



## **Derecho al olvido y reinserción laboral: una mirada desde la publicidad de antecedentes penales**

María Antonia Bolaños Delgado  
Investigación dirigida por: Liliana Ortiz Bolaños PhD

Pontificia Universidad Javeriana Cali  
Departamento de Ciencias Jurídicas y Políticas  
Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales  
Carrera de Derecho  
Santiago de Cali  
2022



**Derecho al olvido y reinserción laboral: una mirada desde la publicidad de antecedentes penales**

María Antonia Bolaños Delgado  
Investigación dirigida por: Liliana Ortiz Bolaños PhD

Monografía para optar por el título de: “Abogada”.

Pontificia Universidad Javeriana Cali  
Departamento de Ciencias Jurídicas y Políticas  
Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales  
Carrera de Derecho  
Santiago de Cali  
2022

*“A mis padres, Omar y Soledad, por serlo todo en mi vida”.*

## Resumen

La presente investigación pretende determinar si la publicidad de antecedentes penales vulnera el derecho al olvido y la efectiva inserción laboral de la población pospenada. Para ello, hace un recorrido conceptual de los antecedentes penales y como estos se encuentran justificados en las teorías de la pena; luego determina cómo se realiza la publicidad de estos a través de medios tecnológicos y cómo nace el derecho al olvido en respuesta a la protección de la intimidad de las personas; para finalmente responder que la resocialización por medio de la inserción laboral de los pospenados, solo podrá darse cuando existe respeto por el derecho al olvido, el cual claramente se vulnerará cuando la información del pasado judicial de las personas es pública por no encontrarse regulada y limitada por la ley.

**Palabras clave:** Derecho al olvido, inserción laboral, publicidad de antecedentes penales, fines de la pena, protección al habeas data, resocialización, derecho a la intimidad.

## Abstract

This research aims to determine whether the publication of criminal records violates the right to be forgotten and the effective labor insertion of the post-penated population. To do this, it makes a conceptual tour of the criminal record and how these are justified in the theories of punishment; then it determines how the advertising of these is carried out through technological means and how the right to be forgotten is born in response to the protection of people's privacy; to finally answer that resocialization through the labor insertion of the post-penated, can only occur when there is respect for the right to be forgotten, which will clearly be violated when the information of the judicial past of the people is public because it is not regulated and limited by law.

**Key words:** Right to be forgotten, labor insertion, publicity of criminal records, purposes of punishment, protection of habeas data, resocialization, right to privacy.

## Contenido

<b>Introducción</b> .....	<b>6</b>
<b>Capítulo I</b> .....	<b>8</b>
1. Los antecedentes penales, historia y legislación .....	8
2. Finalidad de la pena punitiva. Protección a la reinserción, la rehabilitación y la intimidad.....	15
<b>Capítulo II</b> .....	<b>27</b>
1. Difusión de antecedentes penales a través de las tecnologías de la información .....	27
2. La intimidad como fundamento al derecho al olvido.....	34
<b>Capítulo III</b> .....	<b>40</b>
1. El objetivo resocializador de la pena como justificación del derecho al olvido	40
2. Inserción laboral de los reincorporados socialmente.....	45
<b>Conclusiones</b> .....	<b>51</b>
<b>Referencias Bibliográficas</b> .....	<b>54</b>

## Introducción

Como medida preventiva de seguridad ante el incremento de hurtos y homicidios realizados bajo la modalidad de parrillero en Bogotá. D.C., Claudia López alcaldesa de la capital decide a inicios del 2021 vía decreto, entre otras cosas, que los domiciliarios al ser contratados no pueden ser personas con antecedentes judiciales<sup>1</sup>. A raíz de esa decisión se empieza a indagar si la publicidad de los antecedentes penales se está constituyendo como un problema que afecta la reinserción laboral y el derecho al olvido de los sentenciados con ocasión a un proceso penal; encontrándose que en Colombia, aun cuando pretende ser garante, sigue siendo un ordenamiento jurídico desarticulado y poco coherente en la regulación de los datos que comprenden el pasado judicial de las personas. Situación que podría generar vulnerabilidad al sector poblacional de los sentenciados penales, quienes en virtud de la resocialización deberían poder reinsertarse en el campo laboral sin obstáculos.

Para resolver el problema jurídico anteriormente mencionado, se ha propuesto esta investigación responder al interrogante de ¿cómo la publicidad de los antecedentes penales atenta el derecho al olvido y la inserción laboral de los pospenados? Para ello, la investigación se dividirá en tres segmentos. Se identificará en un primer momento qué se entiende por antecedentes penales, cuál es su regulación normativa y si encuentran estos fundamento en las teorías de la finalidad de la pena. Segundo, se determinará si la publicidad de los antecedentes penales a través de medios tecnológicos afecta la intimidad protegida y fundamentada por el derecho al olvido. Y por último, se establecerá cuál es la relación entre la finalidad resocializadora de la pena y el derecho al olvido; porqué es importante la inserción al mercado laboral siendo pospenado determinando si este proceso se ve obstaculizado por la presencia de antecedentes judiciales. De este modo, se pretende comprobar que ante la falta de límites normativos en la publicidad de antecedentes penales, se vulnera el derecho a olvidar la información negativa de una persona y se afecta su inserción al mundo laboral.

Para responder a los objetivos planteados, se analizarán e interpretarán teorías desarrolladas por otros autores que se han cuestionado el mismo problema jurídico; el sistema será a través de hacer preguntas y respuestas interpeladas coherentemente entre sus postulados, para desarrollar sus planteamientos y

---

<sup>1</sup> EL ESPECTADOR. Claudia López anuncia medidas para plataformas: “Los delincuentes se están disfrazando de domiciliarios”. Natalia Romero Peñuela, 2021.

principales críticas. Por lo tanto, la metodología investigativa es hermenéutica, puesto que intenta descubrir la verdad (investigativa) ante la capacidad crítica de preguntarse y responderse aquello que es apelable entre sí, de esta manera: “la verdad se afianza más, porque la continua interpelación va formando el denominado “horizonte situacional”, que a su vez corresponde a la situación de ser ubicado en el mundo”<sup>2</sup>, lo que corresponde a que los seres humanos se pregunten, cuestionen e interroguen en búsqueda de la verdad.

Por último, como se pretende comprobar que el derecho al olvido y a la reinserción laboral de los pospenados sí se ven afectados, cuando por ocasión de vacíos normativos y ordenamientos jurídicos incoherentes, la publicidad de los antecedentes penales no es restringida, limitada y olvidada; la investigación, lejos de no ser cuidadosa ante los avances jurisprudenciales en la materia mantendrá su desarrollo desde una mirada garantista de los derechos fundamentales de resocialización, habeas data, intimidad, buen nombre y dignidad humana.

---

<sup>2</sup> GIRALDO, Ana; ORTIZ, Liliana. El concepto de verdad en Gadamer y Brandom: presupuestos para la construcción de teorías en la ciencia del Derecho. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), 11(3), septiembre-diciembre, 2019. p. 371.

## Capítulo I

### 1. Los antecedentes penales, historia y legislación

Como lo expresa Blanco Quintana<sup>3</sup> en su tesis doctoral acerca de los antecedentes penales, es difícil encontrar en la doctrina penal una definición jurídica de los mismos. Esto, debido a que su existencia se supedita, en su mayoría, a su cancelación en algún punto del proceso penal, siendo ese el único tema de excesiva atención por parte de los académicos de la materia. Siendo así, desde la etimología de la expresión “antecedentes penales” se puede definir a los mismos, como la circunstancia de haber sido alguien anteriormente condenado u objeto de persecución penal<sup>4</sup>; los cuales tienen potestad de servir como agravantes de la pena y podrían quedar anotados en un registro público o en los archivos policiales. Esto quiere decir que dichos antecedentes demuestran los hechos delictivos cometidos por una persona determinada con anterioridad a un momento dado.

En este mismo sentido, el Diccionario de las Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales define los antecedentes penales como la: “reunión de datos relativos a una persona en los que se hace constar la existencia (o también la inexistencia) de hechos delictivos atribuibles a ella y que se aportan a los autos de un juicio criminal para determinar la mayor o menor responsabilidad del inculpado, en caso de ser condenado en el delito que se le imputa.”<sup>5</sup>. Este tipo de definición acerca a los antecedentes como la reunión de datos, se traduciría más adelante en el hecho de que se empiecen a estructurar diferentes bases de datos con información del pasado judicial punitivo de las personas.

Por su parte, Grosso Galvan<sup>6</sup> define los antecedentes penales como la constatación de sentencias pronunciadas contra un individuo, de la adopción de medidas de seguridad o de la mera declaración en rebeldía de este. Dicha definición da a entender como todo el conjunto de situaciones que se dan alrededor de un proceso penal, son objeto de quedar en constancia como antecedentes penales. Por otro lado, algunos doctrinantes los definen como una sanción colateral producto de la

---

<sup>3</sup> BLANCO QUINTANA, María. Régimen Jurídico de los antecedentes penales de otros EM de la UE en el proceso penal español, UNED, España, 2015, p. 23.

<sup>4</sup> RAE, Diccionario de la Real Academia Española.

<sup>5</sup> OSSORIO, M. Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, 2000.

<sup>6</sup> GROSSO GALVAN, Manuel: Los antecedentes penales: Rehabilitación y control social, Bosch, Barcelona, 1983. p. 4 y 5.

pena, es el caso de Luzon Cuesta<sup>7</sup> y Larrauri y Jacobs<sup>8</sup>, quienes ven a los antecedentes como una consecuencia del delito que en ocasiones puede ser más gravosa para el reo que la misma condena sufrida, al ser estos una adición de la pena que aumentan la carga punitiva del castigo. Desde el punto de vista jurisprudencial colombiano, la Corte Constitucional los definió como: “datos personales en la medida en que, asocian una situación determinada (haber sido condenado, por la comisión de un delito, en un proceso penal, por una autoridad judicial competente) de una persona natural”<sup>9</sup>; dice además que los datos compilados en estos antecedentes son exclusivos de la persona, sin embargo, en la misma jurisprudencia reitera que tienen el carácter de información pública; siendo no precisa en sí el tratamiento que se les dará será exclusivo del titular o de la opinión pública.

Con estas definiciones teóricas se puede decir que los antecedentes penales corresponden a un concepto diverso. No obstante, de manera concreta estos suponen la constancia de la existencia de resoluciones judiciales en firme, en donde se le ha impuesto a un individuo una pena o una medida de seguridad por su autoría de actos delictivos<sup>10</sup>. Aquí es importante mencionar, que para muchos ordenamientos jurídicos, serán antecedentes penales las condenas en firme, es decir, las sentencias judiciales ejecutoriadas que ponen fin al proceso penal, produciendo el efecto procesal de la cosa juzgada<sup>11</sup>. En general, dichas consecuencias jurídicas quedarán anotadas en un archivo a cargo del Estado sancionador por un tiempo determinado.

La finalidad de este tipo de información jurídica dependerá del tratamiento que el Estado quiera darle en relación con los fines de la pena y a los fines esenciales que contiene el ordenamiento jurídico del mismo Estado. En atención a esto, Manuel Grosso considera que su finalidad consiste en comprobar la existencia de anteriores infracciones jurídico-penales, cuando de estas deriven consecuencias trascendentales como: el agravante de reincidencia, la punición como delito de un hecho que por sí solo podría considerarse como falta, la habitualidad criminal si

---

<sup>7</sup> LUZÓN CUESTA, José María. Compendio de Derecho Penal, Parte general, 22ª ed., Dykinson, 2015. p. 310.

<sup>8</sup> LARRAURI PIJOAN, Elena y JACOBS, James B., “Reinserción laboral y antecedentes penales”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, no. 13, 2011. p. 4.

<sup>9</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Unificación 458. (21, junio, 2012). Magistrado Ponente: Adriana María Guillén Arango. Bogotá. D.C, 2012.

<sup>10</sup> BLANCO QUINTANA. Op. Cit., p. 24.

<sup>11</sup> Algunos países que esta regulación: Colombia, Honduras, México. Investigación de CARNEVALE, Carlos. Antecedentes penales y reinserción laboral en América Latina. Universidad Nacional del Sur, Indret, Revista para el análisis del Derecho Bahía Blanca, Argentina, 2016.

constituye un elemento típico y un indicio de peligrosidad <sup>12</sup>. Esta postura es netamente doctrinaria y hace un análisis dentro del ámbito procesal, no refiere al efecto negativo que podría traer consigo la publicidad de información estigmatizante para el procesado penal. Para otros autores, también pueden verse como una pena accesoria a la pena principal por la comisión de un delito, y que, por tanto, afianzan la severidad de que el sistema de justicia penal deba ser netamente subsidiario para evitar la perturbación social que podría generarse en una persona al ser incluida en los archivos de estos antecedentes<sup>13</sup>.

Ahora bien, es importante tener en cuenta que este tipo de política criminal se ha desarrollado a través de toda la historia del hombre moderno. Para el caso europeo diversos autores, coinciden en que existen antecedentes penales desde la Edad Media, época en que ante la imposibilidad de conocer si los procesados contaban con antecedentes delictivos, se estableció la marca física, como forma de saber si la persona contaba con un pasado penal<sup>14</sup>. De este modo, cuando una persona reincidía en una conducta punitiva se le dejaba una señal en su cuerpo que hacía referencia a su insistencia a delinquir, situación que también era causal de agravación del delito. En algunos otros casos, la forma de saber que una persona había cometido un ilícito penal era la amputación de uno de sus miembros<sup>15</sup>. Más adelante, en la época de la modernidad prevalecerían las teorías que abogaron por la reincorporación de los reos a la sociedad. De esta misma época es el primer registro de antecedentes penales que se conoce, el cual data de la época de 1760, en donde la policía francesa comenzó a utilizar un sistema de registro de procesados y penados, el cual funcionaba para hacer represión social de manera controlada<sup>16</sup>.

En la actualidad, en países como España los antecedentes penales de una persona son protegidos de una posible divulgación tanto por los órganos gubernamentales como por los particulares<sup>17</sup>. La regulación del acceso a los certificados de

---

<sup>12</sup> GROSSO, M. Los antecedentes penales. Rehabilitación y control social, Citado por: MÉXICO. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Antecedentes penales e individualización de la pena. Universidad Autónoma de México, México, 2018. p. 28.

<sup>13</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal General, Tomo I, Fundamentos de la estructura de la teoría del delito. p. 71.

<sup>14</sup> GROSSO GALVAN. Op. Cit., p. 14.

<sup>15</sup> Ibid., p. 15.

<sup>16</sup> Ibid., p. 17-18.

<sup>17</sup> LARRAURI PIJOAN, Elena. Antecedentes Penales. Eunomía, Revista en cultura de la Legalidad, Nº 8, marzo, agosto 2015. p. 154.

antecedentes penales<sup>18</sup>. inicia con la aprobación del Real Decreto 95/2009 *de 6 de febrero, por el cual se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia*. El mencionado decreto no modifica el hecho de que los antecedentes seguirán siendo no públicos y especialmente protegidos, no obstante, existen circunstancias en donde se podrá acceder al Registro Central de Penados, sin el consentimiento de los interesados, para actividades relacionadas con la administración de justicia, para el control de pasaportes, para el control de armas y en relación con los convenios con Estados extranjeros. En el resto de las situaciones, para acceder al certificado se precisa el consentimiento del interesado.

En España se reconoce el derecho a un juicio público, circunstancia que no deriva el acceso de los particulares a las sentencias ni la publicidad íntegra de todas las sentencias. Bien lo dice Larrauri en su artículo acerca de los antecedentes penales en España: “El Registro Central de Penados (RCP) solo puede comunicar información sobre los antecedentes penales de una persona a los jueces, al Ministerio Fiscal, a la policía judicial y al particular interesado. Por otra parte, los expedientes judiciales, incluidas las sentencias penales, no están disponibles para inspección pública. Incluso las sentencias publicadas de los Tribunales protegen la privacidad del acusado encubriendo su nombre real, y cambiándolo por otro ficticio”<sup>19</sup>.

Es claro que el régimen de antecedentes penales español propende proteger la privacidad de los procesados, no obstante, los certificados pueden seguir siendo objeto de recepción por parte de algunos determinados, como en el caso de la administración, los jueces y los particulares autorizados. Por lo que, la privacidad queda supeditada a algunas circunstancias en las que el Estado español ha considerado es necesaria la publicidad y circulación de estos.

En el caso de América países como los Estados Unidos<sup>20</sup>, definen los antecedentes penales como toda información atribuible a un individuo en cuanto a investigaciones, condenas y demás información generada por una autoridad judicial en el tema penal. Es por esto, que en la actualidad el poder judicial norteamericano a implementado la unificación de una base de datos que interrelacione diferentes

---

<sup>18</sup> ROVIRA i SOPEÑA, Martí. Antecedentes penales y mercado laboral, 2016, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona. p. 16.

<sup>19</sup> LARRAURI PIJOAN. Op. Cit., p. 155.

<sup>20</sup> DÁVILA SANDOVAL, Guillermo. La función de los antecedentes penales en el sistema penal colombiano: Un análisis crítico desde el garantismo. Universidad Santo Tomás, 2021. p. 79.

dependencias con información fiscal, informes policíacos, huellas dactilares, arrestos por parte de la autoridad, entre otros.

