



Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:
Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

Para leer el texto completo de la licencia, visita:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra

hacer obras derivadas

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO EN EL NUEVO CÓDIGO NACIONAL DE POLICÍA Y CONVIVENCIA COLOMBIANO ¹

Andrea Natalia Forero Baquero ²

Resumen

En la presente investigación jurídica se presentan los resultados investigados en la fase aporética y, se examina por medio del método de investigación dogmático y hermenéutico la tensión existente entre el derecho fundamental de reunión y manifestación pública y pacífica consagrado en la Constitución Política de 1991 por parte del constituyente derivado, con el artículo 162 del nuevo Código Nacional de Policía y Convivencia el cual estipula que los Alcaldes se encuentran facultados para dictar mandamiento escrito tendiente a autorizar el registro de los domicilios de

¹ La presente investigación jurídica ha sido realizada con la finalidad de cumplir con los lineamientos establecidos por el Doctor Manuel Asdrúbal Prieto Salas – Director trabajo de grado – y por el Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, para optar por el título de Abogada.

² Estudiante de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, identificada con código de estudiante 2108443, con cédula de ciudadanía número 1.018.452.691. Teléfono: 312 5805813. E mail: anataliaforerob@gmail.com, anforero43@ucatolica.edu.co. Bogotá D.C. Colombia.

El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio en el nuevo Código Nacional de Policía y Convivencia colombiano

los individuos en el contexto colombiano, se parte de la premisa de que los Alcaldes no son autoridades judiciales y, se interpreta de forma sistemática el artículo 162 del nuevo Código Nacional de Policía y Convivencia con la específica finalidad de establecer si es inconstitucional, es decir, si contraría la Constitución, o si fue creado conforme a ésta.

Palabras clave: Código Nacional de Policía y Convivencia; Derechos fundamentales; Inviolabilidad del domicilio; Acción Pública de Inconstitucionalidad; Principio de Legalidad; Debido proceso.

**THE FUNDAMENTAL RIGHT TO THE INVOLABILITY OF DOMICILE IN THE
NEW NATIONAL CODE OF POLICE AND COLOMBIAN COEXISTENCE ³**

Andrea Natalia Forero Baquero⁴

Abstract

In this legal investigation, the results investigated in the aporetic phase are presented, and it is examined by means of the method of dogmatic research and hermeneutic the tension existing between the fundamental right of meeting and public manifestation and Peaceful consecrated in the Political Constitution of 1991 by the derivative constituent, with article 162 of the new national Code of Police and coexistence which stipulates that the mayors are empowered to dictate written commandment tending to authorize the registration of the domiciles of the

³ This legal investigation has been carried out by the author with the purpose of complying with the guidelines established by Dr. Manuel Asdrúbal Prieto Salas – Director of the degree work – and by the Research Centre of The Faculty of Law of the Catholic University of Colombia, to opt for the title of lawyer.

⁴ Law student of the Catholic University of Colombia, identified with student code 2108443, with citizenship card number 1.018.452.691. Phone: 312 5805813. E - mail: anataliaforerob@gmail.com, anforero43@ucatolica.edu.co, Bogotá D.C. Colombia.

El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio en el nuevo Código Nacional de Policía y Convivencia colombiano

individuals in the Colombian context, it is part of the premise that the mayors are not judicial authorities and, systematically interprets the normative disposition created by the legislator object of reproach with the Specifies the purpose of establishing whether it is unconstitutional, that is, whether it would contract the constitution, or whether it was created according to it.

Key words: National code of Police and coexistence; Fundamental rights; inviolability of domicile; public action of unconstitutionality; Principle of legality; Due process.

Tabla de Contenido

Resumen	2
Abstract	4
Introducción	7
1. Análisis dogmático del concepto de los derechos fundamentales	10
2. La inviolabilidad del domicilio en relación con la intimidad y la dignidad humana de los individuos	22
3. La acción pública de inconstitucionalidad como garantía del derecho a la inviolabilidad del domicilio	28
Conclusiones	33
Referencias	35

Introducción

En el ordenamiento jurídico colombiano, recientemente se realizó por parte del órgano legislativo un proceso de adecuación y reestructuración de las normas que regulan la convivencia en el territorio nacional y, que establecen los deberes y obligaciones de las personas naturales y jurídicas, así como el ejercicio del poder, la función y la actividad de Policía, por medio de la expedición de la Ley 1801 de 2016, la cual modificó el Código Nacional de Policía – también conocido como Decreto 1355 de 1970 – pues, luego de más de cuarenta años de vigencia se consideró imperativo generar en el ordenamiento jurídico colombiano niveles más amplios de prevención y convivencia en el entorno y en el desarrollo social.

Dicha manifestación de la voluntad del legislador, sin duda representa un importante avance de orden garantista, pues adecua las disposiciones normativas creadas en materia de convivencia y en materia del cuerpo policial a los postulados y principios que fueron establecidos por el constituyente derivado o Asamblea Nacional Constituyente en el acto de creación del plexo superior, sin embargo, se denota una importante incongruencia ya que el legislador facultó a los Alcaldes para expedir órdenes de registro del domicilio de las personas de forma expresa en el artículo 162 del nuevo Código Nacional de Policía y Convivencia, lo cual genera el problema de investigación tendiente a determinar si:

¿De qué manera el nuevo Código Nacional de Policía y Convivencia colombiano vulnera o transgrede el postulado constitucional de la inviolabilidad del domicilio de las personas, al facultar a los Alcaldes para expedir órdenes de registro del domicilio, sin ser estos la autoridad judicial competente?

