

**Alcance del derecho al olvido de las conductas la/ft; de la persona natural comerciante en Colombia, una aproximación jurídica a la prevalencia de este derecho**

ANA MARÍA SÁNCHEZ AGUIRRE

**Resumen:** Con la expedición de las Circulares Externas 100-000005 de 2015 y 100-000006 de 2016 la Superintendencia de Sociedades establece la obligatoriedad del desarrollo de un Sistema de Administración y Gestión del Riesgo de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo *SAGRLAFT*, dentro del cual una de las actividades principales es la consulta en listas restrictivas, vinculantes y bases de datos de cualquier contraparte con la cual se desee establecer una relación comercial o contractual, resultando la aparición en una de éstas listas, una limitante para la contratación con la persona natural comerciante.

Sin embargo, en Colombia existe una protección legal de los derechos individuales, garantizados por la protección de datos personales y los derechos al buen nombre y a la vida en condiciones dignas, por lo cual, es necesario realizar una ponderación de los dos bienes jurídicos tutelados para establecer si existe una prevalencia constitucional o legal de alguno de éstos que permita al Estado tomar decisiones amparando alguno de éstos a expensas de la violación de los demás derechos.

**Palabras clave:** Derecho al olvido, LA/FT, protección de datos, SAGRLAFT, derechos individuales, derechos colectivos, lista restrictiva, lista vinculante.

**Abstract:** Abstract: As a result of the issuance of External Circulars (External Memo) 100-000005 of 2015 and 100-000006 of 2016 of the Superintendency of Companies (Superintendencia de Sociedades), the mandatory development of a Risk Management of Money Laundering and Terrorism Financing Administration System SAGRLAFT is established, including as one of the the main activities the consultation in restrictive and binding lists of any counterpart with whom it is desired to establish a commercial or contractual relationship, resulting the appearance in one of these lists, a limitation for contracting with the natural person merchant.

However, in Colombia there is legal protection of individual rights, guaranteed by the right to the protection of personal data and the rights to a good name and life in dignified conditions, for which, it is necessary to weigh both legally protected assets to establish whether there is a constitutional or legal prevalence of any of these that allows the State to make decisions protecting any of these at the expense of the violation of other rights.

**Keywords:** Right to Forget, data protection, SAGRLAFT, Individual Rights, Colective Rights, Restrictive List, Binding List.

## **1. Introducción**

La Superintendencia de Sociedades colombiana a través de sus Circulares Externas 100-000005 de 2015 y 100-000006 de 2016 – Capítulo X, estableció la obligatoriedad para las empresas del sector real sujetas a su inspección, vigilancia y control, que cumplan ciertos requisitos; de establecer un Sistema de Autocontrol y Gestión del Riesgo de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo – *SAGRLAFT*. Similares sistemas se regulan y exigen para otros sectores económicos como el financiero (Circular Externa 7 de 1996 Superfinanciera), el aduanero

(Circular Externa 170 del 2002 DIAN) y notarial (Instrucción Administrativa 8 de 2007 Superintendencia de Notariado y Registro), entre otros.

El SAGRLAFT se define como un sistema contentivo de etapas y elementos que las empresas obligadas deben gestionar con el objeto de prevenir que dichas sociedades sean usadas como un mecanismo de legalización de activos cuya procedencia sea actividades ilícitas o que mediante la canalización de recursos se financien actividades terroristas.

Una de las obligaciones del sistema SAGRLAFT de la Superintendencia de Sociedades es conocer a sus contrapartes a través del establecimiento de una debida diligencia dentro de la cual se exige la verificación en listas restrictivas y vinculantes, así como también en bases de datos nacionales y/o internacionales.

En la realización de la debida diligencia y la consecuente verificación en listas y bases de datos, se puede presentar un reporte negativo, en especial al consultar “procesos judiciales penales LAFT” el cual compila procesos en curso y sentencias por delitos de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo - LA/FT o delitos fuente de éstos; y el resultado de búsqueda en la Rama Judicial colombiana. Esto genera para las empresas una imposibilidad o riesgo para contratar con esa parte y la necesidad de reporte a la UIAF. En algunos casos se trata de procesos en curso, sentencias con condenas cumplidas (sanción extinta) o acciones penales prescritas.

Pese a ser un tema novedoso para Colombia, el *derecho al olvido* busca dar una oportunidad “reparadora” a la persona en lo relativo a su pasado público y judicial con el propósito, de permitir su readaptación o inclusión a la sociedad; suprimiendo de bases de datos de consulta pública y noticias, información relativa a los antecedentes de la persona.

El origen constitucional de este tema es la sentencia de unificación jurisprudencial [Corte Constitucional SU-458] del 21 de junio de 2012 en la que se fija una posición sobre el *derecho al*

*olvido* tomando como base las acciones de tutela adelantadas por trece actores en contra del entonces Departamento Administrativo de Seguridad – DAS.

En todos los casos, el problema jurídico correspondía a ciudadanos que habían tenido condenas por delitos en Colombia con penas extintas o acciones prescritas; sin embargo, al solicitar su certificado de antecedentes penales éste figuraba como *“Registra antecedentes, pero no es requerido por autoridad judicial”*.

Pese a los requerimientos al extinto DAS para la supresión de sus datos; éstos no fueron eliminados o modificados. Se acude entonces al amparo de tutela, pretendiendo la protección constitucional: al buen nombre, habeas data, intimidad y trabajo entre otros.

La Corte, en atención al precedente de las sentencias T-414 de 1992 y T-729 de 2002 infiere que los antecedentes penales son datos personales pues asocian una determinada situación (haber sido condenado por la comisión de un delito), en un proceso penal, por una autoridad competente.

Así mismo la Sala [de Revisión] considera que en el caso en estudio existió un desconocimiento de los principios de administración de datos personales (finalidad, necesidad, utilidad y circulación restringida); por permitir el acceso a dicha información de forma abierta a cualquier tercero sin un interés legítimo. En el mismo sentido, afirma que la información sobre antecedentes penales riñe de forma grave y honda con la función resocializadora de la pena<sup>1</sup>.

Dentro de la información más relevante para el individuo en cuanto a su supresión se encuentran precisamente los antecedentes penales, tanto los relativos a procesos en curso (sin condena en firme) como aquellos extintos o prescritos.

La Corte Constitucional se ha inclinado por garantizar el derecho fundamental de protección de datos personales al prevenir al Ministerio de Defensa – Policía Nacional – Dirección Criminal e

---

<sup>1</sup> Sentencia SU458/2012, Magistrada Ponente. Adriana María Guillén Arango

INTERPOL y demás autoridades para que eviten que la información sobre antecedentes penales sea de acceso para personas sin interés legítimo cuando se haya cumplido la pena o ésta se encuentre prescrita.

Es clara la posición de la Corte Constitucional sobre el manejo de datos relativos a antecedentes penales y también la excepción dada vía Ley Estatutaria al manejo de datos relacionados con Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo, queda de lado el tratamiento de las garantías individuales de las personas naturales comerciantes que se vieron vinculadas a este tipo de procesos y que, ahora se encuentran en un limbo jurídico, toda vez que las normas que rigen garantías de carácter colectivo no le permiten el ejercicio de derechos tales como el derecho al trabajo y a la vida en condiciones dignas y el derecho a desarrollar empresa.

Conforme a lo anterior, resulta ser una sanción adicional a la penal, la inclusión en las bases de datos relativas a los mencionados delitos, toda vez que genera una imposibilidad para el involucrado de desenvolverse comercialmente en la sociedad, a través de la realización de sus actividades de comerciante y como creador de empresa.