En este mismo sentido, no el ordenamiento jurídico, sino la comunidad estadounidense considera que un contratante debe ser capaz de averiguar si un aspirante a trabajar como conductor de un autobús fue sentenciado anteriormente por conducir ebrio, o si en el caso de los oferentes a empleos en bancos, pueden recibir candidatos previamente condenados por malversación de fondos o hurto<sup>21</sup>. La legislación en materia de antecedentes penales que se realiza en este país, permite en su gran mayoría, que los ciudadanos puedan acceder de manera más indiscriminada a los antecedentes punitivos de una persona, a diferencia de como ya se vio en países europeos como España. Lo que se podría inferir de la situación estadounidense, es que entre más acceso a la información de antecedentes penales tenga la sociedad, más discriminación le hará esta a los pospenados en el mercado laboral.

Un claro ejemplo de esta legislación es la denominada *Megan's Law* (Community Notification Laws)<sup>22</sup>, que se originó producto del crimen a Megan Kanka de 7 años, quien fue violada y asesinada por su vecino, el cual contaba con antecedentes de agresión sexual. Tras el suceso, el Congreso norteamericano aprobó la ley el 31 de octubre de 1994, que nació con la finalidad de crear un registro y un procedimiento de notificación para alertar la presencia de un delincuente sexual. La forma en la que funcionan estos registros consiste en notificar a quien éste inscrito, haciéndoselo saber a los ciudadanos a través de correo electrónico. Asimismo, partir del año 2003 la Corte Suprema autorizó que se publiquen en Internet las fotografías de aquellos que hubieren sido condenados por delitos sexuales a menores de edad. En la actualidad, son casi 50 los Estados del país que poseen este tipo de registros, en donde se inscriben alrededor de 700.000 personas<sup>23</sup>. De esta manera, en Estados Unidos la regulación de antecedentes punitivos por parte del Estado es mucho más proteccionista respecto de la seguridad pública que de los derechos de la intimidad del reo.

---

<sup>21</sup> LAURRARI PIJOAN. Op. Cit., p. 154.

<sup>22</sup> Puede verse una exhaustiva descripción de este proceso legislativo en LOGAN, W.A.: Knowledge as Power. Criminal Registration and Community Notification Laws in America. Citado por RIMO, Alberto. La publicidad de los antecedentes penales como estrategia de prevención del delito. Universidad de Valencia. Revista General de Derecho Penal, RI §411787 17, 2012.

<sup>23</sup> JOVER BUSTILLO, Vanesa. Los Registros sexuales de delincuentes y la Ley Megan. Colegio Criminológico de Madrid, No. de colegiada M-0316, Madrid, 2020.

Para el caso de Colombia algunos doctrinantes consideran que no es sencillo profundizar en un tema que contiene tantos vacíos legislativos en lo concerniente a la protección de datos personales, esto sumado a su escasa sistematización unificada dificultan estructurar un lineamiento preciso para exponer el tema objeto de estudio en el presente capítulo<sup>24</sup>. Aún con la falta de claridad presenciada en el ordenamiento jurídico, los antecedentes penales se empezaron a gestar con el certificado judicial. Así pues, fue en 1944 mediante el decreto 884 que se da el surgimiento del “certificado de identidad personal”, implementado como un tipo de sanción para aquellas personas que hayan atentado contra la Hacienda Nacional, los cuales también se verían restringidos ante la posibilidad de acceder a un cargo público. Dicho certificado se encontraba a cargo de la Policía Nacional, y pretendía establecer un control haciendo constar que no se habían cometido actos delictuosos en contra del Tesoro Público o en contra de la propiedad particular<sup>25</sup>.

Más adelante, mediante el decreto 2398 de 1986<sup>26</sup> se otorgó mayor regulación al respecto, toda vez que se le imparten al Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) lineamientos y directrices que debe desempeñar para la recolección de estos datos de las personas. Una de sus funciones era la de expedir los certificados judiciales al particular que solicitaba su propio registro, a organismos con facultades de policía, funcionarios judiciales y las autoridades administrativas que necesitaban conocer los antecedentes de los empleos oficiales.

Después con la llegada de la Constitución de 1991, las regulaciones en este tema empiezan a ser más estrictas y necesarias. Colombia pasa a ser un Estado Social de Derecho en donde prima la dignidad humana de las personas y se expone un amplio catálogo de prerrogativas fundamentales. Por lo que, se incluye una definición relativa a los antecedentes penales en su artículo 248<sup>27</sup>, dando claridad en que sólo se considerarán antecedentes penales las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva.

---

<sup>24</sup> URAN BUITRAGO, Luisa. Régimen de antecedentes penales en Colombia. Universidad EAFIT, Medellín, Colombia, 2018, p. 23.

<sup>25</sup> Ibid., p. 24.

<sup>26</sup> COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Artículo 2 del Decreto 2398. (19, julio, 1986). Por el cual se dictan normas sobre reseña delictiva, cancelación de antecedentes y expedición de Certificados Judiciales y de Policía. 1986. [Derogado].

<sup>27</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Gaceta Constitucional No. 116 (20, julio, 1991). Artículo 248: “Únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales”. 1991.

Después llegaría la ley 65 de 1993<sup>28</sup>, la cual dispuso que cumplida la sanción impuesta por el Estado, los antecedentes penales no podrán por ningún motivo ser factor de discriminación social o legal y no deberán figurar en los certificados de conducta que se expidan. Para el año 2002, la ley 734<sup>29</sup> consagró en cabeza de la Procuraduría General de la Nación la función de llevar un registro de inhabilidades e incompatibilidades para los que deseen aspirar a un cargo público. Con ocasión de ese registro en el 2016, la resolución 461 del 7 de octubre de 2016<sup>30</sup> le da la función de expedir un certificado de antecedentes que puede ser de dos clases: ordinario para hacer las anotaciones de providencias ejecutoriadas dentro de los (5) años anteriores a su expedición y en el especial donde se consigna la misma información más las inhabilidades intemporales para algunos cargos constitucionales y legales.

Con el decreto 4057 de 2011<sup>31</sup> se suprime el DAS y se traslada su función a la Policía Nacional adscrita al Ministerio de Defensa. También se suprime el certificado judicial físico por parte del decreto-ley 019 de 2012<sup>32</sup> y se establece que la consulta de antecedentes penales la podrá realizar cualquier particular o autoridad en los registros digitales de la base de datos de la Policía. Para tales efectos de custodia, la plataforma virtual<sup>33</sup> asevera que: “el uso de la información suministrada por la Policía Nacional de Colombia está limitado a fines personales, cualquier uso para una finalidad diferente, como la obtención de un beneficio económico o la consulta de información personal de un tercero, será considerado irregular y estará sujeto al inicio de las acciones legales pertinentes”. También se hace la anotación de que el Decreto-Ley 019 se sujetará a las normas establecidas en la Ley estatutaria de Protección de Datos Personales.

A esta facultad de la Policía Nacional de expedir certificados virtuales, también se le une la de la Procuraduría General, a la cual a partir de la ley 1238 de 2012 se le

---

<sup>28</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA RÉPUBLICA. Artículo 162. Ley 65. (19, agosto, 1993). Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario. Diario Oficial No. 40.999, Bogotá. D.C., 1993.

<sup>29</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA RÉPUBLICA. Artículo 174. Ley 734 (5, febrero, 2002). Ley por la cual se expide el código disciplinario único. Diario Oficial No. 44.708, Bogotá. D.C., 2002.

<sup>30</sup> COLOMBIA. PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN. Artículo 6. Resolución 461. (7, octubre, 2016). Por la cual se modifica y adiciona la Resolución 143 del 27 de mayo de 2002, que reglamenta el sistema de información de registro de sanciones disciplinarias y penales... Bogotá. D.C., 2016.

<sup>31</sup> COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA RÉPUBLICA. Decreto 4057. (31, octubre, 2011). Por el cual se suprime el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS)... Bogotá. D.C., 2011.

<sup>32</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA RÉPUBLICA. Artículo 94. Decreto-Ley 19. Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2012.

<sup>33</sup> POLICIA NACIONAL DE COLOMBIA. Consulta de Antecedentes Judiciales.

otorga la misma función. Es decir, cualquier persona que quiera conocer los antecedentes disciplinarios y fiscales de otra podrá hacerlo a través de este canal virtual. La posibilidad de cancelación de antecedentes judiciales por parte de la Procuraduría será automática cuando transcurran 5 años desde la fecha de ejecutoria o cuando la autoridad judicial o disciplinaria informa que la sanción fue cumplida, de esta manera el Registro de Sanciones y Causales de Inhabilidad procede a la cancelación del registro<sup>34</sup>.

Concluyendo, el caso colombiano y retomando el tema del concepto de antecedentes, se tiene que estos son datos que se archivan de una persona cuando está ha sido sentenciada por la comisión de un delito, y que dependerá de la política criminal de cada Estado, la justificación que se le da a la difusión que las instituciones hagan de ellos. En este sentido, se explicará a continuación porqué esta política criminal justifica su razón de ser en las teorías de la finalidad de la pena punitiva, las cuales deberán respetar la efectiva reinserción, rehabilitación e intimidad de los pospenados, en todos los ámbitos posibles de la sociedad.

## **2. Finalidad de la pena punitiva. Protección a la reinserción, la rehabilitación y la intimidad**

Para el desarrollo de la presente investigación se debe analizar cuál es la finalidad de imponer un castigo por la comisión de un delito en la sociedad. De esta manera, también se podrá comprender donde se justifica la existencia de antecedentes penales en la política criminal, respetando siempre la protección a la reinserción, rehabilitación e intimidad de los pospenados. Con este acápite se discutirá la necesidad de preservar los bienes jurídicos amparados por el sistema penal, para el buen desarrollo de todas las personas en la sociedad<sup>35</sup>, sin desatender los derechos fundamentales de los sentenciados.

Ahora bien, con el propósito de primero estudiar los fines de la pena punitiva, el punto de partida es la premisa según la cual, la existencia de la pena nace desde la necesidad jurídica de proteger y garantizar el orden social de los individuos. Por

---

<sup>34</sup> Respuesta de la Procuraduría a derecho de petición con radicado E-2017-695682 y E-2017-755537. (28, septiembre, 2017) p. 6.

<sup>35</sup> COTE-BARCO, Gustavo. La necesidad de la pena – Reflexiones a partir de los artículos 3º y 4º del Código Penal Colombiano. Revista Vniversitas, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá D.C., No. 114: 191-226, julio-diciembre de 2007. p. 192.

ello, desde la antigüedad<sup>36</sup> se vienen perfeccionando estas teorías, pues sustentan la política criminal actual y explican la finalidad de la intromisión en importantes derechos, como resultado de la imposición de una pena. Esta idea subyace históricamente, a la teoría del Estado como contrato social<sup>37</sup> en donde la exigencia para imponer una pena es la constatación de un daño social producido como consecuencia de la conducta a sancionar; dicho daño debe implicar como lo menciona Roxin “un perjuicio insoportable para la coexistencia social”<sup>38</sup>. De esta manera, se empiezan a proteger los derechos de mayor relevancia para el Estado, como la vida, la propiedad o la libertad de las personas, generando así la subsidiaridad del derecho penal, el cual solo se hará efectivo cuando no existiese en el ordenamiento un control social menos gravoso que el punitivo.

Es decir, la pena punitiva es la imposición de un castigo por parte del Estado ante el desatención de los mandamientos legales que protegen los bienes jurídicos más importantes de la sociedad: “cuando incurre un injusto de naturaleza penal el aparato estatal se activa y toma medidas encaminadas a castigar el hecho delictivo”<sup>39</sup>. Sin embargo, su existencia está justificada en tanto y cuanto con ella se evite un perjuicio real y concreto sobre un derecho aún más importante que los que se violentarán para el que los afecte<sup>40</sup>. En este sentido, para argumentar la existencia de esta intervención en los derechos fundamentales por parte del Estado, se han desarrollado diversas teorías que le dan una razón de ser a la pena, puesto que, esta será necesaria y estará justificada siempre que cumpla con dicho objetivo.

A continuación, se explicarán las teorías reconocidas por la doctrina penal que responden a la finalidad de la pena, las cuales son: la teoría retributiva, la teoría de prevención especial, la teoría de prevención especial general y la teoría mixta.

---

<sup>36</sup> HIPPEL, R. Sobre la historia de las teorías penales. V I, 1925, 459 ss.; Nagler, 1918. De tiempos más recientes, cfr. p.ej. Kaenel, 1081, 28-77; Frommel, 1987.

<sup>37</sup> COTE-BARCO citando: “La exigencia de un “daño social” como presupuesto de la pena, se deriva por tanto, directamente de la teoría del contrato social que durante el siglo XVIII se extendió por toda Europa y encontró su mejor expresión, desde el punto de vista penal, en la obra del italiano Cesare Beccaria (1734-1794)”. Ibid., p. 197.

<sup>38</sup> ROXIN, C. Iniciación al derecho penal de hoy. Citado por COTE-BARCO, Gustavo. Ibid., p. 197.

<sup>39</sup> PARDO, Angélica. Proximidad versus Castigo. Citado por GÓMEZ, Martha [y otros]; GUTIÉRREZ, Marcela; OLARTE, Ángela (Eds). Política criminal y abolicionismo, hacía una cultura restaurativa. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia. Centro de Investigación en Política Criminal. 2018. p. 77.

<sup>40</sup> COTE-BARCO. Op. Cit., p. 193. En el entendido de que el individuo que atente contra los bienes jurídicos protegidos por el Estado tendrá una “afectación de derechos y valores tan importantes cuyo reconocimiento ha sido tan caro para el ser humano, como la libertad, la dignidad, la intimidad, la honra, y el buen nombre”.

La primera de ellas, es la teoría de la retribución o de la expiación, que desarrolla su razón de ser mediante la imposición de un mal que consecuentemente retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por un hecho cometido<sup>41</sup>. Es decir, esta teoría argumenta que la pena debe retribuir el daño causado dependiendo del grado de culpabilidad del actor del delito, generándole así un sufrimiento proporcional con su actuar. Cuando se habla de proporcionalidad se refiere a que, dependiendo de la gravedad de la conducta y a su motivación<sup>42</sup>, la pena tendrá una mayor o menor intensidad.

En ese orden de ideas, esta teoría se encuentra catalogada como absoluta, porque el fin es independiente de su fin social. Tiene origen en la filosofía de que la pena no se funda en que sea utilitaria para la sociedad, porque el castigo es para un “fin en sí mismo” y no puede instrumentalizarse en fines preventivos ajenos a la proporción del daño causado<sup>43</sup>; este fue a lo que Kant denominó “imperativo categórico”, diciendo que: “el delincuente no puede quejarse de que se comete con él una injusticia cuando atrae sobre sí mismo su mala acción y le sucede lo que ha hecho a otros, no según la letra, pero sí según el espíritu de la ley penal”<sup>44</sup>. Hegel se une a la teoría de Kant, al mencionar que la finalidad de la pena no puede ser correctiva ni de intimidación, puesto que: “con la fundamentación de la pena de esta manera, es como cuando se levanta un palo contra un perro: y al hombre no se le trata según su honor y libertad, sino como a un perro”<sup>45</sup>. Podría decirse entonces, que la teoría retributiva tiene como fin último el individuo y no la sociedad en su conjunto, al no estar está diseñada como una medida preventiva del delito.

Roxin<sup>46</sup> al comentar ésta teoría, considera que la pena debe ser justa y eso supone que sea con la misma duración e intensidad del delito cometido. Es claro entonces, que la retribución instrumentaliza al individuo en procura del bien común, es decir, se le impone una pena que se justifica por tratarse de una necesidad moral generada por el individuo con sus actos delictivos. Sin embargo y como critica el

---

<sup>41</sup> ROXIN. Op. Cit., p. 82.

<sup>42</sup> COTE-BARCO, Gustavo. “Así pues, una infracción leve cometida en circunstancias que tal vez no lleguen a justificarla pero sí la hacen más o menos comprensible, conducirá a una pena de baja intensidad, mientras que la comisión de un delito motivado por fines banales o altamente reprochables, conducirá a una pena más grave”. Op. Cit., p. 198.

<sup>43</sup> MAYER, H. Sobre la concepción de Kant und Hegel und das Strafrecht, en el Festschrift für K. ENCISCH, 1969, p. 64 y ss.

<sup>44</sup> KANT. La metafísica de las costumbres, 1797. Estudio preliminar de Adela Cortina, Cuarta Edición, Tecnos, 2008.

<sup>45</sup> HEGEL. Instructivo sobre Hegel: Piontkowski, 1960; Flechtheim, 1975; Klescewski, 1991; Seelmann, JuS. Citado por ROXIN, Claus. Op. Cit., 83.

<sup>46</sup> ROXIN, Claus. Ibid., p. 82.

mismo Roxin, el castigo no debería necesariamente ser la finalidad esencial de la pena, ya que imponer el dolor no debería ser más trascendental que la finalidad de imponer una pena sancionatoria por la comisión de un delito. Ahora bien, entendido el fundamento básico de esta teoría, se debe reconocer también que, si bien intenta exaltar el principio de culpabilidad del autor limitando los poderes punitivos del Estado, no se encarga de tomar a la pena como un factor determinante para la vida en sociedad<sup>47</sup>. Es decir, si bien usa la culpa como motivante de su imposición, su fin último es pensar en el individuo que cometió la infracción dejando de lado la función preventiva del delito, que debería ser la principal política criminal del Estado social; como consecuencia de ello no se preocupa la retribución por reducir la criminalidad de la sociedad, lo que no es fundamento para la política criminal de la imposición de antecedentes penales la cual es preventiva del delito.