Por tal motivo, la presente investigación tiene como punto de partida un análisis exhaustivo del concepto de los derechos fundamentales, para esto se analizarán los diversos conceptos y teorías que los filósofos, juristas y doctrinantes han aportado al ámbito jurídico respecto de las características y aspectos sustanciales de esta tipología de derechos y, se evaluará la relación inexorable que poseen con los denominados derechos humanos. Acto seguido, se realizará un breve análisis histórico y hermenéutico del nuevo Código Nacional de Policía creado recientemente en el ordenamiento jurídico colombiano – pues como se mencionó la anterior legislación tuvo más de cincuenta años de vigencia en el sistema normativo – en el cual se examinará de forma sucinta el desarrollo histórico del cuerpo de policía y la actualización realizada por el órgano legislativo al Código Nacional de Policía.

Posteriormente, se examinará por medio del método de investigación dogmática y hermenéutica la inviolabilidad del domicilio en relación con la intimidad y la dignidad humana de los individuos, para esto será imperativo realizar algunas precisiones conceptuales o semánticas respecto de la intimidad de los seres humanos, y un examen de la intimidad como un derecho de rango constitucional y de la dignidad humana desde la perspectiva constitucional

El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio en el nuevo Código Nacional de Policía y Convivencia colombiano

colombiana. Luego, se procederá a examinar el concepto de domicilio de las personas, así como su carácter de inviolabilidad y sus principales características.

Se culminará abordando el concepto de acción pública de inconstitucionalidad y se examinará la posibilidad de solucionar la tensión normativa planteada entre el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y el artículo 162 del nuevo Código Nacional de Policía y Convivencia por medio de la interposición de este mecanismo de participación ciudadana.

1. Análisis dogmático del concepto de los derechos fundamentales

La dogmática, es un concepto que ha sido definido de diversas maneras por los autores especializados en dicha temática, por tal motivo en esta parte inicial de la investigación se analizará el concepto antes mencionado de forma puntual teniendo como fundamento los diversos aportes realizados por la doctrina.

En primer lugar, el jurista y filósofo del derecho, Bernd Schünemann, define la dogmática como una “ordenación lógica de los conocimientos particulares alcanzados en la ciencia que se trate” (1991, p. 31), por su parte Silva entiende la dogmática como la “conformación de un sistema coherente y ordenado de sus conceptos más abstractos a los más concretos” (1992, p. 63), es decir, la dogmática desde esta perspectiva es un agrupamiento de conceptos que poseen características funcionales dentro de un sistema determinado y que tienen un alto grado de coherencia recíproca que les permite solucionar casos concretos.

Ahora bien, desde el aporte teórico de Alexy, la dogmática es elaborada por los juristas cuando “describen el derecho vigente, realizan un análisis sistemático y conceptual y, elaboran propuestas para la solución de casos problemáticos” (1997, p. 240), en otras palabras, la dogmática busca crear un sistema conceptual dentro del sistema jurídico, establece criterios unificados que permiten en la praxis judicial prever las soluciones posibles a los casos.

En ese orden de ideas, la construcción de la dogmática no sólo está encaminada a hacer uso del método exegético, adicionalmente, implica la elaboración y presentación de argumentos

evaluativos axiológicos, que primarán a la hora de elaborar o aplicar el derecho y que, sin duda brindarán un espectro de seguridad jurídica en el sistema, al respecto Silva afirma que “la dogmática cumple una importante misión pues a partir de ella es que se elaboran hoy las nuevas legislaciones” (1992, p. 133), por ejemplo, en el contexto colombiano se ha alcanzado consenso a nivel general, por ejemplo, en el concepto de la autoría como dominio del hecho y en la posición de garante, no obstante, la dogmática no sólo ha sido útil en el proceso creador de las normas jurídicas, adicionalmente, es tomada en cuenta por los jueces al proferir los fallos, es decir, posee una función interpretativa en el derecho positivo.

Por su parte Calsamiglia afirman que la función de la dogmática es “describir el derecho positivo” (1990, p. 75), por su parte la labor prescriptiva “se ocupa de la construcción de los principios en cuanto categorías no directamente formales, sino construidos por medio de abstracciones a partir del derecho positivo (...) es una práctica creadora o constructora del derecho” (Larenz, 2001, p. 183) y finalmente, la labor ideológica que es la que “intenta defender unos valores importantes para la sociedad” (Larenz, 2001, p. 184).

Según Alexy, la dogmática es aquella que se encarga del análisis lógico de los conceptos jurídicos, de la reconducción de este análisis a un sistema, y de la aplicación de los resultados de tal análisis en la solución de casos” (Alexy, 1997, p. 139). Ello autoriza a concluir señalando que la dogmática es construida desde las diversas normas jurídicas pertenecientes a un sistema, sin

embargo, no se agota allí, es decir, en las normas pues implica un proceso crítico y creador de genuinos conceptos jurídicos.

Comprendido lo anterior, es procedente abordar el concepto de los derechos fundamentales no sin antes hacer la precisión de que es un concepto que ha sido ampliamente debatido y analizado por gran parte de la doctrina y por algunos juristas y operadores jurídicos por lo cual, son múltiples y numerosas las teorías existentes al respecto, por tal motivo, en la presente investigación solo se tendrán en cuenta aquellos aportes doctrinales que han sido considerados como fuente primaria en el análisis de esta tipología de derechos.