La persona natural comerciante, en su interés de crear empresa, se ve severamente afectada en el ejercicio de sus derechos, la creación de empresa y el desarrollo de sus actividades con la inaplicación de las normas de protección de datos personales para los delitos LA/FT, toda vez que dichas normas le aplican a nivel personal y empresarial, impidiendo incluso la presentación de ofertas económicas o relaciones comerciales a través de las empresas creadas por éste.

El Estado otorga el carácter de supraindividual al derecho a desarrollar empresa, brindando especiales garantías a la persona natural comerciante en su deseo de crear una empresa, de generar desarrollo económico y propender por el empleo.

Sin embargo, y pese a la protección de dicho derecho por parte del Estado, éste no ha generado las normas necesarias para permitir que, en casos como el que nos ocupa, se pueda garantizar este derecho a todas las personas en igualdad de condiciones.

Cuando se limitan las posibilidades empresariales de la persona natural comerciante (entendida como aquellas que se ocupan de alguna de las actividades que la ley considera como mercantiles), se afecta igualmente la función social de la empresa.

Los procesos de modernización económica y democratización de la vida pública han generado un *vacío social* que de forma ideal sería suplido por la empresa, a través de la cual se articularían elementos tan relevantes como la propiedad privada y el desarrollo profesional, las lógicas de la organización familiar y comunitaria, el ejercicio de la libertad y la autonomía individual y la implementación de unas formas más horizontales de vinculación social.<sup>2</sup>

Nos preguntamos: ¿Debe primar la protección de los derechos colectivos sobre el *derecho al olvido* de las personas naturales comerciantes, vinculadas a procesos por delitos LA/FT?

En el presente trabajo se analizarán el *derecho al olvido* y derecho a la protección de datos personales, su surgimiento y validez normativa en Colombia y en el derecho comparado.

Posteriormente se analizará el alcance del derecho penal *clásico* y derecho penal económico para los delitos asociados a Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo y la protección de los derechos colectivos.

Por último, se pretende realizar una ponderación de los bienes jurídicos tutelados en discusión: *derecho al olvido* y la protección de derechos económicos colectivos.

---

<sup>2</sup> Méndez Pablo Martín. La función social de la empresa en el ordoliberalismo y la economía social de mercado. Aportes para una conceptualización del neoriberalismo. Economía y Política 7(I), 63-93

## **2. Derecho al olvido: análisis de la Regulación Colombiana y las Fuentes Internacionales**

El derecho de habeas data está dado por la posibilidad de eliminación o caducidad del dato negativo del cual se deriva el *derecho al olvido*. Este constituye la limitación o temporalización en el tiempo del dato negativo. Su origen está ligado a la información financiera, sin embargo, con el tiempo se ha ampliado su alcance a diferentes tipos de información tanto pública como privada, tales como redes sociales, datos comerciales y antecedentes penales.

Colombia no fue considerada un país adecuado para el tratamiento de datos personales por parte de la Unión Europea, antes de la expedición de la ley que regula la materia, lo cual traía como consecuencia, serias barreras comerciales con los países que la conforman.<sup>3</sup>

Antes de la expedición de la Ley 1581 de 2012, Colombia había establecido el derecho fundamental de las personas a conocer, actualizar y rectificar la información que de ellas se hayan incluido en los bancos de datos y archivos de entidades públicas y privadas, a través de la jurisprudencia constitucional. Por ejemplo:

2.1. Sentencia T-414 de 1992 que plasmó por primera vez el término *libertad informática* y la *autodeterminación informativa* definiéndolas como “la facultad de disponer de la información, preservar la identidad informática, es decir, de permitir, controlar o rectificar los datos concernientes a la personalidad del titular de los mismos y que, como tales lo identifican e individualizan ante los demás”.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Exposición de motivos. Proyecto de Ley 046 de 2010. P 14 a 16

<sup>4</sup> Corte Constitucional. Sala primera de revisión (16 de junio de 1992). Sentencia T-414 de 1992 expediente T-534, (MP Ciro Angarita Barón)

2.2. Sentencia de Tutela T-022 de 1993, temas fundamentales: la dignidad humana como principio supremo de la Constitución Nacional de 1991, así como la incorporación de los conceptos de libertad informática, habeas data y derecho constitucional informático.

2.3. Sentencia SU-189 de 1995, su eje central está dado por la caducidad del dato, el cual debe ser fijado razonablemente por el legislador, teniendo presente que, en los casos en que no se haya fijado, se considera razonable el término que evite el abuso del poder informativo y preserve las sanas prácticas crediticias, defendiendo el interés general.

2.4. Sentencia T-729 de 2002 con relación a la adopción de principios para el manejo de la información personal. Teniendo en cuenta que para el momento no existía una Ley Estatutaria que regulara la protección de datos personales, esta sentencia presenta los principios mínimos que deben regir la administración de las bases de datos, con el fin de evitar la vulneración de derechos fundamentales de los titulares de la información.

Posterior a las mencionadas sentencias se expidió la Ley 1266 de 2008 que regula la protección al derecho de Habeas Data, sin embargo, la Corte Constitucional, a través de la Sentencia C-1011 de 2008, mediante la cual se hizo la revisión de la norma concluyó que la misma sólo es aplicable a los datos personales relacionados con información de carácter financiero sobre cumplimiento de obligaciones dinerarias.

2.5. La Superintendencia Financiera de Colombia se pronunció en concepto No. 2009029082-02 del 02 de junio de 2009 en el que da alcance de la recién expedida norma, apuntando a que se trata de una ley sectorial aplicable solo al ámbito de determinación y medición del riesgo de contenido financiero y crediticio y, por tanto, su alcance no se extiende a otras áreas que tengan manejo de datos, toda vez que su desarrollo partió de las necesidades puntuales del sector financiero y sólo se adaptan al manejo de este tipo de información.



2.6. Esta ley fue reglamentada en el Decreto 1377 de 2013, en el que se establecieron nuevas definiciones, reglas de recolección de datos, autorización, modo de obtención y revocatoria, entre otros temas de relevancia en la materia.

2.7. Con el ánimo de dar un alcance más integral al manejo de datos personales en diversos ámbitos de aplicación, surge la Ley 1581 de 2012 - por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales. Y su objeto es: “[...] desarrollar el objeto constitucional que tienen todas las personas a conocer, actualizar y rectificar la información que se haya recogido sobre ellas en bases de datos o archivos.”<sup>5</sup>

El manejo de las bases de datos de consultas públicas se encuentra regulada por la mencionada ley, pero las garantías contenidas no son absolutas teniendo en cuenta que, la misma ley incluye dentro de sus excepciones en el ámbito de aplicación: “b) *las bases de datos que tengan por finalidad la seguridad y defensa nacional, así como la prevención, detección, monitoreo y control del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo*”.<sup>6</sup>

Existe una obligación para el Estado colombiano de hacer cumplir la verificación en listas restrictivas. Esto conforme a lo establecido en los tratados internacionales y lo normado en el artículo 20 de la Ley 1121 de 2006, el cual especifica el procedimiento para la publicación y cumplimiento de las obligaciones relacionadas con listas internacionales vinculantes para Colombia, de conformidad con el derecho internacional.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Artículo 1° Ley 1581 de 2012

<sup>6</sup> Literal b) artículo 2° Ley 1581 de 2012

<sup>7</sup> **Ley 1121 de 2006.** ARTÍCULO 20. “*PROCEDIMIENTO PARA LA PUBLICACIÓN Y CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES RELACIONADAS CON LISTAS INTERNACIONALES VINCULANTES PARA COLOMBIA DE CONFORMIDAD CON EL DERECHO INTERNACIONAL.*” El Ministerio de Relaciones Exteriores transmitirá las listas de personas y entidades asociadas con organizaciones terroristas, vinculantes para Colombia conforme al Derecho Internacional y solicitará a las autoridades competentes que realicen una verificación en las bases de datos con el fin de determinar la posible presencia o tránsito de personas incluidas en las listas y bienes o fondos relacionados con estas...