De otro lado, la teoría de la prevención especial es opuesta a la teoría retributiva, y expresa que la pena consiste únicamente en hacer desistir a los individuos de una sociedad de futuros delitos<sup>48</sup>. Tiene surgimiento especial en las ideas de filósofos griegos como Protagoras o Seneca, sin embargo, sigue especialmente las de Platón, quien justifica la pena siempre y cuando esta mire al futuro: “Nadie impone una pena y se dirige contra quienes han cometido un delito, a no ser que se quiera vengar de forma poco razonable como animal. Quien, en cambio, pretenda penar a otro de una forma razonable, no le impondrá la pena por el injusto cometido, puesto que él no puede deshacer lo ya hecho, sino en razón del futuro, para que no vuelva a cometer ni el mismo injusto ni otro parecido”<sup>49</sup>. Lo que se interpreta de esta idea es que con esta teoría no se pretende que el hombre sea castigado de manera retributiva por el daño que cometió, sino que busca que este no cometa el daño al saber de la existencia de una circunstancia que podría ocasionar un perjuicio. La prevención especial es una teoría relativa de la finalidad de la pena, puesto que, se refiere al fin de la prevención de los delitos.

La prevención especial toma fuerza en el derecho penal moderno con la escuela positivista italiana y la escuela sociológica del derecho penal, las cuales realizaron una aproximación etiológica al fenómeno delictivo, pero enfocado en la prevención punitiva del delincuente que se sancionaba<sup>50</sup>. De esta manera y en semejanza con

---

<sup>47</sup> COTE-BARCO, Gustavo. Op. Cit., p. 201.

<sup>48</sup> ROXIN, Claus. Op. Cit., pág. 85.

<sup>49</sup> COTE-BARCO citando a Lesch, Heiko. “La función de la pena”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, pág. 38. Op. Cit., pág. 199.

<sup>50</sup> COTE-BARCO citando a Roxin, Claus, cuando dice que: “El principal representante de esta dirección fue Franz Von Liszt (1851-1919), el más importante cultivador alemán de la política criminal. Según Liszt, la prevención especial se lleva a cabo en una doble dimensión: asegurando a la

la teoría retributiva, la prevención especial se enfoca en el delincuente, aunque en esta última sus fines sean preventivos del delito. Al referirse la mencionada teoría al “individuo en concreto”, lo que intenta es abordar el estudio de las causas personales y sociales que llevaron al infractor a cometer el delito, para que el sistema punitivo pueda actuar sobre ellas garantizando la no repetición del acto.

Por lo tanto, lo que hace la prevención especial es orientar la pena a la finalidad de corregir al individuo infractor, cuando puede y necesita dicha corrección. En este sentido, no se determina la sanción en función del delito, sino en función del delincuente: “Si la persona a pesar de haber cometido el delito no requería corrección alguna, sería objeto de intimidación a través de la pena, para que se abstuviera en el futuro de este tipo de conductas; pero si la persona no era susceptible de corrección ni de intimidación, se buscaría su inocuización, excluyéndolo definitivamente de la vida en sociedad”<sup>51</sup>.

Sin embargo, si bien la finalidad de la prevención especial es procurar disminuir los futuros delitos que pudiesen cometerse, se queda sin fundamento en los casos en donde no hay peligro claro de reincidencia por parte del individuo, pero dejar el daño sin sancionar podría generar un malestar social<sup>52</sup>. Es decir, no se hace muy justo definir la pena en función de la peligrosidad del individuo porque no siempre existirá el riesgo de reincidencia y en ese sentido debería no castigarse al infractor, pero se sabe que con ello se desarrollaría un desazón en la sociedad. A esta crítica se le adhiere la de autores como Roxin<sup>53</sup> quién considera que esta teoría puede llevar a imponer penas altamente prolongadas y aflictivas, dependiendo del grado de peligrosidad que le asigne el Estado a una persona.

También es de especial relevancia que la teoría preventiva especial sigue el principio de la resocialización<sup>54</sup> del implicado en el proceso penal, en cuanto se obliga exclusivamente a la protección del individuo y de la sociedad, pero también protege al autor del delito, no lo expulsa ni lo marca, sino que decide integrarlo; aquí es donde se cumplen con los preceptos de un Estado Social. Sin embargo, autores

---

comunidad ante el “delincuente” con su internamiento, intimidando al “delincuente” con la pena de la comisión de otros delitos, preservándolo de la reincidencia a través de su corrección”. En “Iniciación al derecho penal de hoy”, Secretariado de Publicaciones de Sevilla, 1981, p. 36. Ibid., p. 199.

<sup>51</sup> COTE-BARCO, Gustavo. Ibid., p. 199.

<sup>52</sup> Ibid., p. 201.

<sup>53</sup> ROXIN, Claus. Iniciación al derecho penal de hoy. Citado por COTE-BARCO, Gustavo. Ibid., p. 201.

<sup>54</sup> Ibid., p. 201.

como Cote-Barco<sup>55</sup> critican que aspectos como la corrección del individuo o la resocialización de este no pasan de ser una utopía. Pues según él, existen limitaciones empíricas que no permiten acercarse a la teoría con la realidad, con mayor razón en contextos de sociedades altamente desiguales en la distribución de los recursos. Lo importante a rescatar de esta teoría, es que a partir de ella empieza a gestarse la idea de que los individuos pueden ser reformados y que por tanto, podrán volver a la sociedad que han lastimado como personas renovadas; situación que solo podría darse por razón del derecho al olvido.

Comprendido lo anterior, surge desde la misma doctrina una teoría con algunas semejanzas a la teoría de la prevención especial; esta es la de la prevención general, la cual tiene como finalidad el efecto de la pena hacia futuro, sin embargo, no se encarga de analizar al “delincuente” propiamente, sino que su receptor es la comunidad en general.

La teoría de la prevención general convierte la sanción penal en un ejemplo que el Estado le da a la sociedad sobre las consecuencias negativas del actuar delictivo. Según Roxin, la teoría de la prevención puede actuar de tres maneras<sup>56</sup>: como forma de asegurar a la comunidad frente a los delincuentes; como forma de intimidación, para que existiendo una pena los individuos se abstengan de cometer actos delictivos; y tercero, como corrección, preservándole de reincidir mientras dentro de su privación de la libertad se corrige. Es claro entonces, que esta teoría actúa como forma de intimidación al coaccionar psicológicamente a los individuos de manera que a través del miedo no cometan conductas en contra del orden social. Más que el simple efecto intimidatorio de esta teoría, lo que se busca es dar una demostración de la inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante la sociedad, puesto que, de no existir para el autor de los delitos una sanción por su cometimiento, se incita a la sociedad a la imitación<sup>57</sup>. De esta manera se logra que los asociados refuercen la confianza en sus instituciones y en el efectivo poder punitivo del Estado.

Es decir, se busca formar a la comunidad a través de las posibles sanciones y las sanciones penales ya establecidas, qué cosas están y qué cosas no están permitidas en la sociedad, para apartarlas de su posible violación. Esta teoría también es relativa, porque tiende a la prevención de delitos, con la salvedad de que no actúa directamente sobre un individuo particular, sino que dirige su mensaje a la sociedad en general.

---

<sup>55</sup> Ibid., p. 201.

<sup>56</sup> ROXIN, Claus. Op. Cit., p. 86.

<sup>57</sup> ROXIN, Claus. Ibid, p. 91.

Fue desarrollada por Paul Johann Feuerbach<sup>58</sup>, considerado fundador de la ciencia moderna del Derecho Penal Alemán. Feuerbach citado por Roxin, desarrolla la teoría de la “teoría psicológica de la coacción”, según la cual, si se provoca en la psique del indeciso (aquel que no sabe si cometer un acto delictivo o no) algunas sensaciones de desagrado se podrían impedir los esfuerzos por la comisión del delito, pudiendo ejercer así una “coacción psíquica” para abstenerse de la realización del hecho: “Todas las infracciones tienen el fundamento psicológico de su origen en la sensualidad, hasta el punto de que la facultad de deseo del hombre es incitada por el placer de la acción de cometer el hecho. Este impulso sensitivo puede suprimirse al saber cada cual que con toda seguridad su hecho irá seguido de un mal inevitable, que será más grande que el desagrado que surge del impulso no satisfecho por la comisión”<sup>59</sup>.

La teoría de la prevención general se ha explicado a través de dos vertientes; la primera de ellas es la teoría de la prevención general negativa ya explicada que fue propuesta por Feuerbach<sup>60</sup> quien expone que el fin último de imponer una sanción es la simple intimidación al ciudadano por medio de la ley; propuesta que va en contravía, según los moralistas, con derechos fundamentales como el de la dignidad humana, ya que como explica Kant, se usa al hombre que delinque como un medio para dar ejemplo a los demás dándosele con eso un tratamiento de objeto degradando su humanidad: “La pena judicial (...) no puede ser impuesta como simple medio para procurar a los otros bienestar, ya sea para el delincuente, ya sea para la sociedad civil, sino que tiene que ser impuesta solamente porque él ha delinquido; en efecto, el hombre nunca puede ser usado como medio de las intenciones de otros, ni mezclado entre los objetos del derecho de cosas, puesto que contra esto lo protege el carácter de persona con el que ha nacido”<sup>61</sup>. Kant dice que el hombre debe ser un fin en sí mismo y no un medio para satisfacer al Estado que busca con el actuar del delincuente una previsión para las conductas de terceros.

La segunda de ellas, es la teoría de la prevención general positiva; desarrollada por autores como Enrique Gimbernat Ordeig y Francisco Muñoz Conde<sup>62</sup> quienes

---

<sup>58</sup> FEUERBACH (1820-1880). Citado por ROXIN, Claus. Ibid., p. 89.

<sup>59</sup> También invoca a Feuerbach la teoría penal preventivo general de Schopenhauer. Ibid., p. 90.

<sup>61</sup> KANT citado por LESCH, Heiko. La función de la pena. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999. p. 20-21.

<sup>62</sup> GIMBERNAT, E. y MUÑOZ, C. citados por COTE-BARCO, Gustavo. Op. Cit., p. 200.

parten desde el psicoanálisis formulando que, a medida que el ser humano se va desarrollando en sociedad interioriza una serie de pautas de comportamiento que le indican qué es correcto socialmente y qué no, formándose en la psique del individuo su actuar. Es decir, a través del poder paterno desde niños y la autoridad social del Estado que se ejerce el resto de sus vidas, se consolida un aprendizaje que deriva en un “súper-yo”. Este “super-yo” se puede moldear por medio de las diferentes instituciones sociales, como la familia, la escuela, la religión, hasta llegar al derecho, específicamente el derecho penal: “el principal medio de coacción jurídica es la pena, que sirve para motivar comportamientos en los individuos y que es, además, elemento integral de la norma penal”<sup>63</sup>. Con esto se entiende que la pena es la prevención general, pues no se basa en la intimidación al individuo sino en ejercer pedagogía sobre él.

La crítica que se realiza a la prevención general positiva, es similar a la que se le realiza a la prevención general negativa; en cuanto poner fines como la motivación, la resocialización y la adaptación de conductas de convivencia en sociedades altamente desiguales tienen el riesgo de convertir la pena en un rol moralizante, que no deja de ser netamente ideológico, al no poder desarrollarse de forma plena en estructuras sociales injustas e inequitativas<sup>64</sup>. Ahora bien, de la teoría de la prevención general en su conjunto se puede extraer que esta también justifica la existencia de antecedentes penales, ya que su carácter negativo y perjudicial para quien los posee, puede disuadir a la sociedad de la comisión de futuros delitos.

Habiendo terminado el análisis de las principales teorías de la finalidad de la pena de forma individual desarrolladas por la doctrina penal, se puede llegar a la conclusión de que todas ellas tienen aspectos importantes que explican a su manera cuál es el verdadero fin de la imposición de una pena por parte del Estado. Sin embargo, todas también tienen su crítica por lo que quedarse con una sola de ellas para la fundamentación de la política criminal de un territorio conllevaría a tener excesos en el ejercicio del derecho penal. Es por el anterior análisis que en países como Colombia, el fin de la pena punitiva está desarrollado por varias teorías de manera complementaria. Se encuentran estipulados en el artículo 4 de la ley 599 del 2000<sup>65</sup> y son la prevención general, la retribución justa, la prevención especial, la reinserción social y la protección al condenado. Estos soportan la política criminal

---

<sup>63</sup> Ibid., p. 201.

<sup>64</sup> Ibid., p. 204.

<sup>65</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA RÉPUBLICA. Ley 599. (24, julio, 2000). Por el cual se expide el Código Penal. Diario Oficial No. 44.097. 2000.

del país y se articulan de tal forma que intentan minimizar los excesos que podría ocasionar el únicamente aplicar una sola de las teorías de los fines de la pena.

Los autores respaldan la postura de una teoría que integre a las demás. Sin embargo, se critica que realizarlo de esta manera generaría inconsistencias conceptuales al no ser estas compatibles, “todo intento para articularlas no produce nada más que confusiones e inconsistencias”<sup>66</sup>. Es decir, al ser teorías que reúnen características tan radicales, unir las no le daría las condiciones al Estado para fundamentar la finalidad de la pena al no tener una regla funcional que conceda preferencia de una teoría a otra en los puntos de colisión<sup>67</sup>.

Niklas Luhmann y Günther Jakobs han propuesto una corriente funcionalista. Esta se ha identificado para algunos como una forma de prevención general positiva, y otros la toman como una teoría funcional de la retribución. El funcionalismo pretende una validez contrafáctica de la norma<sup>68</sup>, es decir, por medio de la ley penal las personas sabrán como actuar de conformidad a unas expectativas legítimas y racionales impuestas por ella, de tal manera que quien contraríe esas expectativas, accionará al derecho penal para que por medio de la imposición de una pena reestablezca la vigencia de la expectativa defraudada. Con su aplicación deja el mensaje en la sociedad, que el comportamiento del “delincuente” es incorrecto y que las víctimas y demás personas, pueden seguir adelante orientando su comportamiento de acuerdo con esta expectativas impuestas por la ley.

Sin embargo, todo intento de mejora en las teorías de la finalidad de la pena suele verse afectado por su falta de practicidad al intentar plantearlas en la realidad. Muñoz Conde apoyándose en Alessandro Baratta, afirma que: “la teoría sistémica conduce a una concepción preventiva integradora del derecho penal, en la que el centro de gravedad de la norma jurídica penal pasa de la subjetividad del individuo a la subjetividad del sistema, buscando un fortalecimiento del sistema existente y de sus expectativas institucionales, pero no su modificación crítica”<sup>69</sup>. Por tanto, aunque la teoría funcional pretende que el sistema penal se fortalezca en cuanto este puede ser un objeto de pedagogía en las personas, se usa una visión bastante desapegada de la realidad, ya que las sociedades son conflictivas y desiguales, y

---

<sup>66</sup> COTE-BARCO, Gustavo. Op. Cit., p. 205.

<sup>67</sup> Ibid., p. 205.

<sup>68</sup> Ibid., p. 205.

<sup>69</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal y Control Social. Editorial Temis S.A., ISBN 958-35-0227-8, Bogotá D.C., 2004. p.16-17.

esta postura supone una organización social armónica, que por ejemplo en el caso colombiano sería muy difícil de vislumbrar.

Entendido este punto importante de la investigación, en cuando a las teorías de la finalidad de la pena, sus avances en la política criminal y sus desventajas en la regulación de este, se concluye que en la actualidad en los ordenamientos jurídicos que han decidido adoptar la teoría de la prevención especial, la necesidad de la imposición de una pena debe venir acompañada del ánimo de reinserción del hallado culpable en el proceso penal. Por ejemplo, como se mencionó anteriormente, la legislación colombiana acoge tanto los postulados de la reinserción social como los de la prevención especial en su Código Penal.

El anterior comentario sirve para adentrarse en el supuesto de que la resocialización también es un fin de la pena. Es un pilar que fundamenta la imposición de una pena punitiva por parte del Estado, ya que, lo que se pretende es que el autor del delito no vuelva a delinquir en el futuro haciendo que la sociedad se vuelva más prospera<sup>70</sup>. Se habla de reinserción social, para que el sentenciado pueda volverse a valer como ser social siempre, cuando haya aprendido a acatar los estándares básicos de convivencia que ha impuesto la Administración para una comunidad. La resocialización entonces: “es una técnica de tratamiento clínico que pretende cambiar la conducta del interno. Volver a socializarse, lo que significa aprender las expectativas sociales e interiorizar normas de conducta. Resocializarse es volver a valer como ser social conforme quiere la sociedad. Esto implica reconocimiento. La técnica que se maneja es el cambio de actitud y de valores. Se confunde con el cambio de delincuente en un buen interno(a)”<sup>71</sup>.

Para este término social es importante tener en cuenta que, primero la resocialización es para el sentenciado hallado culpable de un proceso penal, es decir, que el tratamiento solo se brindará al condenado después de su sentencia de responsabilidad penal. Segundo, con esta se pretende que la persona que ha delinquido pueda retornar a la sociedad con conocimiento de su actuar errado y consciencia del respeto hacía las normas establecidas en la sociedad. Y tercero, la resocialización también tendrá como finalidad la rehabilitación del delincuente, es

---

<sup>70</sup> CID, J. La elección del castigo. Barcelona: Bosch, 2009. p. 30.

<sup>71</sup> COLOMBIA. INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO. Oficina asesora de Planeación. Concepto tomado del glosario penitenciario y carcelario. Ministerio de Justicia de Colombia. p. 11.

decir, generarle un bloqueo para la comisión de delitos en el futuro<sup>72</sup>. Este proceso sucederá gracias a las diferentes actividades que se pueden realizar dentro de los establecimientos carcelarios como: trabajar, estudiar, incentivarse a través de la cultura o el deporte. Sin embargo, si las condiciones que le esperan después de haber cumplido la sanción penal, son por ejemplo nulas oportunidades en el mercado laboral, todo lo que se hubiera hecho dentro del establecimiento carcelario no habrá funcionado pues la resocialización debe garantizarse dentro y fuera de las cárceles.

