivamente a su vulneración.”

[46] Corte Constitucional, Sentencia C-578 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[47] Corte Constitucional, Sentencia C-431 de 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; S.P.V. Jaime Araújo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra, Clara Inés Vargas Hernández, Rodrigo Escobar Gil.

[48] Corte Constitucional, Sentencia C-540 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; S.P.V. María Victoria Calle Correa; Luis Ernesto Vargas Silva; Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; Nilson Pinilla Pinilla; Mauricio González Cuervo.

[49] Corte Constitucional, Sentencia C-540 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; S.P.V. María Victoria Calle Correa; Luis Ernesto Vargas Silva; Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; Nilson Pinilla Pinilla; Mauricio González Cuervo.

[50] La Sentencia C-540 de 2012 cita al Relator especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo en los siguientes términos: “24. Es de buena práctica que la legislación nacional exija a los miembros de los servicios de inteligencia que se nieguen a obedecer órdenes que, a su juicio, violarían la legislación nacional o la normativa internacional de derechos humanos. Si bien esta disposición es más habitual en las leyes aplicables a las fuerzas armadas, varios

Estados la han incluido en los reglamentos de sus servicios de inteligencia. La obligación de los miembros de los servicios de inteligencia de negarse a obedecer órdenes ilegales es una salvaguardia importante contra posibles abusos de los derechos humanos, así como contra las órdenes que imparten los gobiernos en ejercicio para promover o proteger sus intereses propios. Un principio acreditado del derecho internacional es que los individuos no están exentos de responsabilidad penal por las violaciones graves de los derechos humanos que hayan cometido en cumplimiento de la orden de un superior. Por consiguiente, para eludir la responsabilidad penal individual, los miembros de los servicios de inteligencia están obligados a negarse a obedecer cualquier orden que, a su leal saber y entender, sea manifiestamente ilegítima. Esto pone de relieve la importancia de la formación en derechos humanos de los funcionarios de los servicios de inteligencia, que han de ser conscientes de los derechos y obligaciones que les incumben en virtud del derecho internacional (véase la práctica 19). Para promover la no tolerancia de los abusos de los derechos humanos, los Estados ofrecen protección jurídica contra represalias a los miembros de los servicios de inteligencia que se nieguen a obedecer órdenes ilegales. La obligación de negarse a obedecer órdenes ilegales está estrechamente vinculada con la existencia de mecanismos internos o externos que permitan a los empleados de los servicios de inteligencia dar a conocer sus temores acerca de las eventuales órdenes ilegales.”

[52] Corte Constitucional, Sentencia C-431 de 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[53] Artículo 86 de la Ley 1862 de 2017, Código Disciplinario Militar.

[54] Corte Constitucional, Sentencia C-034 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa, S.V. Jorge Iván Palacio Palacio, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alberto Rojas Ríos, Luis Ernesto Vargas Silva. Se dijo en esta ocasión: “[E]n materia de procedimientos la libertad de configuración posee mayor amplitud que en otros ámbitos, pues así lo disponen los artículos 150 constitucional, numeral 1 y 2, en concordancia con los artículos 29, 86, 87, 228 y 229 constitucionales, que lo facultan para establecer requisitos, tiempos, procedimientos, recursos, etc., de manera que el Legislador puede regular el derecho de acceso a la administración de justicia pero no tornarlo ilusorio, razón por la que se exige que las restricciones que en virtud de esa potestad legislativa se lleguen a imponer, deben ser proporcionales frente a este derecho fundamental y al principio constitucional consagrado en el artículo 238, según el cual lo sustancial debe primar sobre lo formal”. En esta

sentencia se sigue lo dispuesto en la Sentencia C-598 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, S.P.V. María Victoria Calle Correa, A.V. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo., que, a su vez, siguió lo dispuesto en las sentencias C-562 de 1997. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa., C-680 de 1998. M.P. Carlos Gaviria Díaz., C-1512 de 2000. M.P. Álvaro Tafur Galvis, S.V. Jairo Charry Rivas., C-131 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño, S.V. Rodrigo Escobar Gil y C-204 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis, S.P.V. Jaime Araujo Rentería.

[55] Corte Constitucional, Sentencia C-401 de 2010. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Se cuestionó la caducidad de 20 años para la acción sancionatoria ambiental, por ser un término que podía impedir al Estado cumplir su tarea.; se decidió la constitucionalidad de la norma, en razón al ámbito de configuración legislativa sobre aspectos procesales, en general.