...Los particulares que conozcan de la presencia o tránsito de una persona incluida en una de las listas mencionadas o de bienes o fondos relacionados con estas deberán informar oportunamente al Departamento Administrativo de

El Estado colombiano no desconoce las excepciones a la protección de datos personales, acotada por el interés general: la protección de la seguridad nacional y el cumplimiento de mandatos superiores y es justamente allí donde limitan el recién desarrollado *derecho al olvido* y la protección de datos personales.

### ***2.8. Reglamento general de la comisión de datos de la Unión Europea***

La Comisión Europea plantea la modificación de la Directiva 95/46/CE (relativa a la protección de las personas físicas), buscando que la responsabilidad de la supresión del dato recaiga en quien lo haya publicado y no en los motores de búsqueda e incluiría la obligación del responsable del tratamiento, de informar a terceros sobre la solicitud presentada por el titular del dato, de suprimir todos los enlaces, copias o réplicas de su información.

### ***2.9. Directiva 95/46 de la Comisión Europea***

Lo más cercano que dicha directiva establece con relación al *derecho al olvido* está dado por lo mencionado en el literal b) del artículo 12 denominado *derecho a la supresión del dato personal*, en lo cual tiene estrecha relación con la normatividad colombiana que permite la supresión del dato cuando su tratamiento sea contrario a la ley o la autorización entregada.

### ***2.10. Asia-Pacific Economic Cooperation (APEC)***

El APEC Privaci Framework o marco de privacidad es la principal regulación en la materia para los países que pertenecen al APEC, sin embargo, el mismo no regula lo relativo a la posibilidad de supresión del dato, ni aún en los casos en que sea inadecuada o ilegal.

### ***2.12. Organización de las Naciones Unidas (ONU)***

---

Seguridad, DAS y a la Unidad de Información y Análisis Financiero, UIAF, para lo de su competencia. Al suministro de esta información se le aplicará el régimen de responsabilidad previsto en el artículo 42 de la ley 190 de 1995”

Para la ONU existen dos documentos que parametrizan la protección de datos: el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Resolución 45/95 de 1990. El artículo 3 de la mencionada Resolución no establece abiertamente el *derecho al olvido*, pero como principio de Finalidad, resultaría ser el punto de partida para incluir dicha regulación en normas nacionales como la colombiana.

### ***2.13. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)***

En su marco de privacidad incluye los principios que deben regir el tratamiento de datos personales, entre estos, el principio de uso limitado. El artículo 10 del documento informa que los datos personales no deben ser revelados, accesibles o usados para fines diferentes a aquellos especificados para el momento de la recolección o autorizados por la ley.<sup>8</sup>

### ***2.14. Red Iberoamericana de Protección de Datos (RIPD)***

En su documento principal Directrices para la Armonización de la Protección de Datos en la Comunidad Iberoamericana no existe ninguna referencia al *derecho al olvido*, sin embargo, la Declaración del XI encuentro sí hace alusión al mismo en los siguientes términos: *Teniendo presentes los temas derivados de la edición número once del Encuentro y que requieren una puntual atención para garantizar el derecho a la protección de datos, tales como el derecho al olvido, las garantías de los datos personales en la nube (cloud computing), la publicidad en internet, los flujos transfronterizos de información, entre otros.* (RIPD. 2013 pág 1)

## **3. El derecho al olvido como garantía de las personas naturales comerciantes**

El *derecho al olvido* o *derecho de cancelación y oposición* surge en España y su antecedente es la batalla judicial surgida entre Google y el ciudadano español Mario Costeja por el derecho de

---

<sup>8</sup> Manrique Gómez Valentina. El derecho al olvido: Análisis comparativo de las fuentes internacionales con la regulación colombiana. Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías No. 14. 2015

este último a que la información publicada sobre él por el buscador fuera suprimida, situación que fue dirimida en última instancia por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en el año 2014.

Frente a la novedad que denota este derecho, se sostiene que no se trata de un derecho nuevo dado que previamente se había tratado vía jurisprudencial y doctrinal, sino de una “*fórmula más clara y didáctica para legitimar restricciones a la libertad de expresión e información en beneficio de otros derechos*”<sup>9</sup>.

Las facetas que presenta el *derecho al olvido* son: el *derecho al olvido* del pasado judicial, el derecho de protección de datos y el nuevo derecho digital.<sup>10</sup>

Existen desarrollos jurisprudenciales en lo relativo al pasado judicial de las personas, en especial en la Unión Europea; allí se han presentado en el sentido de instruir que debe aplicarse dicho precepto legal teniendo en cuenta el derecho a la privacidad y los derechos de la personalidad, basados en la capacidad del ser humano de mejorar y no tener anclado su pasado para tener otra oportunidad, así mismo, a tener en cuenta la función resocializadora de la pena.

Esta posición presenta dos excepciones en su aplicación: “*los hechos relacionados con la historia o cuando se trate de un tema de interés histórico y los hechos vinculados al ejercicio de la actividad pública por parte de una figura pública*”<sup>11</sup>. En estos casos existe una primacía del derecho a la información sobre el *derecho al olvido*, por considerarse de relevancia general.

Con relación a la protección de datos personales en Colombia que tiene su raíz en el artículo 15 de Constitución Política, el bien jurídico relevante para el desarrollo de la Ley Estatutaria es el

---

<sup>9</sup> Leturia Francisco José. Fundamentos Jurídicos del Derecho al Olvido. ¿un nuevo derecho de origen europeo o una respuesta típica ante colisiones entre ciertos derechos fundamentales? 2016

<sup>10</sup> De Terwangne Cécile. Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido. Revista de Internet, Derecho y Política. Núm. 13

derecho a la intimidad. El origen de esta norma surge en la concepción del artículo académico “*The Right of Privacy*” por Samuel Dennis Warren y Louis Dembitz Brandeis (1890); y luego como un derecho independiente en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948); la Convención Europea para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (1950) y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966), también en otros.

La necesidad de brindar especial protección al derecho a la intimidad y sus consecuentes adelantos regulatorios, jurisprudenciales y doctrinales, se presenta ante el creciente desarrollo tecnológico que traspasa la esfera personal y genera un nivel de publicidad de la información de las personas que vulnera en algunos casos el derecho a la intimidad: *“Tratándose del derecho a la intimidad el desenvolvimiento de las sociedades ha conllevado una transformación en este derecho de la persona, pasando del determinismo individual a la autodeterminación informativa, como consecuencia del fenómeno tele-informático que va invadiendo todas las esferas de la vida moderna.”*<sup>12</sup>

La jurisprudencia constitucional nacional marca su precedente en materia de regulación de bases de datos personales relacionados con antecedentes penales, en la sentencia SU-458 de 2012, con relación a la facultad de supresión del dato como parte de su objeto protegido con una doble faceta. Por una parte, la supresión completa del dato y su imposibilidad de circulación ni siquiera en forma restringida; y una segunda, donde la facultad de supresión puede ser ejercida para desaparecer la información sometida a circulación. En este caso la información se suprime solo parcialmente.