Como toda teoría, esta también es muy cuestionable, puesto que existen limitaciones empíricas para acercar la teoría con la realidad. Cote-Barco<sup>73</sup> se cuestiona la razón de ser de ella, es decir el hecho de “socializar”, en donde se pretende incluir adecuadamente a las dinámicas sociales aceptadas a una persona que voluntariamente ha decidido alejarse de ellas; dice además que esta persona puede tener valores sociales que no comparte con el resto de la comunidad, y que probablemente por adecuarse a esa dinámica social cometió el delito, o pudo haber sido por una situación de anomía social. Esta idea de resocialización desconoce la coexistencia de diversos sistemas de valores en una comunidad, cuando debería el ordenamiento jurídico propender lograr puntos de encuentro entre ellos para que de manera eficaz se viabilice la convivencia.

Muñoz Conde<sup>74</sup> considera que para poder hablar de resocialización es necesario que exista un reconocimiento de la norma jurídica penal por parte no sólo de quién la crea sino también de quien la infringe. Esto solo podría darse en sociedades con valores sociales similares o que como se mencionó, lograron un punto de encuentro entre las diversas diferencias. De no ser así, la resocialización se convierte en puro sometimiento y lesiona la libre autonomía individual, en cuanto no existe por parte del condenado esa consciencia o identidad de aquello que no debió hacer.

Otro aspecto importante a considerar, es que la resocialización parte de la premisa de que el ordenamiento social y jurídico en el que se encuentra el delincuente es justo<sup>75</sup>, por cuanto se le pide aceptar acríticamente la corrección que el orden social quiera darle. Es decir, el delincuente ha transgredido una de las normas de

---

<sup>72</sup> HERNÁNDEZ, Norberto. La resocialización como fin de la pena – una frustración en el sistema penitenciario y carcelario colombiano. Universidad Libre y Universidad de los Andes, Bogotá, 2015-2016. p. 549.

<sup>73</sup> COTE-BARCO, Gustavo. Op. Cit., p. 202.

<sup>74</sup> MUÑOZ, Francisco. Op. Cit., p. 95.

<sup>75</sup> MUÑOZ, Francisco. Ibid., p. 93.

convivencia que se deben acatar en esa sociedad, como esa sociedad es justa y equitativa su actuar es incorrecto y debe resocializarse para no volver a cometer dichas conductas. No obstante, se considera ingenua dicha posición ya que las sociedades no son completamente justas, apartándose una vez más la teoría de la realidad.

Norberto Hernández<sup>76</sup> hace una crítica un poco más lógica de la resocialización. Asegura que el modelo rehabilitador excluye la imposición de una pena privativa de la libertad, puesto que poner nuevamente en sociedad a un hombre ocurre de mejor manera en el ejercicio de su libertad. Por ejemplo, en ordenamientos jurídicos como el colombiano la resocialización se da en escenarios preponderantemente intramurales, en donde se caería en la paradoja de pretender educar para vivir en libertad en la ausencia de esta. Se considera entonces por este autor, que la prisión es contraproducente para el cumplimiento del modelo rehabilitador, ya que la privación de la libertad no da garantías para que el sujeto se reeduce.

Los estudiosos del tema resocializador han concluido que esta será un fracaso siempre que el Estado no pueda proveer los recursos y las condiciones necesarias para que la persona pueda desarrollarse nuevamente en la sociedad<sup>77</sup>. Además de todos los problemas sociales y filosóficos que puede acarrear el término “volver a socializar a un individuo” cuando la sociedad en la que delinquiró no es del todo justa, equitativa y respetuosa de las diferencias.

Habiendo terminado con la resocialización como fin de la pena, no se puede excluir del presente capítulo, la finalidad de protección del condenado penal. La cual busca que el Estado garantice que no sea víctima de amenazas o retribuciones de las víctimas con ocasión a sus actos delictivos<sup>78</sup>. No obstante, para el objetivo de la presente investigación se entenderá la protección enfocada a la intimidad del delincuente. Pues su intimidad, la cual es un es un derecho fundamental que permite tener una zona espiritual íntima y reservada<sup>79</sup>, se verá afectada por el uso que le dé el Estado a los antecedentes penales que se registren con ocasión a un proceso penal. Incluso podría decirse que un mal tratamiento de esta información personal, no solo menoscaba la intimidad sino que va en contravía de la finalidad de

---

<sup>76</sup> Ibid., p. 540.

<sup>77</sup> Ibid., p. 555.

<sup>78</sup> CORTES, María. La función de la pena en Colombia bajo la ley 599 de 2000. Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho. Bogotá, D.C., 2018. p. 18.

<sup>79</sup> BAUTISTA, Manuel. El derecho a la intimidad y su disponibilidad pública. Universidad Católica de Colombia. Colección Jus Público. Bogotá, D.C., 2015. p. 8.

protección del delincuente cuando hay “peligro de promoción del *vigilantismo*<sup>80</sup> y de reacciones violentas informales contra los infractores”<sup>81</sup>. Es decir, un evento que posiblemente podría darse ante la publicidad de los antecedentes es el peligro al que se expone el delincuente una vez cumple la sentencia, ya que podría ser objeto de rechazo por parte de la comunidad o de una sociedad que busque hacer justicia sin legalidad, la denominada “justicia por propia mano”.

Por lo expuesto anteriormente, la política que regula los antecedentes penales se impondrá cuando este acorde con los fines de la pena punitiva de ese Estado. La información que se obtenga en el lleno de un proceso judicial penal, deberá cumplir con los propósitos, para el caso colombiano, de la retribución justa, la prevención general y especial, la resocialización y la protección del condenado. Solo de esta manera se dará cumplimiento a lo que el Estado pretende cuando decide imponer una pena punitiva ante la infracción de las normas de convivencia establecidas, garantizando así el cumplimiento de los fines de este. Sin embargo, como el presente trabajo investigativo refiere en gran medida a la publicidad que se hace de los antecedentes penales y si estos infieren o no en la inserción laboral y el derecho al olvido; se explicará brevemente a continuación cómo se difunden a través de las tecnologías de la información en la legislación moderna y se retomará el tema de la intimidad como fundamento del derecho al olvido.

## Capítulo II

### 1. Difusión de antecedentes penales a través de las tecnologías de la información

Cuando se habla de la difusión de los antecedentes penales se habla de la publicidad y divulgación de estos. Es importante que se conozca como puede ser la publicidad de ellos, porque en base a eso podrá determinarse si efectivamente vulneran el derecho al olvido y a la inserción laboral.

---

<sup>80</sup> REMESEIRO, Manuel expresa que: “es una corriente ideológica que propugna el derecho a la autodefensa de los individuos cuando el Estado no es capaz de proporcionársela de manera eficaz”. El «vigilantismo» como reflejo del fracaso del sistema jurídico-penal estadounidense en los años setenta: análisis de la película «Death Wish» (El justiciero de la ciudad). Revista de Derecho de la UNED (RDUNED), (23), 2019. p. 603-634.

<sup>81</sup> RIMO, Alberto. Op. Cit.

Su alcance dependerá de la política criminal que cada Estado en concreto decida darle, sin embargo, se considera que su inferencia en derechos fundamentales como la intimidad y el buen nombre dependerán de la intensidad de la información que se difunda. En este sentido, Alberto Rimo<sup>82</sup> diferencia dos grandes grupos de información que los antecedentes penales podrían contener: las notificaciones pasivas y las notificaciones activas. Las primeras ponen la información a disposición de la comunidad, de modo que si se encuentran interesados en consultarla podrán acceder a ella a través de los mecanismos que se han dispuesto para su divulgación. Las activas por otro lado, son un tipo de información que se hace llegar directamente al ciudadano mediante procesos como los anuncios en los periódicos y calles, la divulgación de volantes entre los miembros de una comunidad, o incluso versiones radicales como obligar al sentenciado a entrevistarse con sus vecinos o soportar marcas distintivas en su persona.

Las notificaciones activas pueden verse ejemplificadas en casos concretos como la ya mencionada Ley Megan en los Estados Unidos<sup>83</sup>. En virtud de estas normas, se obliga a los procesados por un delito de violencia sexual a inscribirse en un registro y mantenerlo actualizado con una serie de información personal e identificativa que no sólo estará abierta al público en general, sino también deberá ser difundida a los colectivos sociales, vecinos e instituciones del barrio del ofensor, a través de diferentes medios de comunicación como el correo electrónico, las vallas publicitarias, los volantes, periódicos. De esta manera se cumple que son notificaciones que buscan llegarle a los ciudadanos estadounidenses aún si ellos no estuviesen interesados en el caso particular.

Las notificaciones pasivas por otro lado, tienen como ejemplo ordenamientos como el colombiano. En donde las leyes, cumpliendo un mandato constitucional<sup>84</sup> han regulado que la difusión de los antecedentes penales será por medio de bases de datos digitales a cargo de la institución de la Policía Nacional adscrita al Ministerio de defensa<sup>85</sup>, los cuales podrán ser consultados por cualquier persona nacional o extranjera. Por lo tanto, se cumple que las notificaciones pasivas son aquellas que podrá la comunidad por su propia voluntad consultar a través del mecanismo que la legislación ha impuesto para ello.

---

<sup>82</sup> Ibid.

<sup>83</sup> Ibid.

<sup>84</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Op. Cit., Gaceta Constitucional No. 27 (10 de octubre de 1991). Artículo 248.

<sup>85</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA RÉPUBLICA. Artículo 94 del Decreto–Ley 19. Op. Cit.

El fundamento de la difusión de los antecedentes penales se manifiesta a través de las necesidades constitucionales y político-criminales de cada Estado en concreto. Algunos teóricos del derecho penal afirman que el sustento de la exposición de la condena y del infractor es la prevención del delito. Más concretamente se habla del cumplimiento de la teoría de la prevención general negativa, la cual explica que el fin último de imponer una pena es la intimidación al ciudadano por medio de la ley. De este modo, se confía en que publicar la información personal de las personas que ya cometieron una infracción a las normas de convivencia, convencerá al resto de la comunidad de que se debe evitar la nociva consecuencia de la difusión de la identidad y del pasado penal con ocasión a la comisión de un delito, lo que conllevará a que se los disuada de delinquir. En palabras de Herrera Moreno: “la probabilidad de que los agresores no quieran verse expuestos en sus círculos sociales de trabajo, vecindad u ocio, puede frenar la comisión de las conductas criminales de violencia de género, ya que en muchos casos los sujetos que cometen este tipo de delitos son personas con buena adaptación social”<sup>86</sup>. Es decir, desde la teoría la comunidad no quiere verse expuesta en su intimidad; de este modo, que la comisión de un delito traiga consigo la consecuencia de la difusión de su información personal es un método disuasivo de la conducta delictiva, cumpliéndose así los mandatos de la finalidad de la pena en cuanto a su prevención especial.

Aunque el argumento de la prevención especial sirve para explicar el fundamento tanto de las notificaciones de tipo activo y pasivo y de los antecedentes; algunos otros autores consideran que, en atención a ordenamientos de difusión activa, como las ya mencionadas leyes estadounidenses se deben tener en cuenta otro tipo de sustentos. Logan<sup>87</sup> por ejemplo, considera que en principio estas políticas están dirigidas al mejoramiento de la seguridad pública; pues a partir de la información que obtienen los ciudadanos, por los diferentes medios que les allegan la misma, pueden estos protegerse de manera más eficaz ante la posible amenaza de riesgo con un antiguo delincuente residiendo en su entorno, ayudando también de esta manera a la policía en su labor de control. De este mismo modo, la consecuencia también puede dirigirse hacia el delincuente, quien al saber que se encuentra vigilado por su comunidad se abstendrá de reincidir en posibles ilícitos. Como consecuencia de la adopción de este modelo de difusión, se generará en la sociedad una sensación de bienestar y seguridad garantizada por el Estado.

---

<sup>86</sup>HERRERA, M. Instituto De La Mujer De Castilla-La Mancha. Citado por RIMO, Alberto. Op. Cit.

<sup>87</sup> LOGAN, W.A. Knowledge as Power. Citado por. RIMO, Alberto. Ibid.

También se ha considerado que la adopción de este tipo de normas tiene un carácter meramente educativo y reformativo en la sociedad. Es decir, lo que se pretende es reforzar los valores del Derecho y el respeto a las normas que lo componen. No obstante, Alberto Rimo<sup>88</sup> considera que no es válido predicar esas funciones en una política que implica vulneración de valores como la dignidad humana o la intimidad. A ello, se le suma que considera contradictorio que se deba proporcionar esta información punitiva de los delincuentes con el ánimo de fortalecer la confianza en el sistema, cuando es este mismo incapaz de protegerlos eficazmente y necesita delegar a la comunidad su propia protección. Como las anteriores teorías, pueden existir diversidad de fundamentos que sustenten la difusión del pasado penal de una persona, sin embargo, estas dependerán de lo que cada Estado en particular haya definido con el apego de su constitución y de claramente, la no vulneración de los derechos humanos. Entendidas las consideraciones para implementar la difusión de los antecedentes, se puede dar paso al tema de su implementación a través de los medios de comunicación informáticos.

Para el caso colombiano, la información de los antecedentes penales se encuentra almacenada en bases de datos, los cuales se publicitarán por medio de plataformas digitales. La Corte Constitucional<sup>89</sup> ha establecido que el dato se caracteriza por ser un tipo de información que alberga aspectos exclusivos y propios de una persona permitiendo así identificarla gracias a la visión en conjunto de estos. Los datos son propiedad del titular de la información, situación que no se verá afectada si su obtención se hace por parte de un tercero de forma legítima. En este sentido, la captación de estos datos puede hacerse siempre y cuando se cumplan las reglas especiales en lo relativo a su administración y divulgación, situación que siempre respetará el derecho al buen nombre, el honor y el habeas data.

Ahora bien, para saber cómo funciona la publicidad de este tipo de datos personales en Colombia, se debe partir de la premisa de que los datos que consagran la información de antecedentes judiciales son de naturaleza negativa, puesto que estas circunstancias asociadas a una persona natural, tienen la connotación de ser perjudiciales porque son conductas socialmente reprobadas o desfavorables<sup>90</sup>. A la luz del análisis constitucional negativo de ellos, también se concluye que son de naturaleza semi-privada, es decir son datos que requieren de algún grado de

---

<sup>88</sup> Ibid.

<sup>89</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Unificación 139. (14, mayo, 2021). Magistrado Ponente. Jorge Enrique Ibáñez Najar. Bogotá, D.C.

<sup>90</sup> Ibid.

limitación para su acceso, incorporación a bases de datos o su divulgación, esto por dos razones: la primera es que el carácter público de las sentencias condenatorias no inhibe para que se respeten los principios de finalidad, utilidad, y circulación restringida de esta información, excluyendo así a los terceros que no estén expresamente autorizados por el titular del dato o que no tengan un interés constitucional o legalmente reconocido. La segunda razón explica que aun cuando estas bases de datos estén al alcance de la comunidad por vía digital, no divulga ni hace público la información detallada del dato. De este modo, aun cuando los antecedentes penales encuentran soporte en una sentencia judicial pública, esta también es semi-privada, pues solo aquellos quienes tienen un interés constitucional y legalmente reconocido, pueden acceder a la integralidad de estos datos.

Entendida la naturaleza de los datos de los antecedentes penales, por virtud constitucional y legal a través del Decreto-Ley 19 del 2012<sup>91</sup> la institución responsable de su custodia es la Policía Nacional adscrita al Ministerio de Defensa. Estos tienen la obligación de disponer una plataforma digital para que cualquier entidad pública o particulares que requieran conocer los antecedentes de una persona nacional o extranjera pueda consultarnos en línea, respetando siempre los reglamentos y demás disposiciones del ordenamiento jurídico en cuanto al tratamiento de datos personales y el derecho fundamental al habeas data. La misma normativa dispone que ellos también serán los encargados de mantener y actualizar los registros delictivos de acuerdo con los informes y avisos que le remitirán las autoridades judiciales y de Policía conforme a la ley. Es de importante anotación aquí la institución de la Policía Nacional no es la única habilitada por ley para administrar bases de datos sobre antecedentes penales. También lo pueden hacer otras instituciones reseñadas por la ley, como en el artículo 166 de la ley 906 de 2004<sup>92</sup> que le da esta facultad a la Fiscalía y a la Procuraduría General de la Nación. Siempre recordando que a juicio del máximo órgano constitucional colombiano dicha información es de carácter limitado, y quien requiera conocer el dato integralmente lo hará bajo motivación y en el lleno de los requisitos legales que se exijan. Pues, los terceros sin interés legítimo no pueden acceder a la información sobre los antecedentes penales de cualquier individuo.

Prueba de este carácter limitado de la información es que la plataforma de la Policía Nacional omite cualquier leyenda que permita inferir la existencia de antecedentes

---

<sup>91</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA RÉPÚBLICA. Decreto-Ley 19. Op., Cit.

<sup>92</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA RÉPÚBLICA. Ley 906 de 2004. (1, septiembre, 2004). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial. Bogotá. D.C., 2004.

penales en cabeza de una persona, incluidos los casos en los que decretado una extinción de la condena o una prescripción de la pena. Pues para estas personas se informa la leyenda: “no tiene asuntos pendientes con las autoridades judiciales”, y para aquellas personas que se encuentren en ejecución de una sentencia condenatoria: “actualmente no es requerido por autoridad judicial”. Lo anterior se empezó a desarrollar en el país en virtud del mandato de la Sentencia Unificadora de Jurisprudencia 458 de 2012<sup>93</sup> de la Corte Constitucional. No obstante, lo anterior no quiere decir que el proceso de actualización de la situación judicial sea sencillo para los pospenados, o que la búsqueda de los expedientes penales que contienen esta información no se pueda hacer siempre que se reúnan los requisitos legales para ello.