[56] Corte Constitucional, Sentencia C-592 de 1998. M.P. Fabio Morón Díaz. Examina la demanda contra algunos artículos de la Ley 415 de 1997, en particular por la supuesta violación al derecho a la igualdad al excluir del subrogado penal de libertad condicional consagrado en el artículo 72ª del Código Penal a quienes hubieren cometido delitos de mayor gravedad, y someterlo al cumplimiento de ciertos requisitos y procedimientos. La Corte declaró exequible la norma con base en la potestad del legislador de reglamentar ciertos procedimientos.

[57] Corte Constitucional, Sentencia C-437 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. A propósito de una demanda sobre el término para reformar la demanda dentro del plazo de caducidad de la acción electoral, se reiteró el amplio margen de configuración legislativa para los procedimientos, y se declaró la exequibilidad de la norma.

[58] Corte Constitucional, Sentencia T-570 de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. En este caso se consideró que la accionante ha debido tratar su reclamo empleando el procedimiento ordinario laboral, y el no usarlo teniéndolo, impedía reclamar violaciones al derecho al debido proceso.

[59] Corte Constitucional, Sentencia C-738 de 2006. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Se analizó la temeridad en la queja por acoso laboral y la supuesta incertidumbre por no fijar un procedimiento y las reglas de prueba para que el juez fije la multa; se reiteró el amplio margen de configuración legislativa y se declaró exequible el procedimiento, aunque

también se declaró inexecutable la expresión que determinaba descontar la multa del salario de forma sucesiva durante los 6 meses siguientes, por considerarla desproporcionada y por ende sobrepasar los amplios límites del legislador en la materia.

[60] Corte Constitucional, Sentencia C-652 de 1997. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. En este fallo la Corte encontró conforme a la Carta el establecimiento de plazos perentorios para el ejercicio de determinados recursos procesales en casos de violencia intrafamiliar, vencidos los cuales ya no era posible interponerlos pues “existe un interés general por parte del Estado y de la sociedad para que los procesos judiciales se surtan en forma oportuna y diligente”. Reiterada entre otras en la Sentencia C-1195 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra, S.V. Alfredo Beltrán Sierra, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández y Jaime Araujo Rentería; A.V. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Uprimny Yepes.

[61] Al respecto pueden verse, entre otras, las sentencias C-1195 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra, S.V. Alfredo Beltrán Sierra, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández y Jaime Araujo Rentería; A.V. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Uprimny Yepes; C-372 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, S.V. María Victoria Calle Correa y Humberto Sierra Porto o C-493 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo, S.V. Alberto Rojas Ríos. Esta posición la recordó recientemente la Sentencia C-031 de 2019. M.P. Gloria Ortiz Delgado, al señalar que “si bien los procedimientos pertenecen [al] amplio margen de configuración legislativa, el grado de escrutinio judicial de los mismos se hace más estricto cuando se alega que a partir de los efectos del trámite se estaría ante una posible afectación de derechos constitucionales. En otras palabras, cuando la Corte evidencia que la regulación procesal puede tener un grado de afectación e impacto a los derechos, eleva el grado de intensidad del juicio de proporcionalidad, pasándose del leve al intermedio.”

[62] Al respecto ver, entre otras, las sentencias T-451 de 1993. M.P. Jorge Arango Mejía; SU-067 de 1993. M.P. Ciro Angarita Barón y Fabio Morón Díaz; T-268 de 1996. M.P. Antonio Barrera Carbonell; T-799 de 2011. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, A.V. María Victoria Calle Correa; T-283 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, S.V. Luis Ernesto Vargas Silva y SU-241 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, S.V. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. En esas decisiones se estudiaron violaciones al derecho al debido proceso por

limitar el acceso efectivo de los recursos judiciales, anulando sus efectos, lo que dio lugar a conceder la protección de la tutela frente a decisiones judiciales o administrativas.

[63] Ver entre otras las sentencias de la Corte Constitucional, T-399 de 1993. M.P. José Gregorio Hernández Galindo; T-502 de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara; C-1195 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda y Marco Gerardo Monroy Cabra; C-371 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-222 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa; C-390 de 2014. M.P. Alerto Rojas Ríos, A.V. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y S.P.V. Alberto Rojas Ríos.

[64] Corte Constitucional, Sentencia C-783 de 2004. M.P. Jaime Araújo Rentería, con A.V. En la Sentencia C-798 de 2003 (M.P. Jaime Córdoba Triviño. S.P.V. Jaime Araújo Rentería; S.V. Rodrigo Escobar Gil), ya se había dicho al respecto: “lo anterior no significa que la única manera de informar la existencia del auto que da inicio al proceso ejecutivo sea la notificación personal, toda vez que si bien es cierto la ley la concibe como el principal mecanismo de publicidad de la decisión judicial, no lo es menos que no lo diseñó como la única, pues, de manera supletiva, acudió a la notificación por aviso o mediante emplazamiento”.