La segunda modalidad de supresión busca conciliar varios elementos normativos toda vez que la supresión total de antecedentes penales es constitucional y legalmente imposible, así mismo la

---

<sup>12</sup> Calle Sol Beatriz. Apuntes jurídicos sobre la protección de datos personales a la luz de la actual norma de habeas data en Colombia Precedente. Revista Precedente. 2009

mencionada sentencia refiere que cuando la información deja de reportar una clara utilidad constitucional trasciende a un ámbito personal.<sup>13</sup>

El sistema legal español es el pionero en legislación y jurisprudencia sobre *derecho al olvido*. En definitiva, ha logrado ahondar en el tema e ir más allá de la protección de un dato electrónico público; los datos relativos a hábitos de pago de obligaciones o información contenida en periódicos y revistas. En este caso se ha manifestado respecto a la relación existente entre el *derecho al olvido* y la responsabilidad penal y administrativa.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el asunto M.M. v. Reino Unido de 13 de diciembre de 2012, afirma que, si bien la sanción penal es pública “*su almacenamiento sistemático en archivos centrales implica la posibilidad de que se revele mucho después de los hechos, cuando todos, salvo la persona afectada, los hayan posiblemente olvidado, cuando la condena o la medida penal es lejana en el pasado, viene a formar parte de la vida privada de una persona que debe ser respetada.*” (2012).

En el pronunciamiento europeo citado es posible observar una similitud sobre la necesidad de garantizar el *derecho al olvido*, aun en materia penal, dejando claro que, en todo caso, debe existir un límite de tiempo, vencido el cual, todo dato o información relativo al delito o la pena, debe dejar de ser público mas no existente.

---

<sup>13</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU458 del 21 de junio de 2012, expediente T-2.651.508 AC. MP Adriana María Guillén Arango “*Sin embargo, cuando la administración de la información personal relacionada con antecedentes pierde conexión con tales finalidades deja de ser necesaria para la cumplida ejecución de las mismas, y no reporta una clara utilidad constitucional; por tanto, el interés protegido en su administración pierde vigor frente al interés del titular de tal información personal. En tales casos, la circulación indiscriminada de la información, desligada de fines constitucionales precisos, con el agravante de consistir en información negativa, y con el potencial que detenta para engendrar discriminación y limitaciones no orgánicas a las libertades, habilita al sujeto concernido para que en ejercicio de su derecho al habeas data solicite la supresión relativa de la misma.*”

Colombia considera que los datos relativos a los delitos LA/FT tienen un interés público actual y es ésta la razón para excluir del ámbito de aplicación de la ley de protección de datos estos delitos, empero, es de relevancia entender si dicha exclusión se debería extender a procesos en curso o penas extintas o prescritas lo cual a todas luces denota una condena anticipada y/o una imposibilidad de resocialización a la persona que se ve involucrada en esas conductas.

La Corte Constitucional en la sentencia SU458/2012, previene al Ministerio de Defensa - Policía Nacional – Dirección de Investigación Criminal e INTERPOL respecto a que cualquiera pueda conocer la existencia de antecedentes penales de aquellas personas que hayan cumplido la pena, o cuya pena se encuentre prescrita; pero, al hacer dicha prevención específicamente para estas entidades, no se dio una cobertura absoluta sobre el manejo que de este tipo de datos pudiera darse por parte de otro tipo de entidades, incluso públicas, como es el caso de la información contenida en las bases de datos de la Rama Judicial a través de la Consulta de Procesos Nacional Unificada – CPNU, la cual define su objetivo como: “...*entregar a la ciudadanía en general un producto uniforme donde consultar sus procesos*”<sup>14</sup>.

Esta base de datos es una de las muchas listas de consulta para todas las empresas del sector real en su proceso de debida diligencia de contrapartes, encontrando en ella, procesos actualmente en curso y sentencias extintas o prescritas, lo cual permite que este tipo de información se halle al alcance de cualquier ciudadano.

Con relación a la publicidad de datos personales en internet por parte de administraciones públicas en España, se ha especificado: “*Una parte de dicha información tiene su origen en tratamientos llevados a cabo por Administraciones públicas (publicaciones en sitios web institucionales de registros electrónicos desde donde se accede a información que contiene datos*

---

<sup>14</sup> <https://consultaprocesos.ramajudicial.gov.co/procesos/bienvenida>

*personales, tablonas de anuncios virtuales, diarios oficiales electrónicos, etc.)” Igualmente, con relación al caso de las condenas penales: “su conocimiento público y de por vida es difícilmente compatible con la necesaria preservación del libre desarrollo de la personalidad en sociedad y la reinserción<sup>15</sup>”.*

En Colombia, al no existir una regulación propia para el tratamiento de la información relativa a los delitos de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo (ante la exclusión taxativa establecida en la ley de protección de datos personales), no existen restricciones, filtros o procedimientos de acceso a toda la información relativa a los procesos en cualquier instancia. Esto va en contravía de lo que se ha pretendido proteger tanto a nivel nacional como internacional con el *derecho al olvido*, esto es, delimitar las consecuencias negativas que, más allá de las previamente establecidas para los delitos, puede traer la falta de supresión o modificación de los datos negativos.

#### **4. Derecho penal *clásico* y derecho penal económico en el caso de los delitos asociados a Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo**

##### ***El bien jurídico tutelado***

Es indispensable conocer qué tipo de bien jurídico se va a tutelar con las normas y medidas que el Estado Colombiano ha expedido para regular el Lavado de Activos y la Financiación del Terrorismo. Para iniciar dicho análisis se deben establecer las diferencias entre el derecho penal

---

<sup>15</sup> Guichot Emilio. La publicidad de datos personales en internet por parte de administraciones públicas y el derecho al olvido. Revista española de derecho administrativo. Núm. 154. 2012.



*clásico* y los bienes jurídicos que éste protege y el derecho penal económico y sus sujetos de protección.

Es importante aclarar que, con relación a la función del derecho penal existen dos teorías contrapuestas, una de las cuales se centra en que la función del derecho penal es la protección de la vigencia de la norma; posición sostenida en mayor o menor medida por autores como Jakobs, Stratenwerth, Hirsch, Frisch y Wohlers quienes se desvían de la función del derecho como protección de bienes jurídicos bien porque: (i) consideran que su finalidad es la protección de la vigencia de la norma, (ii) reconocen que el concepto de bien jurídico carece de contornos precisos ó (iii) en algunos tipos penales es difícil determinar qué bien jurídico estarían tutelando.<sup>16</sup>; y la otra teoría que se basa en determinar la función de dicho derecho como la protección de los bienes jurídicos tutelados; para el presente proyecto se analizará la función del derecho penal desde la protección del bien jurídico.

Sea lo primero entonces definir qué se entiende por *bien jurídico*: “*Para proteger el orden, el Estado crea diferentes normas jurídicas. Dentro de ellas las de contenido penal buscan proteger ciertos elementos de la sociedad como los bienes materiales e inmateriales de las personas y del Estado. Conforme a la estructura normativa colombiana, esos bienes materiales e inmateriales son llamados bienes jurídicos*<sup>17</sup>”.

Pese a que ya se cuenta con una definición clara de *bien jurídico* no cualquier conducta puede ser denominada por el legislador como tal, dado que éste tiene su límite en la misma Constitución, toda vez que dicho bien jurídico es el fundamento y límite del derecho punitivo del Estado, garantizando los derechos y libertades reconocidos en la Carta Política dentro de un contexto

---

<sup>16</sup> Enrique Gimbernat Ordeig. La teoría del bien jurídico ¿fundamento o legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?. 2016

<sup>17</sup> Penilla Alejandro. El bien jurídico en el derecho penal económico (2018). Bogotá, Colombia: B de F.

político-social; limitando al legislador a escoger sólo aquellos comportamientos con potencialidad de dañar o poner en riesgo los bienes jurídicos tutelados.<sup>18</sup>

Es entonces cuando entra en juego la potestad y la capacidad del legislador de establecer normas que, pueden ir en contravía o en franca vulneración de otros derechos de igual rango constitucional; tal es el caso del establecimiento de normas en materia de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo que transgreden los derechos individuales al buen nombre, a la vida en condiciones dignas, al trabajo, al libre desarrollo de empresa, entre otros.

