



LA CORTE PRECISÓ EL ALCANCE DEL PRINCIPIO DE OBEDIENCIA DEBIDA EN LAS FUERZAS MILITARES FRENTE AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO, EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DD.HH., LA LIBERTAD DE CONCIENCIA Y LA DIGNIDAD HUMANA. CONDICIONES PARA LA VALIDEZ DE LA NOTIFICACIÓN PERSONAL DENTRO DEL PROCESO DISCIPLINARIO MILITAR

IV. EXPEDIENTE D-13210 - SENTENCIA C-570/19 (noviembre 27)
M.P. Diana Fajardo Rivera

1. Normas acusadas

LEY 1862 DE 2017

(agosto 4)

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, reconvencción 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. *(Se subraya lo demandado)*

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. *(Se subraya lo demandado)*

2. Decisión

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.

3. Síntesis de la providencia

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 plantearon cuatro problemas jurídicos a resolver.

En primer lugar, se planteó un primer grupo de problemas jurídicos a resolver, el primero de los cuales consistió en determinar, si el Legislador vulnera la libertad de conciencia (art. 18 C.P.) 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, el Legislador también viola el principio de obediencia debida (art. 91 C.P.), 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. No obstante, la Corte resolvió no 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.

Con relación al segundo de los problemas analizados, 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.

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 relación con 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 efectivamente se dio la recepción del mismo).

Por tanto, la Corte resolvió, primero, declarar 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, declarar inexecutable el inciso final del artículo 153 de Código Disciplinario Militar. Y, finalmente, se declaró exequibles las expresiones cuestionadas de los artículos 159 y 122 acusados, bajo el entendido de que debe existir evidencia de que la recepción del mensaje electrónico efectivamente se dio.

4. Salvamento parcial y aclaraciones de voto

En atención a la decisión adoptada por la Sala Plena, el Magistrado **Carlos Bernal Pulido** salvó parcialmente mi voto frente al resolutive tercero pues consideró que no era pertinente condicionar los artículos 159 de la Ley 1862 de 2017 y 122 de la inadecuado 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 actuado¹, 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 sentencias² 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, el legislador 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 proceso³.

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, aduanera⁴, administrativa⁵, privada y comercial⁶, sin que en dichas oportunidades existiera dudas de su compatibilidad con la Constitución. En este sentido, la Corte debió declarar la exequibilidad simple de las normas demandadas.

Los Magistrados **Alejandro Linares Cantillo**, **Antonio José Lizarazo Ocampo** y **José Fernando Reyes Cuartas** se reservaron la posibilidad de presentar aclaraciones de voto sobre los fundamentos de la providencia anterior.

1 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”.

2 Sentencias C-1114 de 2003 y C-624 de 2007.

3 Sentencia C-1335 de 2000, C-929 de 2005 y C-908 de 2010.

4 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”.

5 Ley 1437 de 2011, artículo 54.

6 Ley 1564 de 2012, artículo 291.