Se concluye con la sentencia SU 458 de 2012 que Colombia, a través de concepto de la Corte Constitucional, implementa una teoría garantista con los pospenados, en cuanto no permite que de la búsqueda de antecedentes penales a través de las bases de datos de la Policía Nacional, se pueda inferir si una persona tuvo o no antecedentes en algún momento. Sustentó el tribunal constitucional su decisión en protección al derecho de habeas data (de trece procesos de tutela), pues no cualquier persona sin interés legítimo puede conocer o inferir la existencia de antecedentes penales de personas que ya han cumplido la pena o su pena se encuentra prescrita<sup>94</sup>.

Dicha situación, aunque amplió el espectro de protección constitucional de habeas data de los pospenados, no ha impedido que quienes tengan interés en conocer el pasado judicial de una persona lo hagan. Una forma de hacerlo, puede ser a través de la consulta de las sentencias penales que se publiquen en las bases de datos de libre acceso, con todos los datos personales de las personas procesadas, situación que expone públicamente a las personas que atraviesan este proceso judicial<sup>95</sup>. Esta problemática fue resuelta por la Corte Suprema de Justicia quien decidió en un derecho de petición que se vulnera el derecho de habeas data, intimidad, buen nombre y honra, al facilitar a un tercero información de antecedentes penales que no cumpla los fines de “circulación restringida” que operan para el manejo de esta información<sup>96</sup>. Dicha situación modificó la información que se profiere en autos,

---

<sup>93</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Unificación 458. (21, junio, 2012). Op. Cit.

<sup>94</sup> Ibid.

<sup>95</sup> ESCOBAR, Susana. Los antecedentes como obstáculo a la reincorporación social. Citado por GUTIÉRREZ, Marcela; OLARTE, Ángela (Eds). Op. Cit., p. 508.

<sup>96</sup> COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Decisión que resuelve un derecho de petición, rad. 18837.

sentencias condenatorias expedidas por la Sala de Casación Penal de la Corte; sin embargo la investigación de Susana Escobar determinó que otros tribunales han seguido publicando las sentencias con los datos personales completos<sup>97</sup>.

Dejando el caso colombiano, en muchas legislaciones se han venido implementado las tecnologías de la información para la creación de plataformas digitales que publicitan este tipo de información personal. Por ello, es importante hablar antes del derecho que tienen todas las personas para conocer, actualizar y rectificar cualquier tipo de información que se tenga sobre ellas en bases de datos de carácter público o privado, este el reconocido derecho del habeas data<sup>98</sup>. Consagrado para que la sociedad disponga de su propio derecho a la intimidad y pueda controvertir todo aquello que lo vulnere como persona en el ejercicio del derecho a la información que tiene toda la sociedad. De este modo, para que datos tan importantes como la información judicial de una persona no vayan en contravía de derechos fundamentales, la disposición de información de forma ágil toma una gran importancia aquí.

En este sentido, que los medios tecnológicos tengan la capacidad de difundir bases de datos que reúnen información de los ciudadanos puede resultar positivo para el cumplimiento del derecho de habeas data; a juicio de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH con el avance del Internet el Estado y los particulares cuentan con mayores recursos digitales para almacenar una gran cantidad de datos sobre las personas. La era de la revolución digital también implica que existan mayores administradores de información, pues existen cada día más canales de recepción de datos lo que mejora la experiencia a la hora de acceder a estos datos. Esta situación garantiza de forma más amplia el derecho al habeas data: “para que la acción de habeas data sea llevada a cabo con eficiencia, se deben eliminar las trabas administrativas que obstaculizan la obtención de la información y deben implementarse sistemas de solicitud de información de fácil acceso, simples y de bajo costo para el solicitante”<sup>99</sup>. De esta manera, la tecnología permite que la persona titular de la información, pueda conocerla de manera más expedita y pudiera con ello hacer control acerca de su intimidad. Aquí es de especial importancia referir, y sin salirse del objeto de la presente investigación, que la difusión de antecedentes penales también debería encaminarse a restringir la

---

<sup>97</sup> ESCOBAR, Susana. Op. Cit., p. 510.

<sup>98</sup> BAUTISTA. Op. Cit., p. 10.

<sup>99</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. “Antecedentes e Interpretación de la Declaración de Principios”. Fundamentos 17-20. (Negrilla fuera del texto original).

información que los medios de comunicación, por disposición del derecho a la libertad de expresión e información, hacen cuando los datos de antecedentes penales por el transcurso del tiempo ya no son necesarios ni pertinentes para garantizar la teoría de la prevención penal ni para la protección de seguridad de los ciudadanos.

Ahora bien, es verdad que las tecnologías de la información han dado la oportunidad a la sociedad de conocer información de manera más ágil. Sin embargo, cuando se trata de datos de naturaleza negativa como lo son los antecedentes, el Estado debe propender que las bases de datos digitales equilibren la balanza entre el derecho a la información, la teoría de la prevención del delito y el derecho a la intimidad, al honor y al habeas data del condenado. De lo contrario podría suceder la situación en que controlar dichas plataformas se dificulte, generando un verdadero agravio al buen nombre y honra de una persona, y también atentaría contra el derecho subjetivo de la resocialización del pospenado. La idea de dar cumplimiento de los derechos fundamentales como el de la intimidad es no llegar a casos como el estadounidense, que a juicio de Alberto Rimo<sup>100</sup> se han excedido en materia de registros y de notificación pública, pues existe una libertad de información radical que no combate de forma efectiva la prevención del delito en la sociedad. Es por ello que a continuación de manera breve se expondrá porque la intimidad es fundamento del derecho al olvido, cuando se pretende que las personas que han sido condenadas por un delito verdaderamente vuelvan a la esfera social sin necesidad de reincidencia.

## **2. La intimidad como fundamento al derecho al olvido.**

Es claro que la imposición de una pena afecta el honor de una persona al haber este cometido un acto reprochable socialmente. El papel que tiene el Estado en la protección de la intimidad de esta persona es fundamental. Pues la comisión de un delito no puede implicar también que esfera de la intimidad de esa persona se vea afectada, aun cuando la sanción que tuvo que cumplir sea una pena privativa de la libertad. A juicio de Bautista<sup>101</sup> el concepto de intimidad tomo suma importancia a partir de la revolución tecnológica que tuvo lugar a finales del siglo XX. Con el avance de la tecnología y el acceso a las bases de datos personales se ha impulsado la protección de este derecho pues ahora que la vida es más pública no se debe violar la esfera privada de una persona. Se entiende entonces como

---

<sup>100</sup> RIMO. Op. Cit.

<sup>101</sup> BAUTISTA. Op. Cit., p. 14.

derecho a la intimidad el que protege la privacidad de cada individuo que mantiene una vida pública en sociedad, la transgresión a este espacio de soledad y tranquilidad motiva una sanción por parte del ordenamiento jurídico.

En palabras de Emilio Pfeffer<sup>102</sup> la doctrina italiana distingue cuatro posibles esferas de la vida privada: la primera es la soledad, que entraña la imposibilidad física de contacto material; la segunda, sería la intimidad, en donde el individuo sin encontrarse aislado se encuadra en un grupo reducido en el que se dan relaciones especiales como las conyugales o familiares; la tercera, el anonimato; y la última es la reserva, que consiste en una barrera psicológica frente a las intromisiones no deseadas. Es pues la intimidad bastante relevante para el desarrollo del máximo derecho fundamental, la vida, pues la privacidad le otorga un espacio personal en donde puede reconocerse y desarrollarse como persona.

Siguiendo esta última premisa, Alfredo Ortiz<sup>103</sup> considera que la intimidad se reconstruye mediante la consideración de distintos derechos humanos: el derecho a asociarse, a tener una familia, el derecho a la propiedad privada y a disponer de ella, la inviolabilidad del domicilio. También considera que es el Estado el que debe garantizar un espacio de privacidad que no debe ser objeto de escrutinio público, ni de injerencias tanto de particulares como las arbitrarias del Estado. Es por tanto, que este órgano máximo debe ser un garante frente a la sociedad y frente a su propia actividad injustificada.

Es claro que dependerá del ordenamiento jurídico que se entiende por vulneración a la privacidad e intimidad de una persona, y este también acotará en sus mecanismos de protección como defenderla. Sin embargo, a juicio de Pfeffer<sup>104</sup> se entenderá que este derecho se encuentra vulnerado cuando: hay intromisión en la soledad física que la persona se reserva en el hogar o respecto de sus bienes, por ejemplo el tener cámaras de seguridad en su círculo íntimo. Segundo, divulgar públicamente hechos privados, aun cuando estos no atenten el honor o no sean lesivos para la persona. También lo será divulgar hechos deformados o falsos relativos de una persona, por ejemplo distorsionar su nombre. Y por último, apropiarse de la imagen de otra persona para beneficio propio.

---

<sup>102</sup> PFEFFER, Emilio. Los derechos a la intimidad o privacidad, a la honra y a la propia imagen. Su protección frente a la libertad de opinión e información. *Ius et Praxis*, vol. 6, núm. 1. Universidad de Talca. Chile, 2000. p. 466.

<sup>103</sup> ORTIZ, Alfredo. El derecho a la intimidad en la era de la tecnología de las comunicaciones: una reflexión desde el derecho constitucional. *Cuestiones constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional* Núm. 31, 2014. p. 240.

<sup>104</sup> PFEFFER. *Op Cit.*, p. 467.

En este sentido, si divulgar públicamente hechos privados es una vulneración al derecho a la intimidad; respecto de las bases, registros y bancos de datos que contienen información acerca de una persona y están a disposición del público, la protección que debe hacerse a la privacidad tiene carácter de inviolable; pues el derecho a la información y a la libertad de expresión no pueden en ningún sentido vulnerar la dignidad humana que acarrea la intimidad, el derecho a la imagen, el buen nombre, el honor, la identidad, el patrimonio y libertad de la sociedad.

Respecto a los antecedentes penales y la intimidad, es claro que este tipo de política criminal afecta el derecho a la privacidad de los sentenciados cuando se exhiben las condenas o se publicita aspectos que trasgreden en gran manera la esfera personal del individuo<sup>105</sup>, como archivos multimedia con fotografías del sentenciado, su lugar de residencia, el tipo de acto delictivo cometido y demás. De este modo, podría decirse que en el caso colombiano, la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha encargado de establecer un enfoque garantista a los derechos del buen nombre y honra del sentenciado penal; ya que como se explicó en el anterior acápite los antecedentes difundidos por la plataforma de la Policía Nacional no arrojan datos de los que se pueda inferir el pasado judicial de una persona. Situación que comparte con el ordenamiento jurídico español<sup>106</sup> quien en su legislación clasifica estos datos como “especialmente protegidos” y son de carácter limitado. Sin embargo, no es el mismo caso de Estados Unidos en donde como se ha explicado existe una gran vulneración a la intimidad de los sentenciados, con relación al tratamiento de datos cuando se trata de condenas por delitos sexuales en vigencia de la *Sex Offender Registration and Notification Act*<sup>107</sup>. Comprendida la intención del derecho a la intimidad, su importancia en cualquier ordenamiento jurídico y como el Estado debe ser garante de la dignidad humana que acarrea la intimidad de la comunidad, se analizará su relación con el derecho al olvido y porque este último se fundamenta en la privacidad para desarrollarse.

El derecho al olvido es llamado así porque es: “una forma poética de referirse principalmente al derecho de cancelación, y eventualmente también al de oposición,

---

<sup>105</sup> SILVIA SÁNCHEZ, J. “El retorno de la inocuización: el caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos en el derecho comparado”. Citado por RIMO, Alberto. Op. Cit.

<sup>106</sup> Ibid.

<sup>107</sup> LOGAN, W. Knowledge as Power. Citado por RIMO, Alberto. Ibid.

en el marco del derecho fundamental de la protección de datos”<sup>108</sup>. Para Laura Silberleib<sup>109</sup> el derecho al olvido es aquel derecho de las personas físicas para que se borre la información sobre ellas después de un periodo de tiempo determinado, y debe tener especial atención en la actualidad. Pues en esta época con la proliferación de las nuevas tecnologías de la información, las telecomunicaciones y el desarrollo de Internet, se ha planteado la necesidad de buscar un equilibrio entre la difusión de la información en desarrollo al derecho a estar informado y la protección de los datos personales en desarrollo del habeas data, la intimidad y el buen nombre.

Es claro que el derecho a olvidar encuentra su principal fundamento en la necesidad de olvidar precisamente, pues esta es una premisa humana que atañe a la sociedad. Las personas tienen capacidad de transformarse cada día y en respeto al derecho a la información veraz, los datos íntimos que de ellos se encuentran, deben cambiar como la sociedad lo hace. A juicio de Alejandro Platero<sup>110</sup>, lo que se pretende con este término jurídico no es únicamente que se borre la información que de un individuo se tiene, por ser esta antigua o haber caducado, sino también se tenga el poder de controvertir la información reciente por resultarle inexacta o falsa.

Es un derecho relativamente nuevo que sigue perfeccionándose y empezó a configurarse de mayor manera en Europa a raíz de la sentencia del 13 de mayo de 2014 por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>111</sup>. El proceso se da a raíz de la demanda que interpone un ciudadano español contra “La Agencia Española de Protección de Datos y Google Spain”; ya que cuando introducía su nombre en la página web Google se encontraba con la noticia del periódico *Vanguardia* que mostraba una información relacionada con un embargo derivado de deudas al Sistema de Seguridad Social, deudas que al momento de búsqueda ya no existían. Muy brevemente, la respuesta del Tribunal ante el presente caso es darle responsabilidad a Google pues ser un motor de búsqueda no lo libera de su responsabilidad por el tratamiento de datos personales, y que el tratamiento de los datos personales será siempre ilegítimo cuando los datos sean inadecuados, ya no

---

<sup>108</sup> SIMON, Pere. El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la UE. Citado por Platero, Alejandro. El derecho al olvido en internet. El fenómeno de los motores de búsqueda. Opinión Jurídica, vol. 15, núm. 29. Medellín, 2016. p. 249.

<sup>109</sup> SILBERLEIB, Laura. El derecho al olvido y la persistencia de la memoria. Información, cultura y sociedad: revista del Instituto de Investigaciones Bibliotecológicas, núm. 35, 2016. Buenos Aires, Argentina, p. 128.

<sup>110</sup> PLATERO. Op. Cit., p. 249.

<sup>111</sup> TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia del 13 de mayo de 2014. Citado por Platero, Alejandro. Ibid., p. 250.

sean pertinentes o son excesivos en relación con el tiempo transcurrido. Es por ello que argumenta una vulneración a los derechos de la intimidad y la protección de datos del ciudadano español.

De este caso particular se puede inferir que: “para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el transcurso de los segundos, minutos, días, años, afectan al tratamiento de la información y, por lo tanto, información que hace cinco años era considerada como pertinente, por el transcurso del inagotable paso del tiempo, se ha convertido en candidata a ser borrada de Internet”<sup>112</sup>. De este modo el máximo órgano jurisdiccional abrió el debate del derecho fundamental al olvido, el cual deberá equilibrar el derecho a que se borre el contenido perjudicial y el derecho a la información pública.

Para el caso colombiano, el derecho al olvido no tiene una norma expresa que lo establezca o que lo regule. No obstante, el derecho a la intimidad y el buen nombre se encuentra consagrado en la Constitución Política en el artículo 15<sup>113</sup>, que establece que todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y el Estado deberá respetarlo y hacerlo respetar. Reconociendo también el derecho al habeas data, que como se explicó determina la capacidad de las personas para conocer y rectificar la información que de ellas se tenga en bases de datos y de archivos. De este modo, el estatuto de protección de datos personales<sup>114</sup> reconoce que el titular del dato es responsable del tratamiento que se le dé a su información personal y protege el derecho constitucional de habeas data, para conocer, actualizar y rectificar las informaciones que de ellos se tengan en las bases de datos. Sin embargo, no se hace alusión expresamente al derecho al olvido.

Si bien el ordenamiento jurídico colombiano no ha desarrollado este derecho vanguardista, existe respecto al sistema financiero una posibilidad de borrar los datos negativos que se tengan de las personas. Esta nace con la promulgación de la ley 2157 de 2021<sup>115</sup>, por medio de la cual se dictan disposiciones respecto al habeas data con relación a la información financiera. Así pues, para aquellas personas que estén en algún tipo de mora se les caducará este tipo de datos una vez transcurrido un determinado periodo de tiempo establecido por esa misma ley.

---

<sup>112</sup> Ibid., p. 254.

<sup>113</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Op. Cit., 15.

<sup>114</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1581. (18, octubre, 2012). Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2012. No. 48.587.

<sup>115</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 2157. (29, octubre, 2021). Por medio de la cual se modifica y adiciona la Ley Estatutaria 1266 de 2008. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2021.