Respecto a la pugna entre derechos y establecimiento de bienes jurídicos, la Corte Constitucional se ha pronunciado indicando que dicha competencia, si bien es amplia, está limitada por los principios de racionalidad y proporcionalidad y encuentran adicional sustento en el hecho de que en este campo están en juego no solamente importantes valores sociales como la represión y prevención del delito, sino también derechos fundamentales de las personas como el derecho a la libertad y al debido proceso.<sup>19</sup>

Teniendo en cuenta lo definido por la Corte Constitucional en su pronunciamiento, no se observa la rigurosidad con la cual el legislador estableció excepciones a la norma de protección de datos personales de forma genérica, sin un análisis detallado de las situaciones que denotan la permanencia en listas o bases de datos de un individuo, y la consecuente vulneración de sus derechos constitucionales individuales que, tal como se acaba de evidenciar, deben ser sujetos de protección y son bienes jurídicos tutelados por encontrarse dentro del marco constitucional.

Así mismo, no se observa la adherencia a las advertencias de la Corte respecto al establecimiento de la utilidad y necesidad de permanencia del dato negativo ni se encuentra

---

<sup>18</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Sentencia del 19 de octubre de 2016, M.P. Julio Socha Salamanca, Rad. 19.499.

<sup>19</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-365 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

coherencia con los múltiples pronunciamientos a nivel internacional sobre el *derecho al olvido* que buscan poner límites o controles estrictos a la publicidad de datos negativos que vulneren los derechos constitucionales de los individuos.

En este sentido, Roxin establece una definición de bien jurídico que nos lleva a un análisis de las normas que se confrontan en el presente trabajo de investigación donde, encontramos la protección de bienes jurídicos individuales y la protección de derechos colectivos de carácter socio económicos; “por bienes jurídicos han de entenderse todas las circunstancias y finalidades que son necesarias para el libre desarrollo del individuo, la realización de sus derechos fundamentales y el funcionamiento de un sistema edificado sobre esa finalidad.<sup>20</sup>”

Si tomamos en cuenta la definición de bien jurídico de Roxin y los límites constitucionales que se imponen al legislador al momento de establecer los bienes jurídicos tutelados, encontraríamos que resulta de especial protección y de igual nivel de importancia para el derecho colombiano los dos tipos de derechos antes mencionados, esto es, los derechos individuales y los colectivos sin que exista una distinción sobre la relevancia de alguno de éstos en una escala de importancia normativa.

Con base en lo anterior es prudente preguntarse ¿existe una norma diferente a la Constitución que establezca la primacía de un derecho respecto de otro aun cuando esto atente contra los principios constitucionales establecidos?

Es menester analizar la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales, colectivos o universales que se ha desarrollado desde la segunda mitad del siglo XX, en la noción de estado social y democrático.

---

<sup>20</sup> Claus Roxin. Derecho Penal parte general, traducción de la segunda edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña. 1994

Para entender este nuevo tipo de derechos se debe observar así mismo la variación que ha surtido el concepto de bien jurídico, que ha pasado de ser aquel que efectuaba una función de garantía para los sujetos, a cumplir además con la función de proteger las relaciones sociales esenciales para la subsistencia de un sistema democrático, incluyendo la protección de derechos colectivos como el medio ambiente, la estabilidad de la economía interna, las condiciones de la alimentación y el derecho al trabajo en determinadas condiciones de seguridad social y material, todos los que representen *intereses difusos*.

Frente a la diferencia existente entre los bienes jurídicos individuales y los colectivos encontramos que, ésta radica en que el objeto de protección del derecho penal en un caso es de intereses colectivos y en el otro de intereses individuales, en el sentido que los bienes jurídicos colectivos tienen un carácter universal y establecen relaciones sociales básicas que configuran el orden social y el funcionamiento de la sociedad dentro de su quehacer cotidiano; al contrario, los bienes jurídicos individuales tienen intereses puntuales y de carácter estrictamente personal, aunque puedan ser varios los afectados.<sup>21</sup>

Aunque es imposible desligarse o perder de vista la importancia de los derechos colectivos, estos no pueden ser una imposición aislada y desligada de los derechos ya preestablecidos y protegidos por la legislación, no solo penal sino constitucionalmente; en este sentido Estrada López comenta: “*Los derechos de tercera generación para que en realidad garanticen una concordancia con los derechos fundamentales del hombre, deben derivar de ellos y no emanar como algo nuevo derivado de las circunstancias actuales, que es como la mayor parte de la doctrina los concibe, o, al menos, justifica o explica.*”<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> Prado Prado Gabriela. Durán Migliardi Mario. Sobre la evolución de la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales. Precisiones y limitaciones previas para una propuesta de protección penal del orden público económico en Chile. 2017

<sup>22</sup> Estrada López Elías. Los derechos de tercera generación. Colaboración Externa. Pódium notarial número 34. 2006

Se deja entonces en evidencia el carácter complementario de los bienes jurídicos colectivos frente a los individuales, por lo cual los primeros deben ser definidos a partir de una relación social basada en las necesidades de cada uno de los miembros de la sociedad o de un colectivo.<sup>23</sup>

Se concluye que, el desenvolvimiento de la sociedad y la trascendencia que en el nuevo ordenamiento jurídico deben tener los derechos colectivos, de índole económico social y ambiental entre otros, dan lugar a la protección de los derechos de tercera generación, regidos por el derecho penal económico, que, pese a tratar nuevos bienes jurídicos antes no protegidos de manera específica, tienen su raíz en el derecho penal y por ende se rige por sus mismos lineamientos, sin perder de vista el fin último de la protección de estos, el cual es la salvaguarda de los derechos constitucionales que en primera instancia tienen como destinatario al individuo en su aspecto integral.

No es viable entonces establecer una serie de bienes jurídicos o protección a estos que de forma genérica y sin un análisis constitucional ponga en riesgo los derechos individuales, excusando dichas actuaciones, en la protección de intereses colectivos que bien pueden ser protegidos con la utilización de mecanismos más expeditos, tecnologías, herramientas o normas, que no vulneren la razón de ser de nuestro ordenamiento constitucional y legal que es la protección integral de la persona.

## **5. Ponderación de la Función Social de la Empresa versus el Derecho a la Seguridad del Estado**

---

<sup>23</sup> Juan Manuel Bustos Ramírez. Los bienes jurídicos colectivos (repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el Código penal de 1932). 1986. P.159

Al analizar previamente los bienes jurídicos colectivos se evidencia que la utilidad de la norma debe propugnar la mayor protección de bienes jurídicos con la menor restricción de derechos individuales posibles. La principal función de la norma es la limitación del poder punitivo del Estado y la protección de bienes jurídicos que gozan de tutela penal. La norma penal limita de forma simultánea la libertad de las personas y el poder del Estado, buscando el equilibrio entre la protección de intereses fundamentales de la sociedad y el máximo de libertad de los ciudadanos.<sup>24</sup>

La filosofía utilitarista del derecho penal igualmente manifiesta la necesidad de restringir el poder punitivo del Estado mediante la selección de bienes jurídicos que merecen ser tutelados (interés que merece protección penal) y la consecuencia de la norma con relación a la conducta prohibida (reducción de la libertad de las personas).<sup>25</sup>

En Colombia existe una regulación penal en materia de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo, cuya función es la protección de bienes jurídicos colectivos, sobre los cuales no existe discusión, por tanto, la discusión no está dada en el establecimiento de una pena o medida sobre estos delitos sino en las medidas adicionales que son tomadas por el Estado para garantizar el castigo y las medidas coercitivas que se toman en torno a la disuasión sobre la comisión de los delitos.