[65] Corte Constitucional, Sentencia C-783 de 2004. M.P. Jaime Araújo Rentería, con A.V. Dijo la Corte en esa oportunidad: “el demandado puede decidir libremente si comparece al despacho judicial a notificarse personalmente o se notifica posteriormente, en el lugar donde reside o trabaja y sin necesidad de desplazarse, por medio del aviso como mecanismo supletivo. || En esta forma, la práctica de la notificación personal depende exclusivamente de la voluntad del demandado. En este sentido no es válido jurídicamente afirmar que las disposiciones impugnadas, al prever la notificación subsidiaria por aviso, presumen la mala fe de aquel, pues sólo le otorgan la posibilidad de notificarse en una u otra de las mencionadas formas. || Por el mismo aspecto, en lo concerniente a la pretensión de la demandante de que tanto la citación como el aviso de notificación sean entregados en forma directa al demandado, y no a cualquier persona en el lugar de destino, pues a su juicio sólo en esa forma se garantiza el derecho de defensa de aquel, puede señalarse que es una condición innecesaria y desproporcionada a la luz de la finalidad de la notificación, esto es, hacer saber el contenido de la providencia, y, por tanto, no es aceptable.”

[66] Corte Constitucional, Sentencia C-798 de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño. S.P.V. Jaime Araújo Rentería; S.V. Rodrigo Escobar Gil. Al respecto se dijo: “La comunicación, como lo expresa el Procurador General, es un medio de información a través del cual se solicita la comparecencia al Despacho de la persona a quien se va a notificar de una decisión judicial. Por lo tanto, para los fines que se persiguen con la comunicación, es intrascendente si ella es remitida por el secretario o por la parte interesada en que se produzca la notificación, siempre que se atiendan los límites de procedimiento señalados por el legislador.” En este caso, que estudió varias normas del Código de Procedimiento Civil se decidió, entre otros asuntos, lo siguiente: “La disposición impugnada dispone que, luego de transcurrido el plazo fijado para que el secretario envíe la comunicación, el interesado en la notificación podrá remitir dicha comunicación si el empleado judicial no ha cumplido con su deber funcional. || Constituye ésta una medida razonable en cuanto pretende garantizar los principios de celeridad y economía de las actuaciones procesales, pues evita dilaciones innecesarias en el trámite, y no impide que la persona a quien deba notificarse de la actuación judicial ejerza el derecho de defensa.”

[67] Corte Constitucional, Sentencia T-489 de 2006. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. En este caso se consideró que no se había violado el derecho al debido proceso de las accionantes.

[68] Corte Constitucional, Sentencia C-031 de 2019. M.P. Gloria Ortiz Delgado. En este caso se resolvió que la exigencia de notificación personal es razonable por cuanto “(i) cumple un fin constitucionalmente importante, como es la protección de los derechos de contradicción y defensa del demandado; y (ii) es una medida conducente para lograr dicho objetivo, puesto que la notificación personal es el instrumento que asegura, desde una perspectiva material, la comparecencia del demandado al proceso. Adicionalmente, también debe tenerse en cuenta que en razón de las consecuencias que tiene para el deudor la falta de oposición al requerimiento de pago, la exigencia de notificación personal es una medida razonable en términos de garantía de sus derechos de contradicción y defensa.” Como se aclaró en aquella providencia, el proceso monitorio es un trámite declarativo especial, cuya finalidad es permitir la exigibilidad judicial de obligaciones dinerarias de mínima cuantía que no están expresadas en un título ejecutivo. Por ende, dicho proceso busca resolver la problemática social propia de aquellos acreedores de transacciones informales, las cuales no han sido documentadas para su cobro posterior.

[69] Corte Constitucional, Sentencia T-081 de 2009. M.P. Jaime Araújo Rentería.

[70] Corte Constitucional, Sentencia T-025 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[71] Ver por ejemplo: Corte Constitucional, Sentencia C-1195 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra, S.V. Alfredo Beltrán Sierra, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández y Jaime Araujo Rentería; A.V. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Uprimny Yepes. Sentencia C-372 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, S.V. María Victoria Calle Correa y Humberto Sierra Porto. Sentencia C-034 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa, S.V. Jorge Iván Palacio Palacio, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alberto Rojas Ríos, Luis Ernesto Vargas Silva. Sentencia C-086 de 2016. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, AV Gloria Stella Ortiz Delgado. Sentencia C-493 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo, S.V. Alberto Rojas Ríos. Sentencia C-031 de 2019. M.P. Gloria Ortiz Delgado.