Situación, que a juicio de la Corte Constitucional no se puede predicar de la información penal, es decir, no se puede suprimir de forma total y definitiva el dato negativo referente al antecedente penal, sino a su circulación restringida. De esta manera, en materia penal: “no hace parte del derecho de habeas data en su modalidad suprimir, la facultad de exigir al administrador de la base de datos sobre antecedentes penales, la exclusión total y definitiva de tales antecedentes”<sup>116</sup>. Lo anterior lo justifica en el cumplimiento y razón de ser que tienen los antecedentes judiciales en las finalidades constitucionales, la función pública, las actividades de inteligencia. Esta particular postura de la Corte Constitucional, no garantiza que de forma plena exista una reinserción social de los individuos, pues los antecedentes penales seguirán existiendo, como queriendo dar a entender que esa parte del pasado de las personas no es objeto de derecho al olvido.

Entendido esto, el derecho al olvido es una manifestación por preservar la intimidad de las personas de una sociedad, más cuando se trata de la era digital del siglo XXI en donde se puede acceder a la información personal de las personas de manera ágil y rápida. Su fundamento claramente, se encuentra en el derecho a la privacidad, que como se explicó, tiene toda persona por el hecho de existir. La sociedad siempre tiene el derecho a la libre determinación respetando siempre los mandatos legales que el Estado impone; cuando este principio se quebranta por el irrespeto a las normas de convivencia se activa su capacidad sancionatoria; para que, a través de los fines de la pena, la persona que hizo un daño pueda entender que lo que realizó no va conforme a los valores sociales establecidos y que deberá aprender a respetarlos para entrar en la sociedad nuevamente. Dicho esto, aquel que comete un delito tiene el derecho a que su agravio sea olvidado una vez él se encuentre en capacidad de resocializarse, pues la imposición de la pena busca que él empiece a pensar y a actuar distinto. Esta situación, va muy de la mano con la capacidad y necesidad que tiene todo ser humano de ser diferente del que fue hasta un momento determinado de su existencia<sup>117</sup>. Es por ello que el siguiente capítulo se encaminará a comprender por qué la finalidad resocializadora de la pena punitiva puede justificar el derecho al olvido en materia penal, particularmente en el caso de los sentenciados que desean rehacer su vida en el mercado laboral.

---

<sup>116</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Tutela 098. (16, febrero, 2017). Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá, D.C., 2017.

<sup>117</sup> SILBERLEIB. Op. Cit., 126.

### Capítulo III

#### 1. El objetivo resocializador de la pena como justificación del derecho al olvido

La resocialización está establecida como uno de los fines de la pena. Con esta se pretende reintegrar en la sociedad a una persona que se separó de ella al momento de la comisión de un delito. Para lograrlo el Estado deberá dotarlo de los medios necesarios para que sea haga consciente de sus acciones y se separe del estereotipo selectivo del poder punitivo<sup>118</sup>. Para Manuel Lardizabal<sup>119</sup> el fin de la pena es la corrección del delincuente ya que se busca que este sea mejor; de esta manera se cumple con el objetivo de la prevención especial pues lo que se busca es prevenir que el delincuente reincida en actos criminales.

Por otro lado, Iñaki Rivera Beiras hace una crítica a este concepto de la norma penal, pues considera que: “una auténtica resocialización más que incidir en el comportamiento social desviado, para convertirlo en integrado, debería dirigirse a corregir las causas que generan la existencia de la marginación que nutre las cárceles, y este propósito está totalmente fuera del alcance de los carcelarios, de las intenciones del poder y de la lógica de las relaciones de dominación que regulan la vida social”<sup>120</sup>. En este sentido, se acopla con la postura de que la reeducación y corrección es un ideal que no debe ser más importante que el propio estudio del hecho de porqué se delinque.

Las anteriores teorías son posturas tradicionales, pues parten del hecho de que la resocialización es simplemente un fin, como muchos otros, de la pena punitiva. Pero la reincorporación social también puede verse como derecho. La Convención Americana de Derechos Humanos<sup>121</sup> (artículo 5.6) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>122</sup> (artículo 10.3) refieren que el régimen penitenciario

---

<sup>118</sup> LÓPEZ, Axel y MACHADO, Ricardo. Análisis del régimen de ejecución penal. Citado por MIGNON, María Eugenia. Libertad condicional y asistida: análisis a la luz de la doctrina y jurisprudencia actuales. Revista Pensamiento Penal, 2012.

<sup>119</sup> LARDIZABAL, Manuel. España. Citado por Sanguino, Kenny; Baene, Eudith. La resocialización del individuo como función de la pena. Revista Academia & Derecho, 7, (12), 2016. p. 11.

<sup>120</sup> RIVERA, Iñaki. Historia y legitimación del castigo ¿hacia dónde vamos? Citado por Sanguino, Kenny; Baene, Eudith. Ibid. p. 12.

<sup>121</sup> CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. (22, noviembre, 1969). Organización de Estados Americanos. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1969.

<sup>122</sup> PACTO INTERNACIONAL DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. (16, diciembre, 1966). Organización de las Naciones Unidas. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la

y las penas privativas de la libertad deben tener como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los penados. De esta forma, consagran la reinserción social como un derecho derivado de la dignidad humana, que por tanto debe ser garantizado por el Estado que haya suscrito las anteriores disposiciones internacionales.

El tratamiento de la reinserción social en Colombia se rige como fin de la pena punitiva en el ya mencionado artículo 4 del Código Penal<sup>123</sup>. Sin embargo, por disposición de la misma ley en su artículo primero cuando hace referencia a que el derecho penal tendrá como fundamento el respeto por la dignidad humana, y comprendiendo que Colombia hace parte de los países que suscribieron los anteriores tratados internacionales, integrándose estos en su bloque de constitucionalidad, la resocialización también puede verse como derecho subjetivo. Por ello, la Corte Constitucional en su jurisprudencia ha tratado la reincorporación social como una función de la pena, un derecho subjetivo y un principio constitucional<sup>124</sup>. De este tratamiento, se desprende que la responsabilidad en cabeza del Estado por garantizar el cumplimiento del mismo, es muy grande pues autores como Susana Escobar consideran que “la idea de (...) la carencia o la limitación de los mecanismos para lograr la reincorporación se considera un atentado contra derechos fundamentales”<sup>125</sup>.

En este sentido, la resocialización es la obligación que tiene el Estado de otorgar las condiciones y medios necesarios para que los reclusos puedan reincorporarse a la sociedad. Esto se traduce en: “la obligación institucional del Estado de dar a las personas condenadas la asistencia y las oportunidades necesarias para desarrollar su potencial individualidad y hacer frente de manera positiva a su retorno de la sociedad, así como la prohibición de entorpecer ese desarrollo”<sup>126</sup>. Se le reputa esta obligación porque tiene una posición de garante frente a las personas privadas de la libertad, ya que cuando las sanciona por medio del *ius puniendi* le surgen deberes concretos de respeto y garantía de sus derechos<sup>127</sup>.

---

Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), Nueva York, Estados Unidos: Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49 Lista de los Estados que han ratificado el pacto.

<sup>123</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA RÉPUBLICA. Ley 599, 2000. Op. Cit.

<sup>124</sup> ESCOBAR, Susana. Op. Cit., p. 498.

<sup>125</sup> Ibid., p. 498.

<sup>126</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de la libertad en las Américas. Citado por ESCOBAR, Susana. Ibid., p. 499.

<sup>127</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Ibid., p. 5.

Como la reinserción social se maneja como fin de la pena y como derecho subjetivo emanado de la autoridad internacional; se advierte que no se cumplirán los preceptos resocializadores, en el ámbito jurídico de cada Estado, cuando no se han dispuesto los mecanismos legales para ello. Esto significa la búsqueda y posterior regulación legal de actividades tendientes a reeducar a la población pospenada, aspirando a que en palabras de Mapelli Caffarena: “la prisión no interrumpa el proceso de desarrollo de la personalidad del recluso”<sup>128</sup>. Dicho desarrollo debe estar orientado a que el sujeto acepte los valores dominantes de una colectividad, a través de la compensación de las carencias del recluso frente al hombre libre en materia de educación y acceso a la cultura de forma similar o superior a la que se le ofrece a la ciudadanía en general<sup>129</sup>.

Para cumplir con esta finalidad educativa, se ha establecido, por ejemplo para el caso colombiano<sup>130</sup> que los reclusos pueden contar con colaboradores externos que impartan labores de educación, trabajo, de formación religiosa, psicológica, jurídica y científica. No obstante, también tienen la oportunidad de trabajar dentro de los establecimientos penitenciarios; de educarse a través de los centros educativos que se disponen para ellos; también podrán realizar labores de trabajo comunitario; ser visitados dentro del establecimiento y poder comunicarse con su núcleo social y familiar. Todas esas situaciones, de cumplirse, propiciarían un ambiente de mejora en el sentenciado desarrollándolo como un ser humano íntegro que respeta los principios democráticos de convivencia y los derechos y libertades fundamentales<sup>131</sup>.

Sin embargo, como se ha mencionado, el fin último de la resocialización es: “preparar a los penados para su futura puesta en libertad”<sup>132</sup>. Por lo tanto, todas estas facultades que el Estado le da a los reclusos para no limitarlos en el libre desarrollo de su personalidad, son solamente una preparación para su reintegración al mundo que le espera fuera de los establecimientos carcelarios. Ese es el contexto al cual se deberán enfrentar una vez hayan cumplido con la sanción penitenciaria, máxime cuando se trata de ordenamientos jurídicos como el colombiano en donde

---

<sup>128</sup> CAFFARENA, Mapelli. Los fines de la ejecución de la pena privativa de la libertad. Citado por BERMEJO, Daniel. El fin constitucional de la reeducación y reinserción social ¿un derecho fundamental o una orientación política hacia el legislador español? ADPCP, VOL. LXVII, 2014, p. 381.

<sup>129</sup> Ibid., p. 382.

<sup>130</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA RÉPUBLICA. Ley 65. (19, agosto, 1993). Op. Cit.

<sup>131</sup> ZAPICO, M. ¿Un derecho fundamental a la reinserción...? Citado por. BERMEJO, Daniel. Op. Cit., p. 383.

<sup>132</sup> BERMEJO, Daniel. Ibid. p. 383.

no existe la mal llamada “prisión perpetua” y el fin último de la pena pareciera ser las segundas oportunidades. Es en este momento donde toma fuerza el concepto del derecho al olvido, como esa facultad jurídica que permite dejar atrás esa información negativa que ya no tiene sustento conveniente pues el objetivo de la pena se habrá cumplido.

Esta tesis es desarrollada por Francisco Leturia, quien parten de la base de que la reinserción y rehabilitación son objetivos propios de la punición estatal; y que la publicidad y reiteración de los hechos delictuales y de las condenas recaídas sobre ellos podría resultar perjudicial para el adecuado desarrollo futuro de quienes se han equivocado, por lo que se justificaría así la restricción de dicha publicidad, dando así justificación al derecho al olvido<sup>133</sup>. Existe bastante jurisprudencia europea al respecto, pues es allá donde se ha desarrollado este concepto jurídico. Así pues, los amparos se han dirigido a proteger el proceso de reinserción social, la imagen y el honor de los condenados más que todo en las situaciones donde su información punitiva se publicita a través de los medios de comunicación.

El Tribunal Constitucional Federal Alemán, en el caso Lebach resolvió de la solicitud de un condenado a punto de salir en libertad por vulneración al derecho de su imagen al emitir un programa televisivo su caso, su imagen y sus tendencias homosexuales, señalando además que esto afectaba su reinserción<sup>134</sup>. La Corte de Casación Italiana también ha tomado una postura en ese sentido, frente al caso de una persona por su supuesta participación en hechos de mafia, ampliamente publicitada 6 años atrás, y de los cuales había sido declarado inocente. Es por ello que la Recomendación 13 de 2003 del Consejo de Europa establece que los reportajes realizados por los medios de comunicación sobre el tema del seguimiento de la ejecución de penas, con el fin de no causar daño en la reinserción social de los sentenciados, deben respetar su derecho a la vida privada, protegiendo su identidad en relación con el delito cometido una vez que han cumplido la pena, se excluyen los casos en donde explícitamente se consiente la divulgación de su identidad o cuando estas personas y el delito cometido se convirtieron en asunto de interés público<sup>135</sup>.

---

<sup>133</sup> LETURIA, Francisco. Fundamentos jurídicos del derecho al olvido ¿Un nuevo derecho de origen europeo o una respuesta típica ante colisiones entre ciertos derechos fundamentales? Revista Chilena de Derecho, vol. 43 No 1, 2016. p. 99.

<sup>134</sup> BVerfGE 35, 2002, 1973. Citado por LETURIA, Francisco. Ibid., p. 100.

<sup>135</sup> LETURIA, Francisco. Ibid., p. 101.

Comprendida la limitación que deberían tener los medios de comunicación respecto a la información delictiva del pasado, la reinserción social fundamentando el derecho al olvido también se puede ver afectada por “las normativas que desde hace décadas regulan los registros públicos de informaciones penales”<sup>136</sup>. Estos registros, como se ha desarrollado, resultan de la imposición de políticas preventivas del delito y de aumentar los niveles de seguridad. El problema devendrá si no existe en el Estado una regulación íntegra que proteja la privacidad o reserva, cuando esta información por el transcurso del tiempo ya no fuere necesaria, logrando en consecuencia que el sentenciado quede expuesto a un daño en su intimidad, honor, buen nombre, que supone dicha información en la comunidad. Lo que conllevaría a entorpecer su proceso de reincorporación social, en palabras de Jacobs y Larrauri: “si la persona condenada tiene que tolerar la publicidad de su condena, como una marca, sus posibilidades de reintegrarse en la sociedad disminuyen considerablemente”<sup>137</sup>.

Ahora bien, como crítica al modelo resocializador, y sin salirse de los objetivos de la presente investigación, puede resultar utópico que la privación de la libertad pueda lograr resocializar a las personas. Más aún en contextos como el latinoamericano, donde las cárceles están en crisis por el incumplimiento de derechos básicos gracias a problemas como la sobrepoblación carcelaria, la falta de atención médica de calidad, la insuficiencia alimentaria y el bajo control institucional sobre la violencia interna de los establecimientos<sup>138</sup>. De esta manera y como innumerables investigaciones lo sustentan, muy pocas personas podrían lograr esa máxima filosófica de generar autoconsciencia del actuar delictivo y poder reformarse como una persona más plena y virtuosa.

No obstante lo anterior, la teoría afirma que la resocialización es posible y que el Estado, como garante, es el obligado a que la reincorporación social de los individuos que ha decidido sancionar se cumpla, removiendo “en todo caso, cualquier obstáculo que pudiera interponerse en tal camino resocializador”<sup>139</sup>. Esto implica que sus políticas deben ir acorde con el cumplimiento de los fines de la pena proporcionalmente equiparados con los derechos fundamentales de los reos. Por ello es significativo que el derecho al olvido se empiece a estudiar en las

---

<sup>136</sup> Ibid., p. 102.

<sup>137</sup> JACOBS, James; LARRUARI, Elena. ¿Son las sentencias públicas? ¿Son los antecedentes penales privados? Una comparación de la cultura jurídica de Estados Unidos y España. Citado por GUTIÉRREZ, Marcela; OLARTE, Ángela (Eds). Op. Cit., p. 511.

<sup>138</sup> NUEVA SOCIEDAD. SCHUSTER, Mariano. Pánico, violencia y crisis en las cárceles de América Latina. Entrevista a Gustavo Fondevila, 2017.

<sup>139</sup> BERMEJO, Daniel. Op, Cit., p. 383.

legislaciones que aún no vislumbran la posibilidad de la eliminación de datos penales pasados por cumplimiento a las políticas de seguridad ciudadana, pues como se ha argumentado en el lleno de la investigación, dicha regulación entorpece la reinserción de las personas y tampoco garantiza una efectiva prevención delictiva. Lo que genera en cambio, es que aquellas personas a las que se les ha brindado esa segunda oportunidad no cuenten con los mecanismos necesarios para hacerla efectiva y puedan caer en la reincidencia delictiva. Este será el caso abordado en el último acápite de la investigación, donde se tratará el caso particular de la inserción al mundo laboral de los sentenciados, y se determinará si este se puede ver afectado por la publicidad de los antecedentes penales y la afectación al derecho al olvido.

## **2. Inserción laboral de los reincorporados socialmente**

El trabajo se constituye como un derecho fundamental de todas las personas. Así lo consagra la Declaración Universal de Derechos Humanos cuando dice que todas las personas tienen derecho a trabajar en un trabajo de libre elección<sup>140</sup>. La Organización Internacional del Trabajo por su lado, comprende que este derecho se encuentra en el centro de las aspiraciones de las personas pues constituye un elemento para tener sustento, mejorar su calidad de vida y contribuir a su realización personal<sup>141</sup>. Sin hablar del beneficio social en cuanto al progreso económico.

En este sentido, autores como Farrall sostienen que el empleo tiene gran importancia para el abandono de la delincuencia, pues se cree que si los pospenados no tienen un trabajo legítimo tienen altas probabilidades de reincidir delictivamente<sup>142</sup>. A esta posición se le suma la de Susana Escobar<sup>143</sup> quien en una investigación acerca de los antecedentes y su incidencia en la reincorporación social en Colombia confirma que los exconvictos que no acceden a un empleo tienen más alto riesgo de reincidir; sustenta esto a través de una serie de entrevistas que realizó con objeto de su investigación a pospenados de la ciudad de Medellín, quiénes de

---

<sup>140</sup> ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. La Declaración Universal de Derechos Humanos. (217 [III] A) París, 1948. Artículo 23.

<sup>141</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Conocer los Derechos Fundamentales en el Trabajo. San José, 2009.

<sup>142</sup> FARRALL, S. Social capital and offender reintegration: making probation desistance focused. Citado por LARRAURI PIJOAN, Elena y JACOBS, James B. Op. Cit., p. 2.