Lo anterior implica que, además de la pena principal, la inclusión en listas restrictivas, vinculantes y bases de datos de las personas naturales que están siendo investigadas por estos delitos (y sin que las medidas adicionales se encuentren descritas dentro del tipo penal), resulta convertirse en otro tipo de medida coercitiva pese a no estar establecida como pena accesoria, sin

---

<sup>24</sup> Gomes Mariangela Gama de Magalhaes. O principio da proporcionalidade no direito penal. Sao Paulo: Revista dos Tribunais. 2003

<sup>25</sup> Orsini Martinelli Joao Paolo. Una lectura utilitarista del derecho penal mínimo. Traducción de José Ángel Brandariz García, ECRIM, Universidad de la Coruña. Artículo originado en la investigación predoctoral realizada en la University Of California, David. 2009

tener en cuenta que la pena prescribe o se extingue, pero los reportes negativos relativos a los delitos desde el derecho administrativo sancionador no están siguiendo la misma suerte.

Existen, en el caso de análisis dos bienes jurídicos tutelados constitucionalmente que se contraponen en su regulación, los de carácter individual (derecho al buen nombre, a la vida en condiciones dignas, al trabajo, entre otros); y el derecho de la persona natural comerciante al libre desarrollo de empresa, y los de carácter colectivo (derechos económicos y sociales y la seguridad del Estado), lo anterior toda vez que, el legislador, en aras de la protección de los derechos de carácter económico y social han excluido del alcance de la ley de protección de datos personales, aquellos datos relativos a la comisión de éstos delitos y que se encuentran contenidos en listas restrictivas, vinculantes y bases de datos de carácter público y privado.

Esto ocasiona una imposibilidad para las personas naturales comerciantes de desarrollar libremente su empresa y contratar en igualdad de condiciones a otros individuos, tanto con entidades públicas como privadas, ante la obligatoriedad de reportar dichas operaciones a la Unidad de Información y Análisis Financiero - UIAF o la prohibición para contratar que, en virtud de dichas restricciones se autoimponen las empresas.

Sería necesario para establecer la prevalencia de derechos, analizar cuál de ellos posee un mayor peso, sin embargo, previamente a esto, es necesario estudiar la diferencia existente entre una regla y un principio. La regla posee en su estructura lógica (i) un supuesto de hecho (SH) y (ii) una consecuencia jurídica (CJ), mientras que el principio cuenta en su estructura lógica con (i) ausencia de supuesto de hecho en el sentido tradicional, razón por la cual no establecen las condiciones para su aplicación y (ii) no imponen una consecuencia jurídica puntual.<sup>26</sup> Por tanto, la diferencia entre

---

<sup>26</sup> Peláez Mejía José María. Las diferencias conceptuales y prácticas entre el “balanceo” de Ronald Dworkin y la “ponderación” de Robert Alexy. *Ius et Praxis*. Vol. 25 Núm. 3 (2019)

reglas y principios es cualitativa y no de grado y por ende toda norma es o bien una regla o un principio<sup>27</sup>.

Una vez establecida dicha diferencia, podríamos hablar del contenido de los principios que regulan los derechos de carácter colectivo de forma general -como un conjunto de normas-, no con esto desconociendo el carácter legal que poseen los derechos individuales en discusión, pero interpretando que: en el caso de los derechos en discusión, el legislador le ha dado un mayor peso al conjunto de normas de carácter colectivo, restándole importancia a los derechos individuales como el de la persona natural comerciante, que puede también generar un interés colectivo por la función social de éste, equiparable con la función social de empresa.

En el caso que nos ocupa se podría pensar que los principios en los que se basan los derechos individuales ampliamente discutidos cederían ante una política urgente, esto es, aquella que ataca el actual flagelo del lavado de activos a nivel mundial, sin embargo, no podemos perder de vista que la base de la sociedad la constituye el individuo y como tal, sus derechos deberían ser prevalentes en el entendido que sin éstos no existiría ni la sociedad ni los derechos de carácter colectivos. Así pues, tenemos que *“los derechos individuales son principios cuyo peso previamente definido no puede ser alterado arbitrariamente por la perspectiva particularista del juez en cada caso concreto”*<sup>28</sup>.

### **5.1. Principio de Armonización Concreta**

La Corte Constitucional ha manifestado la necesidad de armonizar las normas que tienen igual jerarquía, expresando que si bien la vida en sociedad impone la limitación de derechos y bienes

---

<sup>27</sup> Dworkin Ronald. Los derechos en serio. Traducción de Marta Guastavino. Barcelona Ariel. 2012

<sup>28</sup> Peláez Mejía José María. Las diferencias conceptuales y prácticas entre el “balanceo” de Ronald Dworkin y la “ponderación” de Robert Alexy. Ius et Praxis. Vol. 25 Núm. 3 (2019)



colectivos con el objeto de garantizar la coexistencia de intereses individuales y colectivos contrapuestos, para esto, el ordenamiento jurídico debe facilitar la coordinación de dichos intereses mediante la solución pacífica de las controversias. Las colisiones de normas de igual jerarquía constitucional deben solucionarse logrando la óptima eficacia de las mismas. El principio de la unidad constitucional exige la interpretación de la Constitución como un todo armónico y coherente, al cual se opone la interpretación aislada o contradictoria de las disposiciones que la integran.

El principio de armonización concreta impide la efectividad de un derecho a expensas de la restricción de otro de igual jerarquía. De conformidad con este principio el intérprete debe resolver las colisiones entre bienes jurídicos de forma tal que se maximice la efectividad de cada derecho sin acudir a una ponderación superficial o prelación abstracta.<sup>29</sup>

Teniendo en cuenta lo manifestado por la Corte Constitucional no resulta clara para el caso objeto de análisis, la forma como el legislador ponderó los bienes jurídicos dando prevalencia a las normas relativas a la coerción de los delitos de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo a través de la imposición de cargas diferentes a las penas aplicables.

### ***5.2. El principio y test de proporcionalidad***

A partir de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 y la creación de la Corte Constitucional se empezó a hablar del nuevo modelo constitucional colombiano, denominado *neoconstitucionalismo*, a través del cual se ha dado uso a nuevos modelos de control y test, mucho más acorde al estado social de derecho.

---

<sup>29</sup> Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. (26 de septiembre de 1995). Sentencia T-72178 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz)

Dentro de estas nuevas herramientas se encuentra el uso del test de proporcionalidad para el ejercicio del control constitucional (abstracto y concreto) en todas las ramas del derecho.

Dicho test ha sido definido como la herramienta argumentativa a través de la cual (...) *lo que se va a analizar es su utilidad (su idoneidad para alcanzar el fin pretendido), su necesidad (en ausencia de otra alternativa igualmente eficaz y menos problemática) y, por fin su proporcionalidad, atendido su grado de injerencia en un ámbito protegido (...)*<sup>30</sup>. La descripción que nos brinda la tratadista nos permite dejar claros los puntos relevantes que se deben tener en cuenta al momento de evaluar o ponderar las normas en discusión.

La misma Corte Constitucional ha definido en varias ocasiones el principio de proporcionalidad, de donde se extrae el test: *“que la razón jurídica de este (...) no es otra que la necesidad de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. El principio de proporcionalidad rige todas las actuaciones de la administración pública y de los actos de los particulares.*<sup>31</sup>”. En este concepto la Corte nos muestra la relevancia que en su criterio tiene este principio para regular el poder público y la posible subjetividad que pueda surgir del análisis de las normas en contradicción.