En primer lugar, es necesario señalar que los derechos fundamentales como concepto poseen una estructura de tipo o categoría compleja, pues se encuentran integrados por dos unidades lingüísticas, derecho y fundamental, por tal motivo antes de proceder a realizar un análisis de tipo integral del concepto, se examinará de forma individual cada unidad lingüística desde la perspectiva semántica.

Derecho es la primera unidad lingüística del concepto objeto de análisis, al respecto es necesario entender que es una expresión poli semántica, ya que tiene múltiples significados y múltiples categorizaciones o conceptos jurídicos que lo componen. Inicialmente el derecho ha sido considerado como una ciencia, según Kaufman dicha concepción se constituye como “un hito, es una discusión que aún no se agota y que por lo visto viene de mucho atrás” (1998, p. 128); al respecto Silva (1992) explica que:

Modernamente la discusión ha rebajado la intensidad, pero se ha enfatizado en lo que se precisa como ineludible es la necesidad de justificar suficientemente las proposiciones usadas por el derecho, por medio de argumentos racionales que propicien el debate y que permitan, antes que explicar sus enunciados, comprender su sentido (p. 152)

Al respecto es necesario señalar que la concepción del derecho como ciencia tiene una relación ineludible con el discurso racional práctico que ha sido entendido como “un procedimiento para probar y fundamentar enunciados normativos y valorativos por medio de argumentos” (Alexy, 2006, p. 39).

El derecho desde un enfoque lógico ha sido considerado como un sistema complejo de reglas; según Herbert Hart – prestigioso filósofo del derecho – el ordenamiento jurídico está comprendido por dos grupos de reglas; El primer grupo fue denominado por el filósofo británico como reglas primarias, entendidas como aquellas reglas que “prescriben el comportamiento que es de esperarse por parte de los miembros del grupo en determinadas circunstancias (...) o que facultan o autorizan a estos para llevar a cabo determinadas conductas” (Hart, 2009, p. 79).

Por su parte el segundo grupo, está integrado por las reglas secundarias que son reglas que se constituyen como el “complemento necesario para subsanar ciertos defectos propios de las reglas primarias” (Hart, 2009, p. 80), como en el caso de la indeterminabilidad de las disposiciones normativas. De lo anterior, es necesario señalar que si bien dicha teoría representa un importante aporte teórico en la construcción del derecho, posee un problema al establecer que

el derecho es un sistema cerrado pues excluye los principios, por lo tanto, solo las reglas constituyen fuente del derecho.

Dicha percepción del derecho, contemporáneamente resulta quedarse corta, pues no solo las reglas son fuente del derecho, además se encuentran los principios como una fuente indispensable en la interpretación del derecho, que en la praxis jurídica son aplicados por el operador judicial por medio del ejercicio de la discrecionalidad, en otras palabras, si al momento de fallar y proferir una decisión el juez determina que no existe norma aplicable para un caso concreto está facultado para fallar y proceder a proferir una decisión de forma discrecional, al respecto Dworkin afirma que “puede haber situaciones a las que no pueda aplicarse ninguna norma concreta, pero eso no significa que no sean aplicables los principios (...) al juez se le debe exigir la búsqueda de criterios y la construcción de teorías que justifiquen la decisión” (1977, pp. 13-14).

Comprendida la expresión derecho, es necesario ahora analizar el concepto del derecho desde la perspectiva del derecho positivo, partiendo de la premisa de que las normas tienen como finalidad exclusiva la regulación de la convivencia de las personas y son establecidas y aplicadas de forma coactiva por las autoridades competentes por medio normas, al respecto Albaladejo (2002) explica que “el conjunto de reglas positivas por el que se rige una comunidad se llama derecho positivo” (p. 21), por lo tanto, el concepto del derecho, desde la perspectiva de las normas de categoría jurídica se encarga de poner orden a la vida de la comunidad, no obstante,

existe otro sentido que compone la expresión y es el derecho subjetivo. Desde esta concepción el derecho como concepto debe ser analizado como una “cualidad moral correspondiente a la persona, para poseer u obrar algo” (Grocio, 1925, p. 47).

Es procedente ahora, examinar el concepto de los derechos fundamentales desde el aspecto semántico y desde la perspectiva de la doctrina jurídica especializada en Teoría del Derecho y en Filosofía del Derecho que ha sido bastante rigurosa en la explicación de esta tipología de derechos.

En primer lugar Luigi Ferrajoli, jurista italiano considerado como uno de los principales teóricos del garantismo jurídico, considerado como un prestigioso doctrinante que en sus obras ha analizado y examinado a fondo el paradigma aplicable a la garantía de todos los derechos fundamentales, en su propuesta teórica ha explicado que los derechos fundamentales son “vínculos sustanciales normativamente impuestos (...) que circunscriben la denominada esfera de lo indecible (...) y que representan un sistema de límites y de vínculos supra ordenados al Estado” (Ferrajoli, 2001, pp. 37-38), es decir, son normas que son estipuladas de forma expresa en los plexos constitucionales que, operan como fuentes de invalidación o deslegitimación, en donde son titulares todos los sujetos.

Son derechos que están igualmente garantizados para todos, que se encuentran sustraídos a la disponibilidad del mercado, que no pueden ser modificados por las mayorías, que poseen especial rigidez constitucional, en donde “la previsión de tales derechos por un ordenamiento

positivo es la condición de su existencia o su vigencia en ese ordenamiento” (Massini, 2001, p. 230).