[72] Artículo 127, inciso final, Ley 836 de 2003, pasado Código Disciplinario Militar, actualmente derogado. Sobre notificaciones en el pasado régimen, ver los artículos 126 a 132 de esa Ley de 2003.

[73] Código Disciplinario Militar, ARTÍCULO 122. PRINCIPIO DE ECONOMÍA. En virtud de este principio: 1. En los procesos disciplinarios no se podrán establecer trámites o etapas diferentes de los expresamente contemplados en este reglamento. || 2. Los procesos deberán adelantarse con agilidad, en el menor tiempo posible y la menor cantidad de gastos para quienes intervienen en ellos. || 3. No se exigirán más documentos y copias de los estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal, sino cuando la ley lo ordene en forma expresa. || 4. Los servidores encargados de la función disciplinaria impulsarán oficiosamente los procedimientos y evitarán en lo posible decisiones inhibitorias.

[74] Código Disciplinario Militar, ARTÍCULO 51. CELERIDAD DEL PROCESO. El funcionario competente impulsará oficiosamente el proceso, sus actuaciones se surtirán de forma pronta y cumplida, sin dilaciones injustificadas, conforme a los términos previstos en este código.

[75] Código Disciplinario Militar, ARTÍCULO 125. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD. El disciplinable

tendrá derecho a conocer las diligencias disciplinarias para controvertir las pruebas que se alleguen en su contra y solicitar la práctica de pruebas. Por lo tanto, iniciada la indagación se notificará al destinatario para que ejerza sus derechos de contradicción y defensa. || En virtud de este principio: 1. Las autoridades darán a conocer sus decisiones mediante las comunicaciones o publicaciones que las normas vigentes establezcan. [...]"

[76] El anterior Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002) establecía al respecto: **ARTÍCULO 102. NOTIFICACIÓN POR MEDIOS DE COMUNICACIÓN ELECTRÓNICOS.** Las decisiones que deban notificarse personalmente podrán ser enviadas al número de fax o a la dirección de correo electrónico del investigado o de su defensor, si previamente y por escrito, hubieren aceptado ser notificados de esta manera. La notificación se entenderá surtida en la fecha que aparezca en el reporte del fax o en que el correo electrónico sea enviado. La respectiva constancia será anexada al expediente."

[77] En el pasado, la Corte Constitucional se ha ocupado de distinguir la figura de la comunicación de la figura de la notificación y la imposibilidad de que aquella sustituya a esta. Al respecto ver la Sentencia C-533 de 2015 M.P. Mauricio González Cuervo; en aquella oportunidad se declaró exequible, por la razones analizadas, una regla según la cual 'cuando en el lugar de destino rehusaren recibir la comunicación, la empresa de servicio postal la dejará en el lugar y emitirá constancia de ello. Para todos los efectos legales, la comunicación se entenderá entregada' (inciso segundo del numeral 4° del artículo 291 del Código General de Procedimiento sobre la práctica de la notificación personal).

[78] Ver Sentencia T-025 de 2018. "La indebida notificación judicial configura un defecto procedimental absoluto que lleva a la nulidad del proceso. En efecto, tal actuación constituye uno de los actos de comunicación procesal de mayor importancia, toda vez que garantiza el conocimiento real de las decisiones judiciales".

[79] Sentencias C-1114 de 2003 y C-624 de 2007.

[80] Sentencia C-1335 de 2000, C-929 de 2005 y C-908 de 2010.

[81] Sentencia C-016 de 2013. "La consagración de formas electrónicas de notificación por aviso electrónico, en materia tributaria, aduanera y cambiaria, como mecanismo subsidiario para suplir trámites de notificación infructuosos, no resulta violatoria del debido proceso, ni,

puntualmente, del derecho de defensa. En materia de notificaciones por correo, resulta constitucionalmente admisible la inserción del aviso en la página electrónica de la DIAN, cuando el correo sea devuelto; pero ello no releva a la Administración de las consecuencias, cuando la devolución del correo acontezca por razones imputables a la entidad estatal. En consecuencia, los artículos 59, 60, 61 y 62 del Decreto Ley 019 de 2012 se encuentran ajustados al Art. 29 de la Constitución Política”.

[82] Ley 1437 de 2011, artículo 54.

[83] Ley 1564 de 2012, artículo 291.