En el año 2000 La Corte Constitucional nuevamente aborda el principio de proporcionalidad y lo relaciona directamente con la dignidad humana, al respecto sostuvo que: *Este principio de proporcionalidad parte de la tesis de que en un Estado social de derecho no se exige al individuo someterse de antemano y sin más al ente colectivo del que forma parte; frente a los legítimos intereses de la sociedad en conjunto, también son legítimos los intereses individuales y el principio*

---

<sup>30</sup> Roca Trías Encarnación. Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española. Reunión de Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España. Roma. 2013

<sup>31</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-425 de 1995. MP Eduardo Cifuentes Muñoz

*de proporcionalidad plantea el respeto por todos ellos, pues en caso de conflicto, la decisión no puede ser la automática preferencia por el interés social; en cambio, unos y otros intereses deberán ser ponderados y, en la medida de lo posible, preservados (...)*<sup>32</sup>. La posición de la Alta Corte en esta sentencia es clara muestra de la importancia de valorar cada norma no solo de forma individual sino holísticamente, en el sentido de la trascendencia que ésta tiene, no solamente en la salvaguarda de intereses colectivos sino el impacto en los derechos individuales y el equilibrio que debe existir entre unos y otros.

En el análisis de un caso concreto de valoración de la relevancia de un principio sobre otro se deberá tener presente el denominado test o máxima de proporcionalidad que consta de tres reglas: (i) el examen de idoneidad, conocido como adecuación, donde se revisa que toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo<sup>33</sup> y en ella se deben valorar dos exigencias: a) que la medida tenga un fin constitucionalmente legítimo y b) que la medida sea idónea para obtener el fin constitucional buscado; (ii) el de necesidad, toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto<sup>34</sup> y (iii) la proporcionalidad en estricto sentido o ponderación jurídica. Mientras los pasos (i) y (ii) constituyen el análisis de las posibilidades fácticas de optimización del principio, la regla (iii) controla las posibilidades jurídicas de optimización entre principios. Si alguno de estos sub-principios no es sorteado, el acto que interfiere el derecho fundamental no satisface el test.<sup>35</sup>

---

<sup>32</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-417 de 2000. MP Carlos Gaviria Díaz

<sup>33</sup> Bernal Pulido Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Estudios Constitucionales. P. 689

<sup>34</sup> Bernal Pulido Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Estudios Constitucionales. P. 737

<sup>35</sup> Melis Valencia, Christian (2009): *Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales* (Santiago, Legal Publishing )

La regla fundamental de la ley de la ponderación es la proporcionalidad en estricto sentido, esto es, ponderar el grado de intensidad con que un principio (v.gr. libre desarrollo de empresa) es perjudicado por el acto estatal examinado por el test de proporcionalidad (v. gr. exclusión del alcance de la ley de protección de datos, de los relacionados con delitos de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo), con el fin buscado con la regulación (v. gr. Seguridad del Estado). La intervención puede ser leve, moderada o seria y lo mismo ocurre con la satisfacción del principio que puede ser indiferente, importante o muy importante.

La Corte Constitucional se ha referido a los niveles de intensidad del test, expresando: (...) *La otra tendencia, con raíces en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, se funda en la existencia de distintos niveles de intensidad en los “escrutinios” o “test” de igualdad (estrictos, intermedios y suaves). Así, cuando el test es estricto, el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso, mientras que si el test es flexible o de mera razonabilidad, basta con que la medida sea potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento.*<sup>36</sup>

Este ejercicio ponderativo tiene tres pasos: (i) determinar el peso del derecho fundamental afectado por el acto regulatorio y discernir el peso o grado de importancia del principio que se busca favorecer, (ii) comparar ambos para establecer si la relevancia de uno justifica la restricción de otro y (iii) el acto estatal sometido al test será constitucionalmente legítimo cuando el beneficio que trae para los derechos fundamentales o bienes constitucionales que se busca alcanzar, es superior al costo que dicha regulación significa para el derecho fundamental perjudicado.<sup>37</sup>”

---

<sup>36</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-093 de 2001

<sup>37</sup> Covarrubias Cuevas Ignacio. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán: más allá de Alexy. Revista Scielo. 2018

El test de razonabilidad o proporcionalidad también ha sido aplicado por la Corte Suprema de Justicia para el análisis de confrontación de normas o decisiones, sobre su aplicación: *En el caso concreto del principio de igualdad, el concepto de proporcionalidad significa, por tanto, que un trato desigual no vulnera ese principio sólo si se demuestra que es (1) adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido; (2) necesario, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y (3) proporcionado, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios (dentro de los cuales se encuentra el principio de igualdad) que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato.<sup>38</sup>* Podemos inferir entonces que, el uso del referido test, resulta aplicable a cualquier área del derecho de presente una confrontación eminentemente constitucional como el caso que nos ocupa y es de imperiosa necesidad la aplicación del mismo, así como también de los lineamientos que en su desarrollo han realizado las Altas Cortes, para evitar generar detrimento y desigualdad en los derechos de los individuos.

## **6. Conclusiones**

Los antecedentes penales son uno de los ejemplos más claros de un dato negativo y, su publicidad de forma indiscriminada en las bases de datos tanto públicas como privadas, sin tener en cuenta la relevancia, vigencia y consecuencias que para el titular del dato puede ocasionar dicha publicidad; redundando en violación a los principios constitucionales, independiente de si manejo actualmente no se encuentra plenamente regulada por la prelación que el Estado le ha dado a los derechos colectivos sobre los individuales, en lo relativo a los delitos de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo.

---

<sup>38</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal – Sala de Decisiones de Tutela. Sentencia STP13470-2017

El *derecho al olvido* no se encuentra regulado en Colombia, más allá de sus recientes menciones de tipo jurisprudencial, sin embargo, a nivel internacional existen precedentes que denotan la importancia de su desarrollo, en especial cuando hablamos de la posible supresión de datos relativos a los antecedentes penales de los individuos en los casos en los que el proceso se encuentre en curso o la pena se encuentre extinta o prescrita, lo anterior por cuanto debe ser una garantía legal la posibilidad de suprimir aquellos datos que impidan la correcta resocialización del individuo y el ejercicio de sus derechos fundamentales.

Si bien Colombia debe honrar los compromisos adquiridos a través de los tratados internacionales, esto no implica el desconocimiento de derechos que vía constitucional fueron adquiridos por los ciudadanos y de los cuales no se puede desprender por el establecimiento de normas de carácter inferior (legal) que los modifican, limitan o impiden su pleno desarrollo, con el pretexto de darle prevalencia a los derechos colectivos, tales como los derechos económicos, sociales y de seguridad del Estado.

Los derechos individuales al buen nombre, al trabajo, a la vida en condiciones dignas, a la igualdad, entre otros; así como también el derecho de la persona natural comerciante al libre desarrollo de empresa, son bienes jurídicos tutelados que, pese a inicialmente identificarse como individuales, tienen un impacto general, justamente por la función social que cumple la empresa frente al individuo y sus derechos y no pueden considerarse como derechos de valor inferior a los derechos colectivos o supraindividuales.

Si bien es entendible, la razón por la cual el Legislador da mayor prelación al establecimiento de normas que regulen o coarten las conductas relativas al Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo, basados no solo en la adopción de una “*política urgente*” sino también en el cumplimiento de compromisos adquiridos a través de tratados internacionales. No es claro el

motivo por el cual no se adoptaron medidas que no solo garantizaran la efectividad de la norma penal sino también la protección de los derechos individuales en el marco de la resocialización de las personas naturales que cometieron los delitos previamente mencionados.