Ferrajoli, en otra de sus obras al examinar la relación que posee la democracia sustancial con la formal que los derechos fundamentales explica que éstos derechos “se configuran como otros tantos vínculos sustanciales impuestos a la democracia política: vínculos negativos, generados por los derechos de libertad que ninguna mayoría puede violar; vínculos positivos, generados por los derechos sociales que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer” (Ferrajoli, 2004, p. 24, al respecto Dworkin explica que “los derechos constitucionales constituyen, en el sentido riguroso del término, cartas de triunfo contra las mayorías y la persecución del bienestar colectivo” (Dworkin, 1984, p. 65) y, Martínez señala que “sólo las sociedades democráticas, organizadas en Estado de Derecho, pueden contener en su ordenamiento una regulación de los derechos fundamentales” (2001, p. 22)

De lo anterior es dable inferir que el elemento de universalidad es uno de los elementos o características de los derechos fundamentales, pues establece que todos los sujetos, sin importar su origen, raza, sexo son titulares de estos en cuanto personas, ciudadanos o sujetos capaces de obrar, entonces, son universales “porque están atribuidos a todos y en garantía de todos” (Ferrajoli, 2008, p. 218) por tanto son “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar” (p. 19).

En este punto es necesario señalar que desde el paradigma lógico los derechos fundamentales están formulados mediante el cuantificador universal *todos*, no obstante, el ejercicio de algunos derechos fundamentales se puede llegar a limitar por medio de la regulación legal que realiza el órgano legislativo. Otra característica de los derechos fundamentales es la indisponibilidad la cual implica que, estos derechos se encuentran sustraídos tanto de las decisiones políticas como de las operaciones del mercado, Ferrajoli al respecto explica que el elemento de indisponibilidad se ejecuta o desarrolla de dos maneras:

En virtud de su indisponibilidad activa, no son alienables por el sujeto que es su titular: no puedo vender mi libertad personal o mi derecho de sufragio y menos aún mi propia autonomía contractual (...) Debido a su indisponibilidad pasiva, no son expropiables o limitables por otros sujetos, comenzando por el Estado: ninguna mayoría, por aplastante que sea, puede privarme de la vida, de la libertad o de mis derechos de autonomía (2004, p. 47)

En este punto es necesario tener en cuenta que la Declaración Universal de Derechos Humanos – adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1948 – determinó en su plexo que los derechos fundamentales se dividen en dos grandes grupos, por un lado se encuentran los derechos de la persona o derechos de la personalidad y, por otro lado se encuentran los derechos del ciudadano. Para comprender mejor dicha definición, es imperativo comprender que los derechos de la persona “son los derechos de los que son titulares todos en cuanto personas naturales” (Ferrajoli, 2011, p. 691), y, los derechos del ciudadano son “los derechos de los que

son titulares todos en cuanto ciudadanos (...) se trata de derechos – potestad, en cuanto además capaces de obrar” (Ferrajoli, 2011, p. 692).

Es necesario precisar en este punto que los derechos fundamentales y los derechos humanos son dos conceptos que si bien poseen una estrecha relación por su contenido sustancial, desde la perspectiva dogmática y semántica han sido considerados como dos conceptos diferentes. Los derechos humanos son derechos del ámbito internacional que se caracterizan por ser “derechos universales e indisponibles establecidos en la declaración de los derechos humanos de 1948, en los pactos internacionales de 1966 y demás convenciones internacionales sobre derechos humanos” (Ferrajoli, 2008, p. 43), que “tienen un contenido exclusivamente moral pero su forma es positiva, penables mediante sanciones estatales, son especificados caso a caso por medio de la jurisdicción” (Habermas, 2012, p. 22).

En otras palabras son aquellos derechos que “forman parte del ámbito internacional, son concebidos como aquellos derechos universales e indisponibles establecidos en la Declaración de los derechos humanos de 1948, en los pactos internacionales de 1966 y demás convenciones internacionales sobre derechos humanos” (Agudelo & Riaño, 2017, p. 65) son “cosas deseables, esto es, fines merecedores de ser protegidos en igual medida (...) son aquellos derechos que se exige no sean limitados ni en casos excepcionales, son derechos privilegiados porque no vienen puestos en concurrencia con otros derechos también fundamentales” (Bobbio, 1991, p. 54-58)

Precisado lo anterior, es dable señalar que para el jurista italiano los derechos fundamentales son normas téticas constituidas como “derechos singulares que adquiere cada individuo con exclusión de los demás, son universales, indispensables, inalienables atribuidos por normas jurídicas a todos en cuanto personas, ciudadanos o capaces de obrar dentro de un Estado” (Ferrajoli, 2011, p. 236). Siguiendo dicha línea argumental Alexy señala que “en la medida en que los derechos tienen el carácter de mandatos de optimización, no se trata en ellos de derechos definitivos, sino de derechos prima facie que, cuando entran en colisión con bienes colectivos o con derechos de otros, pueden ser restringidos” (1997, p. 185), es decir:

Estaríamos, pues, en presencia de un derecho fundamental cuando el mismo, por responder a unos planteamientos valorativos socialmente aceptados, es reconocido como tal por el ordenamiento jurídico, reconocimiento que implica un cierto grado de prevalencia sobre los demás y acentúa su condición de derecho subjetivo, en el sentido de ser directamente accionable ante los jueces y tribunales, y estar dotado de una protección jurisdiccional determinada (Conde, 1999, p. 297)

Por su parte, Fernández explica que los derechos fundamentales son aquellos “de los que es titular el hombre no por graciosa concesión de las normas positivas, sino con anterioridad e independientemente de ellas, y por el mero hecho de ser hombre, de participar de la naturaleza humana” (1983, p. 139), es decir, son titulares de dichos derechos todas las personas, sin que importe su raza, su sexo, su orientación sexual, su condición económica y social, su religión, sencillamente son derechos fundamentales aquellos:

Elementos del ordenamiento jurídico, esto es, normas jurídicas objetivas que forman parte de un sistema axiológico que aspira a tener validez, como decisión jurídico constitucional, para todos los sectores del Derecho (...) Con ello, los derechos han establecido una especie de vínculo directo entre los individuos y el Estado, operando en último término como fundamento de la propia unidad política (Fernández, 1992, p. 164)

En ese sentido, Velasco & Llano (2017) afirman que los derechos fundamentales nacionales son “los derechos individuales que adquieren una dimensión positiva en las constituciones nacionales de los Estados democráticos constitucionales y que por lo general representan un intento de transformar los derechos humanos en derecho positivo” (p.38) y Tobeñas explica que “son derechos que le son inherentes al hombre y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados” (1968, p.11).

En conclusión, los derechos fundamentales son derechos que poseen unas características especiales en el sistema normativo pues además de ser derechos inherentes a las personas, son derechos que son imprescriptibles, es decir, una vez adquiridos no se perderán con el paso del tiempo, son derechos inalienables, es decir son derechos intransferibles a los demás individuos, le pertenecen a cada sujeto y simultáneamente, son derechos irrenunciables, es decir, son derechos con titularidad exclusiva y obligatoria de las personas, en síntesis, los derechos fundamentales son:

La expresión positiva de los derechos humanos (...) Al ser positivado un derecho humano dentro de un ordenamiento jurídico, recibe el nombre de derecho fundamental y tiene como objetivo asegurar

El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio en el nuevo Código Nacional de Policía y Convivencia colombiano

la efectiva aplicación de garantías que aseguren la sana convivencia en la sociedad” (Galán, 2016, p. 38-39)

2. La inviolabilidad del domicilio en relación con la intimidad y la dignidad humana de los individuos

La propiedad privada en el ordenamiento jurídico colombiano, es un postulado que por disposición del constituyente derivado, es decir, la Asamblea Nacional Constituyente tiene protección constitucional, precisamente por esa situación se ha establecido el principio de inviolabilidad a la propiedad. En vista de lo anteriormente señalado, en el contexto colombiano ninguna persona puede penetrar o ingresar al domicilio de otra, sin previa autorización judicial salvo en ciertos casos que establece de forma específica el ordenamiento jurídico.

Es por esta razón que el concepto allanamiento e inviolabilidad de la propiedad privada, adquieren especial trascendencia, motivo por el cual en esta parte de la investigación se ahondarán teniendo como punto de partida la premisa argumentativa de que la propiedad privada – y por tanto la inviolabilidad del domicilio – es un derecho de rango fundamental que posee una relación directa con otros derechos superiores como el derecho a la intimidad, a la libertad y con principios como la dignidad humana. En primer lugar, es necesario tener en cuenta lo estipulado en el artículo 28 superior en el cual se estipula que:

Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley (...) La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente

dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley (...) En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles (Asamblea Nacional Constituyente, 1991)

De dicha disposición normativa es dable inferir que su fin teleológico es establecer en el ordenamiento jurídico colombiano el principio general de que toda persona es libre y que por tal motivo tiene derecho a la inviolabilidad de su domicilio. La Corte Constitucional ha señalado que la inviolabilidad de domicilio protege a su titular de las agresiones, invasiones e intromisiones externas, procedentes de otras personas o de las autoridades públicas, salvo que medie su consentimiento, orden de autoridad judicial o delito flagrante” (Corte Constitucional, 1996) y en general puede ser definida como:

El respeto a la casa de habitación de las personas, lo cual muestra que el concepto de domicilio a nivel constitucional no corresponde a su acepción en el derecho civil. Comprende, además de los lugares de habitación, todos aquellos espacios cerrados, en donde las personas desarrollan de manera más inmediata su intimidad y su personalidad mediante el libre ejercicio de su libertad. La defensa de la inviolabilidad del domicilio protege así más que a un espacio físico en sí mismo al individuo en su seguridad, libertad e intimidad (Corte Constitucional, 1994)

Es decir, el constituyente derivado en el acto de creación del plexo superior determinó que se debía establecer una estricta reserva legal en materia de libertad personal e inviolabilidad de domicilio, por lo cual estos derechos no pueden ser limitados sino por la ley, adicionalmente,

estableció una garantía al disponer que solamente las autoridades judiciales tienen competencia para privar de la libertad a una persona o registrar su domicilio. En este punto es necesario precisar las garantías han sido explicadas por diversos autores, pero el que mayor trascendencia ha tenido respecto del tema en mención es el jurista Italiano Luigi Ferrajoli. El concepto de garantías fue abordado en la obra *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales* – en donde explico que son “normas jurídicas que implementan la formulación general de un derecho, estableciendo una adecuada red de expectativas positivas y negativas, obligaciones y prohibiciones jurídicas” (Ferrajoli, 2004, p. 106), es decir, son aquellos modelos normativos que establecen qué derechos son los que existen y la forma por medio de la cual se debe actuar para que se cumplan de forma eficaz dentro de un ordenamiento jurídico en concreto.