<sup>143</sup> ESCOBAR, Susana. Op. Cit., p. 520.

forma unánime coincidieron en que de su estabilidad laboral al momento de salir de las cárceles dependerá no volver al mundo delictivo<sup>144</sup>.

Sin embargo, acceder al mundo laboral cuando se ha estado cumpliendo la sanción por la comisión de un delito, no es sencillo. De acuerdo con Elena Larrauri<sup>145</sup> entre un 50% y 80% de los empresarios revisan los antecedentes penales de las personas que solicitan un empleo. Situación que justifican en la búsqueda de minimizar la responsabilidad civil que pudiera derivarse por los delitos o daños que ocasionen los empleados. En algunas ocasiones, los empleadores buscan antecedentes punitivos porque la ley así lo exige para determinados empleos; por ejemplo en Colombia<sup>146</sup> la ley prohíbe que aspiren a cargos públicos aquellas personas condenadas por un delito doloso, en España<sup>147</sup> los jueces no pueden ingresar a la carrera judicial cuando han sido condenados por un delito doloso mientras no hayan recibido rehabilitación. Sin embargo, cuando los motivos de la búsqueda se esgrimen simplemente por razones de discriminación o por el sentir conjunto de que es razonable y legítimo desconfiar de las personas que han sido condenadas por un delito, puesto que estas son menos honestas y eventualmente más peligrosas; se refleja el miedo colectivo hacia las personas pospenadas y la poca creencia en el sistema resocializador penal.

Por otro lado, la investigación doctoral de Martí Rovira<sup>148</sup> concluyó que en España, se solicitan certificados de antecedentes para profesiones en la que no hay una disposición normativa que exija este tipo de registros para acceder al empleo, en los siguientes casos: primero, cuando para el puesto de trabajo se considera que un potencial comportamiento delictivo de un trabajador puede acarrear grandes consecuencias; por ejemplo los relacionados con la industria farmacéutica o química, y para trabajos como asistente personal o empleado de hogar. Segundo, cuando el empleo tiene relacionado un encargo internacional en donde podría

---

<sup>144</sup> La autora agradece al programa “Delinquir no paga”, de la Alcaldía de Medellín quien le facilitó la reunión para hacer las entrevistas con 9 pospenados. Cuando se les preguntó por el riesgo de reincidencia delictiva algunos respondieron que: “uno sí sale con pensamientos positivos, con ganas de edificar una familia, de salir adelante, de luchar ¿cierto? Pero al ver que te van cerrando y cerrando puertas, entonces, ¿qué queda? La oferta que siempre va a estar, la oferta delictiva”. Ibid., p. 520.

<sup>145</sup> LARRAURI PIJOAN, Elena y JACOBS, James B. Op. Cit., p. 2.

<sup>146</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA RÉPÚBLICA. Ley 734 (5, febrero, 2002). Artículo 38 # 1, el cual dicta que no podrán desempeñar cargos públicos los siguientes: “Además de la descrita en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política, haber sido condenado a pena privativa de la libertad mayor de cuatro años por delito doloso dentro de los diez años anteriores, salvo que se trate de delito político”. Op. Cit.

<sup>147</sup> ESPAÑA. LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL. (1, julio, 1985). Artículo 303 Ley 6, 1985.

<sup>148</sup> ROVIRA i SOPEÑA, Martí. Op. Cit., 82.

realizarse un visado que requiriera información sobre los antecedentes penales; aquí se encuentran los relacionados al sector de la construcción y el transporte. Y tercero, cuando el empleo se otorgará en una multinacional con filiales en otros países, y estas usan la legislación de su país de origen para realizar el proceso de selección laboral.

Volviendo a Colombia la investigación de Susana Escobar<sup>149</sup> también se realizó a 10 empleadores de empresas de la ciudad de Medellín, con el propósito de encontrar si la presencia de antecedentes penales es un obstáculo real para la consecución de un empleo. Las respuestas arrojaron que todas las personas entrevistadas, salvo una, están de acuerdo en que el pasado judicial de una persona sí configura un obstáculo dentro de las empresas que hacen parte. Mencionaron que los aspirantes en los cuales se encuentra este tipo de información delictiva salen del proceso de selección inmediatamente, incluso si su formación académica es mucho mejor que la de los demás participantes. Hicieron la salvedad de que esto dependerá también del tipo de empleo al que aspiran, pues si son cargos operacionales tienen más posibilidad de acceder a ellos frente a los cargos directivos o de mayor jerarquía, en los cuales será mayor la incidencia de antecedentes penales para descartar al aspirante. Escobar afirma con base a esta información que: “los antecedentes penales no son solamente obstáculos para la consecución de un empleo, sino que pueden serlo, también, para el ascenso en la carrera profesional”<sup>150</sup>.

Para el caso estadounidense la discriminación por antecedentes penales es racional y normal; las condenas son vistas como el pronóstico de un comportamiento futuro<sup>151</sup>. Autores como Pager<sup>152</sup> afirman que el tener antecedentes penales se ha convertido en una nueva forma de estratificación social. Lo que produce, además del estigma social, una gran dificultad para acceder al mercado laboral. Su investigación ofrece resultados como que de los pares compuestos por personas blancas, la persona que no tenía antecedentes recibió 34 llamadas para incorporarse a un trabajo, mientras que la persona que sí los tenía recibió solamente 17; concluyendo así que el pasado judicial disminuye en un 50% las oportunidades laborales.

---

<sup>149</sup> ESCOBAR, Susana. Op. Cit., p. 513.

<sup>150</sup> Ibid., p. 513.

<sup>151</sup> LARRAURI PIJOAN, Elena y JACOBS, James B. Op. Cit., p. 3.

<sup>152</sup> PAGER, D. The mark of a criminal record, the American Journal of Sociology. Citado por LARRAURI PIJOAN, Elena y JACOBS, James B. Ibid., p. 5.

De lo anterior se concluye que, la información de antecedentes penales de los aspirantes a un cargo sí es importante para el empleador. Y aquí es de especial importancia el saber cómo consiguen la información del pasado delictivo de las personas; para un estudio<sup>153</sup> que se realizó en América Latina se concluyó que son varias las legislaciones que prohíben la solicitud del certificado del pasado judicial por parte del empleador. Situación que se asemeja al caso colombiano, pues sí bien no existe una regulación que exprese la imposibilidad de pedirlos por parte del empleador, la página de la Policía Nacional\* que arroja esos resultados no te permitirá inferir si una persona tiene o no los mencionados. Sin embargo, el estudio de Escobar<sup>154</sup> también demostró que las empresas que hicieron parte de su investigación tercerizaban el estudio de antecedentes a empresas de seguridad; así pues, delegan estas funciones a una empresa que se especializa en investigar a los aspirantes a un cargo no solamente con la búsqueda de antecedentes en las páginas de las instituciones públicas, sino también con visitas domiciliarias y el cuestionado polígrafo. Jacobs y Larruri exponen en ese sentido que: “la persona que no quiera dedicar tiempo y esfuerzo a la búsqueda de antecedentes penales, puede obtener la información del floreciente mercado de vendedores de información privada”<sup>155</sup>, aseveran los autores que los alcances de estas empresas pueden llegar hasta el hecho de indagar en las bases de datos electrónicas de los tribunales.

Con todas las dificultades que representa el acceso al mercado laboral para una persona que ha cumplido una sanción penal, empieza a tener especial importancia el papel del Estado para garantizar los derechos laborales de este grupo de personas. De esta manera, sus políticas deben ir acorde con las teorías de la prevención del delito, la seguridad ciudadana y el respeto por los derechos humanos del procesado, garantizando así la efectiva resocialización y la no reincidencia. Es por ello que, la política de publicidad de los antecedentes penales y la falta de regulación para su circulación restringida tanto en el contexto de difusión por parte de la Administración como en el privado a través de los medios de comunicación, afectan la reinserción social en la búsqueda de segundas oportunidades en contextos laborales.

---

<sup>153</sup> CARNEVALE, Carlos. Op. Cit., p. 3.

\* En el entendido de que únicamente los pidieran a esta institución; ya que en Colombia también puede manejar esta clase de información la Procuraduría General de la Nación y de manera mucho más detallada.

<sup>154</sup> ESCOBAR, Susana. Op. Cit., p. 513.

<sup>155</sup> JACOBS, James; LARRURI, Elena. ¿Son las sentencias públicas?... Citado por GUTIÉRREZ, Marcela; OLARTE, Ángela (Eds). Op. Cit., p. 516.

Para Carlos Carnevale<sup>156</sup>, se encuentra un poco idealizado el concepto de que se pueda garantizar una plena resocialización en el contexto carcelario, de manera que si el Estado no puede garantizarlo a de procurar por lo menos a que tenga posibilidad de reinsertarse una vez salga de ese contexto. Es decir, que sus políticas, normas, decisiones judiciales y medidas penitenciarias deben estar encaminadas a cumplir este propósito y de no ser así, está obligado a remediarlo. Para lograr la verdadera reinserción social y laboral propone: primero, que exista un reconocimiento constitucional que alcanzará la legislación interna de cada país; segundo, que se implementen políticas estatales para priorizar el trabajo en las cárceles, como por ejemplo herramientas educativas y legislativas; y tercero, garantizar la igualdad de oportunidades o, al menos, eliminar las trabas que impiden el acceso a un puesto de trabajo, por ejemplo suprimiendo o restringiendo esa información que existe en los registros de antecedentes, situación que claramente mengua su posibilidad de ingreso al mundo laboral y el rechazo de la sociedad general.

Los retos en materia de no discriminación, aceptación empresarial voluntaria de la población pospenada, la búsqueda de la aprobación social de la idea de resocialización, son retos netamente sociológicos que no puede responder el derecho. Como se argumentó en el contenido del presente acápite, muchos empleadores buscan el pasado judicial de las personas por razones de distinta índole, lo que sí puede llegar a hacer el Estado para garantizar que la población pospenada deje de ser discriminada, puede ser comenzar con el desarrollo de un ordenamiento jurídico coherente y armónico en donde todas sus políticas criminales y disposiciones normativas, si bien pretendan hacer cumplir las normas de convivencia de la sociedad, también se articulen para proteger la dignidad, la intimidad, la resocialización y el derecho al trabajo de los pospenados.

Un ejemplo de cómo el Estado puede impulsar nuevas estrategias para proteger a la población excarcelada en relación al derecho laboral, es el proyecto de ley que se debate actualmente en Congreso colombiano<sup>157</sup>, el cual tiene como objetivo crear mayores oportunidades de acceso al mercado laboral para la población pospenada, a través de la creación de estímulos tributarios, económicos y corporativos al sector privado empresarial para que impacte positivamente su estructura de costos, con relación a la contratación de este tipo de talento humano.

---

<sup>156</sup> CARNEVALE, Carlos. Op. Cit., p. 3.

<sup>157</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Proyecto de ley 543 de 2021. Por medio del cual se establecen incentivos económicos para fortalecer el acceso y las oportunidades en empleo y formación para la población pospenada.

Puede decirse que la publicidad de los antecedentes penales juega un papel importante en el ejercicio de la inserción laboral, pues ya sea por las bases de datos públicas a cargo de las instituciones estatales o por el derecho a la información divulgada por medios de comunicación, los empleadores que quieran indagar el pasado judicial de alguien, pueden obtener dicha información de la forma en la que gusten. Y es ahí donde el Estado debe entrar a garantizar el habeas data y la intimidad, pues con base a derechos como el del olvido, podrían dejarse atrás estas situaciones negativas que han permeado el pasado de una persona y efectivamente encaminarla a la constitución de la resocialización a través del derecho al trabajo.

Entonces, la inserción laboral de los pospenados y el derecho al olvido sí se ve afectada cuando por consecuencia de los vacíos normativos, no se regula el alcance de la publicidad de los antecedentes penales. Los cuales, son una información negativa en cabeza de quien los posee, pues si bien responden a los fines de la pena y a la política de seguridad, cuando por el paso del tiempo siguen presentes en la sociedad, cuando las instituciones del Estado los publicitan, cuando no prevé la situación de que por ser las sentencias públicas estas pueden violar la privacidad de los procesados, o cuando no le pone límites al ejercicio del derecho a la información por parte de medios de comunicación; constituye una clara vulneración al derecho subjetivo de la resocialización que es el fin último de la pena en el derecho penal moderno. Pues no permite al pospenado desligarse de su pasado judicial y comenzar un proceso de reinserción social efectivo; más cuando se sabe que la sociedad rechaza a aquellos que han ocasionado un agravio en la comisión de una conducta delictiva.

Dicha situación se ve claramente probada en las pocas oportunidades laborales para este grupo de población, como se comprobó por medio de las entrevistas y otras investigaciones realizadas en países como España o Estados Unidos; los empleadores no tienen en cuenta las hojas de vida de las personas en las que en el proceso de selección se comprueba tuvieron un pasado delictuoso. ¿Cómo pretende garantizar el Estado entonces la efectiva resocialización del pospenado si con ocasión a la poca regulación en publicidad de antecedentes penales, estas personas son discriminadas de plano en el mundo laboral?

## Conclusiones

Con el desarrollo de la presente investigación teórica se logró determinar que el Estado justifica la política de antecedentes penales en los fines de convivencia pacífica, la seguridad y la prevención del delito en la sociedad. Sustenta su publicidad para generar en el sentir social, que de la comisión de un delito pueden desarrollarse consecuencias más negativas y perjudiciales que la misma sanción punitiva. Lo anterior se pudo comprobar cuando a juicio de muchos doctrinantes que ponderan los derechos de prevención del delito y seguridad pública, con la efectiva reinserción social, dignidad e intimidad de los pospenados; se llegó a la conclusión de que los antecedentes penales nunca dejan de ser datos de naturaleza negativa al contener, en cabeza de quien los posee, información asociada con un actuar reprochable socialmente.

También el Estado como garante de todos y particularmente de los sentenciados, debe evitar que se entorpezca el proceso de resocialización. Que es un derecho subjetivo que nace a raíz de la privación de la libertad por la comisión de un delito. Con ello, la investigación determinó que la resocialización no se cumple a cabalidad, cuando la publicidad existente en materia de antecedentes penales no es limitada ni regulada expresamente en aspectos tales como la duración de estos, su posibilidad de cancelación, quién puede y no puede difundir esta clase de información privada. Esto se argumentó gracias a que para el caso particular del mercado laboral, los empleadores demostraron que un objeto de discriminación a la hora de otorgar un empleo, es la presencia de antecedentes judiciales. Por lo tanto, siendo la inserción laboral una pequeña parte del proceso resocializador y reformativo de los pospenados que buscan segundas oportunidades legales de sustento y progreso, este no se surtirá completamente en tanto las situaciones que detonan esa discriminación permanezcan latentes en la sociedad.

Entendido que es un deber del Estado garantizar la resocialización, y que esta se verá afectada cuando se vulnera el derecho al olvido y la reinserción laboral. Se dicta la consecuencia de que la misma Administración deberá equilibrar la balanza normativa y jurídica, a que el hecho de tener políticas preventivas del delito para garantizar la seguridad pública, no vulnere los derechos fundamentales de la población pospenada. De esta manera, todas las medidas, decisiones y disposiciones normativas que acoja se deben acoplar de manera garante a la protección de los pospenados sin dejar desprotegida la seguridad pública que también es de relevante importancia.

Para el caso colombiano si bien hay una protección garante a la difusión que pueden hacer de los antecedentes penales instituciones como la Policía Nacional, su delimitación no es suficiente. Pues existen otras bases de datos que contienen esta información, por ejemplo las de la Procuraduría o las sentencias proferidas por tribunales penales, quienes no protegen el derecho a la intimidad de los procesados. A esto se le suma que no es posible la eliminación de la información de antecedentes penales en las bases de datos privadas que tenga el poder judicial. Esto como se explicó, lo fundamenta la Corte Constitucional diciendo que en atención a los fines constitucionales, la función pública y las actividades de inteligencia, no se puede predicar derecho al olvido en materia penal como si se ha implementado en materia financiera. Esta situación provoca que el fin de la resocialización no se esté cumpliendo a cabalidad en Colombia, porque por un lado se consagra que es un derecho subjetivo que los que han cumplido una sentencia penal puedan volver a reinsertarse a la sociedad y comenzar de nuevo; y por el otro lado, el mismo Estado colombiano a través de la interpretación constitucional de la Corte establece que, aún con la resocialización, no pueden olvidarse estos datos negativos de la persona.

Ahora bien, aunque por vía de tutela se ha reconocido que la publicidad de los antecedentes penales en Colombia, obedecerá a principios como la finalidad, utilidad y circulación restringida; con la investigación realizada a los empleadores de la ciudad de Medellín se pudo esclarecer que estos no solo se limitan a buscar el pasado judicial de las personas en las bases de datos ofrecidas por las instituciones públicas, sino que también lo hacen a través de terceros expertos en seguridad, quienes se encargan de buscar la información por otros medios. Esto supone que existe un fácil acceso a estos datos y que la falta de regulación expresa por el Estado al tema de su posible cancelación o la restricción de esta información en las sentencias judiciales o en los medios de comunicación, quien a pesar de ejercer su derecho a la información y libertad de expresión, mantienen comunicaciones públicas que por el paso del tiempo ya no son necesarias; genera una vulneración a la inserción laboral y al derecho al olvido de los pospenados colombianos.