Ahora bien, el domicilio ha sido considerado como un atributo de la personalidad, respecto del cual “el nuevo ordenamiento superior ha erigido también una reserva judicial por cuanto solamente la autoridad judicial competente puede ordenar su registro así como su allanamiento, en caso de no contar con la voluntad de su morador” (Corte Constitucional, 1994), es decir, para realizar el allanamiento y registro de domicilio en materia punitiva, la orden debe provenir en forma exclusiva de una autoridad judicial y la intervención del funcionario de policía es de cooperación para su ejecución.

La inviolabilidad de domicilio goza entonces de protección constitucional en el ordenamiento jurídico colombiano y hace parte del núcleo esencial de los derechos a la intimidad

personal y familiar, a la libertad y seguridad individual y la propiedad de las personas – artículo 58 de la Constitución – en esa medida, la protección del domicilio comprende la protección de “además de los lugares de habitación, todos aquellos espacios cerrados, en donde las personas desarrollan de manera inmediata su intimidad y su personalidad mediante el libre ejercicio de su libertad” (Corte Constitucional, 2009), y tiene por objeto “proteger los ámbitos en los que se desarrolla la intimidad o privacidad de la persona” (Corte Constitucional, 2010), no obstante, “tiene un carácter relativo y por consiguiente, puede ser limitado en razón de proteger otros derechos y valores con gran relevancia constitucional” (Corte Constitucional, 1996).

Como se mencionó, la inviolabilidad del domicilio posee una estrecha relación con la dignidad humana, en vista de que dicho precepto es un principio fundante del Estado Social y Democrático colombiano, se analizará de forma previa el concepto de los principios desde la perspectiva de la Teoría del Derecho y luego si, el de dignidad humana así como su relación con la inviolabilidad del domicilio.

Los principios han sido definidos en primer lugar, por Alexy (1993) el cual afirma que “son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes (...) por lo tanto son mandatos de optimización” (p.86), es decir, son mandatos que poseen una estructura lógica de tipo deontológica que de acuerdo a su redacción expresa pueden estar integrados por un mandato, una prohibición y una permisión.

Es decir, para Alexy (1993) los principios son “razones para juicios concretos de deber ser (...) que poseen carácter de generalidad (...) son abstractos” (p. 83), es decir, los principios señalan lo que debe ser por medio de su formulación deóntica, en contraposición con las reglas que poseen un carácter de especialidad con baja generalidad. En ese orden de ideas, siguiendo la línea argumentativa de Alexy, toda norma es o un principio o una regla.

En segundo lugar, según Dworkin (1977) los principios son “estándares que han de ser observados por ser una exigencia de justicia, equidad o alguna otra dimensión de la moralidad” (p. 72), es decir, son estándares del ordenamiento jurídico que poseen contenido ético y moral, por tanto “los particulares y las autoridades pueden solicitar su cumplimiento, para así lograr su plena garantía” (Enterría, 1981, p. 16). No obstante, a pesar de que poseen valor normativo Dworkin precisa que estos no pueden ser considerados como normas jurídicas, pues:

Los principios y las normas jurídicas poseen una diferencia de tipo lógico (...) las normas son aplicables de manera disyuntiva – es decir, la norma es válida o no lo es – y pueden tener excepciones (...) los principios, enuncian una razón que discurre en una sola dirección, pero no exige una decisión particular” (1977, pp. 74-75)

Por su parte Guastini explica que son “razones para juicios concretos de deber ser” (1999, p. 19), en ese sentido, la dignidad humana como principio fundante del Estado Social y Democrático de Derecho lo que hace es darle un valor a la persona humana, que desde la filosofía Kantiana en la

Fundamentación de la metafísica de las costumbres es “aquello que está por encima de todo precio, y por lo tanto no tiene ningún equivalente, posee dignidad” (Roig, 1999, p. 29).

Es importante señalar que la dignidad humana o Würde como la llama Kant, posee una relación importante con la autonomía individual de las personas, también denominada como autonomía personal, que es “el derecho de uno mismo a elegir su estilo y plan de vida propio” (Roig, 1999, p. 42), en ese sentido “ un individuo autónomo es alguien vinculado apenas a su propia voluntad y no a la de alguna otra persona” (Barroso, 2014, p. 128), en ese orden de ideas, la autonomía es el aspecto ético de la dignidad humana, y en síntesis, hace referencia a la capacidad del alguien de tomar decisiones y de hacer elecciones personales a lo largo de su vida, basadas en su propia concepción de bien, sin influencias externas indebidas.

3. La acción pública de inconstitucionalidad como garantía del derecho a la inviolabilidad del domicilio

Con la expedición de la Constitución Política de 1991 el constituyente derivado buscó que el pueblo colombiano tuviera un nivel más alto de participación en aquellos eventos en los que considere que algunas o varias de las normas expedidas por el Congreso de la República contraria la Constitución, pues debido a que la Constitución Política de 1991, posee un rango superior a las demás normas, da el fundamento a cada una de las normas expedidas por parte del órgano legislativo en ejercicio de las funciones que le fueron atribuidas constitucionalmente. De no ser así, la norma o normas objeto de reproche adquieren carácter de inconstitucionales o contrarias a la norma superior y por ende, inválidas en el orden normativo.

Como se mencionó, por mandato superior en el contexto colombiano existe un órgano encargado de velar por la guarda y la supremacía de la Constitución, el cual fue denominado por la Asamblea Nacional Constituyente como Corte Constitucional. Este alto tribunal en materia constitucional según lo determinado en la Constitución en su artículo 241, tiene unas funciones limitadas y expresas, en donde entre otras se encuentra fungir como órgano decisorio en las demandas de inconstitucionalidad que sean presentadas por cualquier ciudadano contra las leyes proferidas por el Congreso de la República o en contra de los decretos con fuerza de ley que sean dictados por el Gobierno Nacional en uso de precisas facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso.

Es importante señalar que las demandas de inconstitucionalidad en el ordenamiento jurídico colombiano son realizadas por medio de las denominadas acciones públicas de inconstitucionalidad, al ser una acción de tipo judicial está sujeta a una serie de normas procedimentales que establecen “la autoridad competente, la legitimación por activa, el lapso para admisión de la demanda, el traslado, las notificaciones, los términos de caducidad, los intervinientes, los incidentes, las pruebas y la práctica de las mismas, el debate y su decisión” (Corte Constitucional, 2014).

En dichas acciones la legitimación por activa la posee cualquier ciudadano, que actúa como sujeto pasivo impugnando o solicitando la defensa jurídica de la constitución y el control de las normas demandadas, en dicho proceso se prescribió además que el supremo director del Ministerio Público, es decir, el Procurador General de la Nación debía intervenir, enviando por medio escrito su correspondiente consideración al respecto en un término de treinta días. De acuerdo con el análisis hermenéutico de la norma constitucional antes mencionada, cuando un ciudadano presenta una acción pública de inconstitucionalidad argumentando que las normas demandadas poseen vicios en su proceso de expedición – es decir, en su forma – se prescribió un término taxativo y límite de un año para que se demande su inconstitucionalidad, contado desde que se realiza la publicación del acto en el diario oficial. En ese orden de ideas, si una norma es demandada después del término establecido por la norma superior opera la institución jurídica procesal denominada caducidad, en donde “el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la

jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia” (Corte Constitucional, 2010), es decir, en caso de operar ya no puede entrar a ser demandada una norma por vicios de forma, es como si se perdiera la oportunidad para demandar.

Por otra parte, según lo preceptuado en el Decreto 2067 de 1991, estas acciones poseen un mayor nivel de exigencia al ciudadano que la presente, pues además de requerirse que se presenten por medio de un documento escrito y con copia o duplicado, son requisitos sine qua non para que sea admitida en primer lugar, el señalamiento literal por parte del accionante de las normas que considera contrarias a la Constitución.

En segundo lugar, es imperativo que se señale la o las normas con rango constitucional que han sido transgredidas con las normas demandadas, es necesario no solo hacer un examen al texto superior, además, es indispensable determinar si se afectó con las normas demandas algún tratado o convenio de derecho internacional que reconozca derechos humanos y que haya sido ratificado por el Congreso colombiano, pues estos hacen parte del llamado Bloque de Constitucionalidad.

Finalmente es imperativo tener en cuenta que es obligatorio exponer el conjunto de razones por las cuales el actor considera que la Corte Constitucional es competente, para esto se debe tener en cuenta lo establecido en el artículo 241 del texto superior, en el cual se presenta de forma detallada y taxativa las funciones que posee este órgano garante de la supremacía constitucional. Adicionalmente, en este punto se deberá argumentar y probar que para el caso no se cuenta con

la existencia de cosa juzgada constitucional, entendida como “el carácter inmutable de las sentencias de la Corte Constitucional” (Corte Constitucional, 2013).

Ahora, teniendo claro el concepto y algunos aspectos procedimentales de la acción pública de inconstitucionalidad es procedente entrar a analizarla como un mecanismo garante del derecho fundamental a inviolabilidad de domicilio.

Con la expedición del nuevo Código Nacional de Policía y de Convivencia se estableció en el artículo 162 que los alcaldes podrán dictar mandamiento escrito para el registro de domicilios o de sitios abiertos al público, para aprehender a persona con enfermedad mental que se encuentre en un episodio de la enfermedad de crisis o alteración que pueda considerarse peligrosa o enfermo contagioso, para inspeccionar algún lugar por motivo de salubridad pública o transgresión de las normas ambientales, para obtener pruebas, cuando existan motivos fundados, sobre la existencia de casas de juego o establecimiento que funcione contra la ley o reglamento, entre otros. Esta situación sin duda es contraria a la Constitución Política de 1991 pues como se explicó anteriormente, según lo estipulado en el artículo 28 superior nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, al decir el texto superior que sólo en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente se puede afectar la inviolabilidad del domicilio, está señalando que sólo los jueces de la república lo pueden hacer, situación en donde claramente no tienen cabida los alcaldes. Esta situación genera la inconstitucionalidad del

El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio en el nuevo Código Nacional de Policía y Convivencia colombiano

artículo 162 del Código Nacional de Policía y de Convivencia por contrariar lo estipulado en el artículo 28 superior, situación en donde sería procedente la acción pública de inconstitucionalidad, pues es necesario e imperativo salvaguardar la carta magna y en especial los derechos con categoría fundamental plasmados en ella.