Por último, se parte de la premisa de que el derecho no es el único instrumento de cambio social. Entonces, al existir un claro estigma a la población pospenada, pues pareciere que el sentir social es creer que no existe derecho a las segundas oportunidades; se deben propiciar las situaciones, no solo legales, sino también sociales, culturales y académicas, para que este pensamiento colectivo se disminuya. Sin embargo, como no es fácil llegar a esa plenitud sociológica; desde

el derecho se están dando “pequeños pasos” que acercan el sector empresarial con la población pospenada; un ejemplo de ello, es el trámite de proyecto de ley que se surte en el Congreso de la República de Colombia, en donde se pretende que a través de estímulos económicos empresariales, los empleadores se animen a incluir en la oferta laboral personas con un pasado delictuoso.

## Referencias Bibliográficas

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. La Declaración Universal de Derechos Humanos. (217 [III] A) París, 1948.

BAUTISTA, Manuel. El derecho a la intimidad y su disponibilidad pública. Universidad Católica de Colombia, Facultad de Derecho, Colección Jus Público, ISBN: 978-958-8465-94-4, Bogotá, D.C., 2015. 84 p.

BERMEJO, Daniel. El fin constitucional de la reeducación y reinserción social ¿un derecho fundamental o una orientación política hacia el legislador español? ADPCP, VOL. LXVII, 2014, p. 364-415.

BLANCO QUINTANA, María. Régimen Jurídico de los antecedentes penales de otros Estados Miembros de la Unión Europea en el proceso penal español. Tesis Doctoral Universidad Nacional de Educación a Distancia, Departamento de Derecho Penal y Criminología, España, 2015. 390 p.

BVerfGE 35, 2002, 1973. Citado por LETURIA, Francisco. Ibid., p. 100.

CAFFARENA, Mapelli. Los fines de la ejecución de la pena privativa de la libertad. Citado por BERMEJO, Daniel. Op. Cit., p. 381.

CARNEVALE, Carlos. Antecedentes penales y reinserción laboral en América Latina. Universidad Nacional del Sur, Indret, Revista para el análisis del Derecho Bahía Blanca, Argentina, 2016. p. 27.

CID, José. La elección del castigo. Barcelona, ISBN 978-84-9790-478-0: Bosch, 2009.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA RÉPUBLICA. Decreto–Ley 19. Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2012.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA RÉPUBLICA. Ley 65. (19, agosto, 1993). Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario. Diario Oficial No. 40.999, Bogotá. D.C., 1993.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA RÉPUBLICA. Ley 599. (24, julio, 2000). Por el cual se expide el Código Penal. Diario Oficial No. 44.097, Bogotá. D.C., 2000.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 734 (5, febrero, 2002). Ley por la cual se expide el código disciplinario único. Diario Oficial No. 44.708, Bogotá. D.C., 2002.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906. (1, septiembre, 2004). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial. Bogotá. D.C., 2004.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1581. (18, octubre, 2012). Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales. Diario Oficial. No. 48.587. Bogotá, D.C., 2012.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 2157. (29, octubre, 2021). Por medio de la cual se modifica y adiciona la Ley Estatutaria 1266 de 2008. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2021.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Proyecto de ley 543 de 2021. Por medio del cual se establecen incentivos económicos para fortalecer el acceso y las oportunidades en empleo y formación para la población pospenada. Disponible en Internet: <https://www.camara.gov.co/camara/visor?doc=/sites/default/files/2021-06/Ponencia%20da%20Oportunidades.pdf>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Unificación 458. (21, junio, 2012). Magistrado Ponente: Adriana María Guillén Arango. Bogotá. D.C, 2012.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Unificación 139. (14, mayo, 2021). Magistrado Ponente. Jorge Enrique Ibáñez Najar. Bogotá, D.C.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Tutela 098. (16, febrero, 2017). Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá, D.C., 2017.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Decisión que resuelve un derecho de petición, rad. 18837.

COLOMBIA. INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO. Oficina asesora de Planeación. Concepto tomado del glosario penitenciario y carcelario. Ministerio de Justicia de Colombia. Disponible en Internet: <https://www.inpec.gov.co/documents/20143/53949/GLOSARIO+PENITENCIARIO+Y+CARCELARIO+06092016.pdf/a6b62ad6-0246-89cf-b7bb-0c420eaafbbe>

COLOMBIA. PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN. Resolución 461. (7, octubre, 2016). Por la cual se modifica y adiciona la Resolución 143 del 27 de mayo de 2002, que reglamenta el sistema de información de registro de sanciones disciplinarias y penales... Bogotá. D.C., 2016.

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA RÉPÚBLICA. Decreto 4057. (31, octubre, 2011). Por el cual se suprime el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS)... Bogotá. D.C., 2011.

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 019. (10, enero, 2012). Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. 2012. Disponible en Internet:

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=45322>

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2398. (19, julio, 1986). Por el cual se dictan normas sobre reseña delictiva, cancelación de antecedentes y expedición de Certificados Judiciales y de Policía. 1986. [Derogado].

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. “Antecedentes e Interpretación de la Declaración de Principios”. Fundamentos 17-20. (Negrilla fuera del texto original). Disponible en Internet: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=132&IID=2>

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de la libertad en las Américas. Citado por ESCOBAR, Susana. Los antecedentes como obstáculo a la reincorporación social. Disponible en Internet: <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf>

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Gaceta Constitucional No. 116 (20, julio, 1991).

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. (22, noviembre, 1969). Organización de Estados Americanos. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1969.

CORTES, María. La función de la pena en Colombia bajo la ley 599 de 2000. Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho. Bogotá, D.C., 2018. 31 p.

COTE-BARCO, Gustavo. La necesidad de la pena – Reflexiones a partir de los artículos 3º y 4º del Código Penal Colombiano. Revista Vniversitas, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá D.C., No. 114: 191-226, ISSN:0041-9060, julio-diciembre de 2007. p. 191-226.

DÁVILA SANDOVAL, Guillermo. La función de los antecedentes penales en el sistema penal colombiano: Un análisis crítico desde el garantismo. Universidad Santo Tomás, Tunja, 2021, 250 p.

EL ESPECTADOR. Claudia López anuncia medidas para plataformas: “Los delincuentes se están disfrazando de domiciliarios”. Natalia Romero Peñuela, 2021. Disponible en Internet: <https://www.elespectador.com/bogota/claudia-lopez-anuncia-medidas-para-plataformas-los-delincuentes-se-estan-disfrazando-de-domiciliarios-article/>

ESPAÑA. Ley orgánica del poder judicial. (1, julio, 1985). Artículo 303 Ley 6, 1985.

ESCOBAR, Susana. Los antecedentes como obstáculo a la reincorporación social. Citado por GUTIÉRREZ, Marcela; OLARTE, Ángela (Eds). Op. Cit., p. 493-528.

FEUERBACH (1820-1880). Citado por ROXIN, Claus. Ibid., p. 89.

GIRALDO, Ana; ORTIZ, Liliana. El concepto de verdad en Gadamer y Brandom: presupuestos para la construcción de teorías en la ciencia del Derecho. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), 11(3), septiembre-diciembre, 2019. 365-379 p.

GROSSO GALVAN, Manuel. Los antecedentes penales: Rehabilitación y control social, Bosch, ISBN: 84-7162-912-7, Barcelona, 1983.

GUTIÉRREZ, Marcela; OLARTE, Ángela (Eds). Política criminal y abolicionismo, hacía una cultura restaurativa. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación en Política Criminal. ISBN: 9789587900101. Bogotá D.C., 2018. 528 p.

HEGEL. Instructivo sobre Hegel: Piontkowski, 1960; Flechtheim, 1975; Klescewski, 1991; Seelmann, JuS 1979.

HERNÁNDEZ, Norberto. La resocialización como fin de la pena – una frustración en el sistema penitenciario y carcelario colombiano. Universidad Libre y Universidad de los Andes, cuaderno CRH, vol. 30, núm. 81, Bogotá, 2015-2017. p. 539-560.

HERRERA, M. Instituto De La Mujer De Castilla-La Mancha. Citado por RIMO, Alberto. La publicidad de los antecedentes penales como estrategia de prevención del delito. Universidad de Valencia, Revista General de Derecho Penal, RI §411787 17, 2012.

HIPPEL, R. Sobre la historia de las teorías penales. V. I, 1925, 459 ss.; Nagler, 1918. De tiempos más recientes, cfr. p.ej. Kaenel, 1081, 28-77; Frommel, 1987.

JACOBS, James; LARRUARI, Elena. ¿Son las sentencias públicas? ¿Son los antecedentes penales privados? Una comparación de la cultura jurídica de Estados Unidos y España. Citado por GUTIÉRREZ, Marcela; OLARTE, Ángela (Eds). Op. Cit., p. 511.

JOVER BUSTILLO, Vanesa. Los Registros sexuales de delincuentes y la Ley Megan. Colegio Criminológico de Madrid, Madrid, 2020, No. de colegiada M-0316. Disponible en Internet: <https://colegiocriminologosmadrid.es/los-registros-sexuales-de-delincuentes-y-la-ley-megan/>

KANT citado por LESCH, Heiko. La función de la pena. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999. p. 20-21.

KANT. La metafísica de las costumbres, 1797. Estudio preliminar de Adela Cortina, Cuarta Edición, Tecnos, 2008. Disponible en Internet: <https://losapuntesdefilosofia.files.wordpress.com/2017/09/kant-la-metafisica-de-las-costumbres-editorial-tecnos.pdf>

LARDIZABAL, Manuel. España. Citado por Sanguino, Kenny; Baene, Eudith. La resocialización del individuo como función de la pena. Revista Academia & Derecho, 7, (12), 2016. p. 11.

LARRAURI PIJOAN, Elena. Antecedentes Penales. Eunomía, Revista en cultura de la Legalidad, ISSN 2253-6655, Nº 8, marzo - agosto 2015. 153-159 p.

LARRAURI PIJOAN, Elena y JACOBS, James B. Reinserción laboral y antecedentes penales. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología ISSN 1695-0194, no. 13-09, 2011. 25 p.

LESCH, Heiko. La función de la pena. Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho, Bogotá D.C., 1999.

LETURIA, Francisco. Fundamentos jurídicos del derecho al olvido ¿Un nuevo derecho de origen europeo o una respuesta típica ante colisiones entre ciertos derechos fundamentales? Revista Chilena de Derecho, vol. 43 No 1, 2016. p. 91-113.

LÓPEZ, Axel y MACHADO, Ricardo. Análisis del régimen de ejecución penal. En MIGNON, María Eugenia. Libertad condicional y asistida: análisis a la luz de la doctrina y jurisprudencia actuales. Revista Pensamiento Penal, 2012. Disponible en Internet: <https://www.pensamientopenal.com.ar/articulos/libertad-condicional-asistida-analisis-luz-doctrina-jurisprudencia-actuales>

LOGAN, W.A. Knowledge as Power. Criminal Registration and Community Notification Laws in America. Citado por. RIMO, Alberto. La publicidad de los antecedentes penales como estrategia de prevención del delito. Universidad de Valencia, Revista General de Derecho Penal, RI §411787 17, 2012.

LUZÓN CUESTA, José. Compendio de Derecho Penal, Parte general, 22ª ed., Dykinson, 2015.

MAYER, H. Sobre la concepción de Kant und Hegel und das Strafrecht, en el Festschrift für K. ENCISCH, 1969.

MÉXICO. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Antecedentes penales e individualización de la pena. Universidad Autónoma de México, ISBN 978-607-630-773-1, México, 2018. 103 p.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal y Control Social. Editorial Temis S.A., ISBN 958-35-0227-8, Bogotá D.C., 2004. 119 p. Disponible en Internet: <https://www.scribd.com/document/485192726/Derecho-Penal-y-Control-Social-Munoz-Conde-2004-pdf>

NUEVA SOCIEDAD. SCHUSTER, Mariano. Pánico, violencia y crisis en las cárceles de América Latina. Entrevista a Gustavo Fondevila, 2017. Disponible en Internet: <https://nuso.org/articulo/panico-violencia-y-crisis-en-las-carceles-de-america-latina/>

OSSORIO, M. Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, 1ª edición electrónica, Datascan, S.A., Guatemala, 2000. 1007 p.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Conocer los Derechos Fundamentales en el Trabajo. San José, 2009. Disponible en Internet: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@americas/@ro-lima/@sro-san\\_jose/documents/publication/wcms\\_180458.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@americas/@ro-lima/@sro-san_jose/documents/publication/wcms_180458.pdf)

ORTIZ, Alfredo. El derecho a la intimidad en la era de la tecnología de las comunicaciones: una reflexión desde el derecho constitucional. Universidad Nacional Autónoma de México, Revista Cuestiones constitucionales, no. 31, ISSN 1405-9193, México, 2014. p. 239-245.

PARDO, Angélica. Proximidad versus Castigo. Citado por GÓMEZ, Martha [y otros]; GUTIÉRREZ, Marcela; OLARTE, Ángela (Eds). Política criminal y abolicionismo, hacía una cultura restaurativa. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia. Centro de Investigación en Política Criminal. 2018. p. 77.

PACTO INTERNACIONAL DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. (16, diciembre, 1966). Organización de las Naciones Unidas. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), Nueva York, Estados Unidos: Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49 Lista de los Estados que han ratificado el pacto.

PAGER, D. The mark of a criminal record, the American Journal of Sociology. Citado por LARRAURI PIJOAN, Elena y JACOBS, James B. Op. Cit., p. 5.

PFEFFER, Emilio. Los derechos a la intimidad o privacidad, a la honra y a la propia imagen. Su protección frente a la libertad de opinión e información. Universidad de Talca, Ius et Praxis, vol. 6, núm. 1, ISSN: 0717-2877, Chile, 2000. p. 465-474.

PLATERO, Alejandro. El derecho al olvido en internet. El fenómeno de los motores de búsqueda. Opinión Jurídica, Universidad de Medellín, vol. 15, núm. 29, ISSN: 1692-2530, Medellín, 2016. p. 243-260.

POLICIA NACIONAL DE COLOMBIA. Consulta de Antecedentes Judiciales. Disponible en Internet: <https://antecedentes.policia.gov.co:7005/WebJudicial/>

PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN. Respuesta a derecho de petición con radicado E-2017-695682 y E-2017-755537. (28, septiembre, 2017).

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española, 23.<sup>a</sup> ed., [versión 23.5 en línea]. Academia Española. Disponible en Internet: <https://dle.rae.es> [17, mayo, 2022].

REMESEIRO, Manuel. El «vigilantismo» como reflejo del fracaso del sistema jurídico-penal estadounidense en los años setenta: análisis de la película «Death Wish» (El justiciero de la ciudad). Revista de Derecho de la UNED (RDUNED), (23), 2019. p. 603-634. Disponible en Internet: <https://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/24036#:~:text=El%20Vigilantismo%20es%20una%20corriente,de%20proporcion%C3%A1rsela%20de%20manera%20eficaz.>

RIMO, Alberto. La publicidad de los antecedentes penales como estrategia de prevención del delito. Universidad de Valencia, Revista General de Derecho Penal, RI §411787 17, 2012. Disponible en Internet: [https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=411787&d=1&popup=&popup=&popup=#nota23](https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=411787&d=1&popup=&popup=&popup=#nota23)

RIVERA, Iñaki. Historia y legitimación del castigo ¿hacia dónde vamos? Citado por Sanguino, Kenny; Baene, Eudith. La resocialización del individuo como función de la pena. Revista Academia & Derecho, 7, (12), 2016. p. 12.

ROVIRA i SOPEÑA, Martí. Antecedentes penales y mercado laboral. Tesis doctoral, Departament de Dret, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2016. 264 p.

ROXIN, Claus. Derecho Penal General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Editorial Civitas S.A., traducción de la 2<sup>a</sup> edición alemana y notas

por Diego Manuel Luzón, Miguel Díaz y García y Javier de Vicente Remesal, ISBN: 84-470-0960-2, Madrid, 1997. 1072 p.

ROXIN, Claus. Iniciación al derecho penal de hoy. Citado por COTE-BARCO, Gustavo. La necesidad de la pena – Reflexiones a partir de los artículos 3º y 4º del Código Penal Colombiano. Revista Universitas, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá D.C., No. 114: 191-226, ISSN:0041-9060, julio-diciembre de 2007. p. 197.

SILBERLEIB, Laura. El derecho al olvido y la persistencia de la memoria. Información, cultura y sociedad: revista del Instituto de Investigaciones Bibliotecológicas, Universidad de Buenos Aires, no. 35 ISSN: 1514-8327, 2016. Buenos Aires, Argentina, p. 125-136.

SILVIA SÁNCHEZ, J. “El retorno de la inocuización: el caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos en el derecho comparado”. Citado por RIMO, Alberto. La publicidad de los antecedentes penales como estrategia de prevención del delito. Universidad de Valencia, Revista General de Derecho Penal, RI §411787 17, 2012.

SIMON, Pere. El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la UE. Citado por Platero, Alejandro. El derecho al olvido en internet. El fenómeno de los motores de búsqueda. Opinión Jurídica, vol. 15, núm. 29. Medellín, 2016. p. 249.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia del 13 de mayo de 2014. Citado por Platero, Alejandro. El derecho al olvido en internet. El fenómeno de los motores de búsqueda. Opinión Jurídica, vol. 15, núm. 29. Medellín, 2016. p. 250.

UNITED STATES. Department of Justice, Bureau of Justice Statistics, NCJ-111458, Public access to criminal History information 3 (1988). Disponible en Internet: <http://www.bjs.gov/content/pub/pdf/to88.pdf>.

URAN BUITRAGO, Luisa. Régimen de antecedentes penales en Colombia. Universidad EAFIT, Escuela de Derecho, Medellín, 2018. 62 p.

ZAPICO, M. ¿Un derecho fundamental a la reinserción...? Citado por. BERMEJO, Daniel. Op. Cit., p. 383.