Conclusiones

- La inviolabilidad del domicilio goza de protección del Estado y que, al mismo tiempo, hace parte del núcleo esencial de los derechos a la intimidad personal y familiar, a la libertad y seguridad individual y la propiedad de las personas establecidos en el plexo constitucional.
- La inviolabilidad del domicilio proteger los ámbitos en los que se desarrolla la intimidad o privacidad de la persona pero tiene un carácter relativo y por consiguiente, puede ser limitado en razón de proteger otros derechos y valores con gran relevancia constitucional.
- El alcance del derecho a la inviolabilidad del domicilio, tiene relación directa con los deberes que se exigen a los terceros y a la autoridad para su materialización. En principio, el correlato de este derecho se patentiza en un deber de abstención a cargo de éstos últimos consistente en no molestar ni penetrar su domicilio, salvo que sea con el permiso del titular y en los eventos y con las formalidades prescritas en la Constitución.
- El domicilio tiene un valor instrumental respecto de bienes merecedores de tutela constitucional como lo son la intimidad y la autonomía personal. Dentro de ese espacio aislado de las intervenciones de terceros.
- El amparo a la inviolabilidad del domicilio y al derecho a la privacidad de los contribuyentes obliga a que el juez constitucional proteja el contenido básico de estos derechos

- Precisamente, para proteger este derecho-libertad de las injerencias arbitrarias o abusivas, el Constituyente lo rodeó de garantías especiales para que su limitación obedezca a razones objetivas y suficientemente sólidas para evitar el abuso de poder. Una de esas garantías es la orden judicial para que las autoridades adelanten registros o allanamientos sin el consentimiento del titular del derecho, puesto que al juez corresponde evaluar, con criterios de imparcialidad y objetividad, la existencia de motivos previamente definidos en la ley que autorice la limitación del derecho.

REFERENCIAS

- Agudelo, O., & Riaño, Á. (2017). Ciudadanía y Nación: Políticas de control fronterizo e inmigración. *Novum Jus: Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política*, 10(2), 57-75.
- Albaladejo, M. (2002). *Derecho Civil. Introducción y Parte General* (15 ed., Vol. 1). Barcelona: Edisofer.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. (E. G. Valdés, Trad.) Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (1997). *El concepto y la validez del derecho*. (J. M. Seña, Trad.) Barcelona: Gedisa.
- Alexy, R. (2006). *Derecho y Razón Práctica*. México: Fontamara.
- Asamblea Nacional Constituyente. (10 de Octubre de 1991). Constitución Política de Colombia. *Gaceta Constitucional* (114).
- Barroso, L. (2014). *La dignidad de la persona humana en el derecho constitucional contemporáneo*. (S. Nevarez, Trad.) Bogotá: Universidad Externado.
- Bobbio, N. (1991). *El Tiempo de los Derechos*. (R. d. Roig, Trad.) Madrid: Sistema.
- Calsamiglia, A. (1990). *Introducción a la ciencia jurídica*. Barcelona: Ariel.
- Conde, E. (1999). *Curso de Derecho Constitucional* (3° ed., Vol. I). Madrid: Tecnos.

El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio en el nuevo Código Nacional de Policía y Convivencia colombiano

Corte Constitucional. (1994). *Sentencia C - 024, M.P: Alejandro Martínez Caballero*. Bogotá.

Corte Constitucional. (1994). *Sentencia C - 180, M.P: Hernando Herrera Vergara*. Bogotá.

Corte Constitucional. (1996). *Sentencia C-070, M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz*. Bogotá.

Corte Constitucional. (1996). *Sentencia T - 073, M.P: Vladimiro Naranjo Mesa*. Bogotá.

Corte Constitucional. (2009). *Sentencia C-804, M.P: María Victoria Calle Correa*. Colombia.

Corte Constitucional. (2010). *Sentencia C-242, M.P: Mauricio González Cuervo*. Bogotá.

Corte Constitucional. (2013). *Sentencia C-332, M.P.: Mauricio González Cuervo*. Bogotá.

Corte Constitucional. (2014). *Sentencia C-881, M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub*. Bogotá.

Dworkin, R. (1977). *Los Derechos en Serio*. (M. Guastavino, Trad.) Madrid: Ariel Derecho.

Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.

Enterría, E. (1981). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas.

Fernández, A. (1983). *Derecho Natural. Introducción Filosófica al Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces S.A.

Fernández, F. (1992). *El sistema constitucional español*. Madrid: Dykinson.

Ferrajoli, L. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y Garantías, La Ley del más débil*. Madrid: Trotta.

El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio en el nuevo Código Nacional de Policía y Convivencia colombiano

Ferrajoli, L. (2008). *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L. (2011). *Principia Iuris, teoría del derecho y de la democracia*. Madrid: Trotta.

Grocio, H. (1925). *Del Derecho de la Guerra y de la Paz* (Vol. 1). (J. T. Ripoll, Trad.) Madrid: Reus.

Guastini, R. (1999). *Distinguiendo: Estudios de teoría y meta teoría del derecho*. Gedisa Editorial.

Habermas, J. (2012). *La Constitución de Europa*. Madrid: Trotta.

Hart, H. (2009). *El concepto del derecho*. (G. Carrió, Trad.) Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Kaufmann, A. (1998). *Filosofía del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Larenz, K. (2001). *Metodología de la ciencia del derecho*. Barcelona: Ariel.

Martínez, G. (2001). *Textos básicos de Derechos Humanos*. Cizur Menor: Aranzadi.

Massini, C. (2001). El fundamento de los derechos humanos en la propuesta positivista-relativista de Luigi Ferrajoli. *Persona y Derecho* (61), 227-247.

Roig, F. J. (1999). *Problemas de la Eutanasia*. Madrid: Dykinson.

Schünemann, B. (1991). Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal. En B. Schünemann, *El sistema moderno de derecho penal*. España: Tecnos.

El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio en el nuevo Código Nacional de Policía y Convivencia colombiano

Silva, J. (1992). *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch.

Tobeñas, C. (1968). *Los Derechos Humanos*. Madrid: Editorial Tecnos.

Velasco, N., & Llano, J. (Febrero de 2017). *Derechos Fundamentales: Un debate desde la argumentación jurídica, el garantismo y el comunitarismo*. *Novum Jus: Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política*, 10(2), 35-55.