Se puede evidenciar que, frente a la ponderación de bienes jurídicos, tanto los derechos individuales al trabajo, a la vida en condiciones dignas y al buen nombre, como el mencionado *derecho al olvido*, frente a las medidas tomadas como coacción frente a los delitos de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo, el Legislador no les dio igual nivel de relevancia, dejando desprovistas de herramientas legales a las personas que, pese a la comisión de los mencionados delitos, deciden reincorporarse a la sociedad a través de la realización de actividades comerciales.

Se hace necesario que, el Estado colombiano revista de igual importancia los derechos y bienes jurídicos mencionados, no restándole importancia a la lucha contra los citados delitos, sino estableciendo especiales condiciones para garantizar los derechos individuales, tales como la limitación de consulta a bases de datos como la de la Rama Judicial, en la que se incluyan delitos en etapa de investigación o juzgamiento y delitos prescritos o extintos; la realización de desarrollos tecnológicos que restrinja el acceso a estos expedientes y antecedentes solamente a personas o entidades que, en virtud de temas de inteligencia y contrainteligencia requieran su conocimiento y; atendiendo con prontitud y efectividad las solicitudes de los ciudadanos que hagan uso del *derecho al olvido*, cuando se cumplan las condiciones para acceder a estas peticiones.

Es indispensable que se realice una confrontación normativa, a través del test de proporcionalidad para determinar el impacto y las posibles soluciones que, respecto a la vulneración de los derechos de la persona natural comerciante se puedan ejercer, con el ánimo de equiparar y balancear tanto los derechos individuales como colectivos sin que con esto se busque, en ningún caso, arrebatarle al Estado las herramientas necesarias para vencer el flagelo del Lavado

de Activos y Financiación del Terrorismo en el país y cumplir con las obligaciones adquiridas a través de tratados internacionales.



## Referencias

- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales). 1993
- Bernal Pulido Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Estudios Constitucionales. Universidad Externado de Colombia. Cuarta Edición. 2014
- Bustos Ramírez Juan Manuel. Los bienes jurídicos colectivos (repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el Código penal de 1932). 1986. P.159
- Calle Sol Beatriz. Apuntes jurídicos sobre la protección de datos personales a la luz de la actual norma de habeas data en Colombia Precedente. Revista Precedente. 2009. Recuperado de <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1405919313712903>
- Covarrubias Cuevas Ignacio. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán: más allá de Alexy. Revista Scielo. 2018. Recuperado de [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122018000300477#fn19](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122018000300477#fn19)
- Congreso de Colombia (29 de diciembre de 2006). Artículo 20. Por la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones (Ley 1121 de 2006). DO: 46.497
- Congreso de Colombia. (17 de octubre de 2012). Artículo 1. Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales. (Ley 1581 de 2012). DO: 48.587
- Corte Constitucional. Sala primera de revisión. (16 de junio de 1992). Sentencia T-414 de 1992 expediente T-534 (MP Ciro Angarita Barón)

- Corte Constitucional. Sala primera de revisión (1993). Sentencia T-022 de 1993 expediente T4452 (MP Ciro Angarita Barón)
- Corte Constitucional. Sala plena (01 de marzo de 1995). Sentencia SU-089 de 1995 expediente T-41.500 (MP Jorge Arango Mejía)
- Corte Constitucional. Sala tercera de revisión (26 de septiembre de 1995). Sentencia T-425 de 1995 expediente T-72178. (MP Eduardo Cifuentes Muñoz)
- Corte Constitucional. Sala cuarta de revisión (11 de abril de 2000) Sentencia T-417 de 2000 expediente T-281.450. (MP Carlos Gaviria Díaz)
- Corte Constitucional. Sala séptima de revisión. (05 de septiembre de 2002). Sentencia T-729 de 2002 (MP Eduardo Montealegre Lynett)
- Corte Constitucional. Sala plena. (16 de mayo de 2012). Sentencia C-365 de 2012 expediente D-8798 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub)
- Corte Constitucional, Sala Plena. (21 de junio de 2012). Sentencia SU458/2012. Expediente T-2.651.508 (MP Adriana María Guillén Arango)
- Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. (26 de septiembre de 1995). Sentencia T-72178 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz)
- Corte Constitucional. Sala plena (31 de enero de 2001). Sentencia C-093 de 2001 expediente D-3067. (MP Alejandro Martínez Caballero)
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (19 de octubre de 2016) Sentencia Rad. 19.499 (MP Julio Socha Salamanca)
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal – Sala de Decisiones de Tutela. (29 de agosto de 2017). Sentencia STP13470-2017 (MP José Fernando Acuña Vizcaya)

De Terwangne Cécile. Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido. Revista de Internet, Derecho y Política. Núm. 13. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3865408>

Dworkin Ronald. Los derechos en serio. Traducción de Marta Guastavino. Barcelona Ariel. 2012

Estrada López Elías. Los derechos de tercera generación. Colaboración Externa. Pódium notarial número 34. Colegio de notarios de Jalisco. 2006. P.249-257

Exposición de motivos. Proyecto de Ley 046 de 2010 Cámara de Representantes. P 14 a 16

Gomes Mariangela Gama de Magalhaes. O principio da proporcionalidade no direito penal. Sao Paulo: Revista dos Tribunais. 2003

Guichot Emilio. La publicidad de datos personales en internet por parte de administraciones públicas y el derecho al olvido. Revista española de derecho administrativo. Núm. 154. 2012. p.129. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3974260>

Gimbernat Ordeig Enrique. La teoría del bien jurídico ¿fundamento o legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?. Edición española a cargo de Rafael Alcácer Guirao, María Martín Lorenzo e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. 2016. Recuperado de <https://www.marcialpons.es/media/pdf/9788491230694.pdf>

Leturia I. Francisco (2016). Fundamentos jurídicos del derecho al olvido. ¿Un nuevo derecho de origen europeo o una respuesta típica ante colisiones entre ciertos fundamentos? Revista chilena de derecho vol. 43 núm. 1. Recuperado de [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-34372016000100005#:~:text=El%20derecho%20al%20olvido%20ser%20C3%ADa,de%20un%20juicio%20justo%2C%20entre](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372016000100005#:~:text=El%20derecho%20al%20olvido%20ser%20C3%ADa,de%20un%20juicio%20justo%2C%20entre)

Lozano, V. A (2008). SARLAFT práctico: Guía para la gestión del riesgo de lavado de activos y financiación del terrorismo. Bogotá. Lozano Villa Asociados

Manrique Gómez Valentina. El derecho al olvido: Análisis comparativo de las fuentes internacionales con la regulación colombiana. Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías No. 14. 2015. Recuperado de <file:///C:/Users/anam7/Downloads/Dialnet-EIDerechoAlOlvidoAnalisisComparativoDeLasFuentesIn-7496887.pdf>

Melis Valencia, Christian. Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales (Santiago, Legal Publishing). 2009. Recuperado de [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122018000300477#fn14](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122018000300477#fn14)

Méndez Pablo Martín. La función social de la empresa en el ordoliberalismo y la economía social de mercado. Aportes para una conceptualización del neoliberalismo. Economía y Política 7(I), 63-93. Recuperado de [https://www.researchgate.net/profile/Pablo\\_Mendez9/publication/344503281\\_La\\_funcion\\_social\\_de\\_la\\_empresa\\_en\\_el\\_ordoliberalismo\\_y\\_la\\_economia\\_social\\_de\\_mercado\\_Aportes\\_para\\_una\\_conceptualizacion\\_del\\_neoliberalismo/links/5f7cfad992851c14bcb36dcd/La-funcion-social-de-la-empresa-en-el-ordoliberalismo-y-la-economia-social-de-mercado-Aportes-para-una-conceptualizacion-del-neoliberalismo.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Pablo_Mendez9/publication/344503281_La_funcion_social_de_la_empresa_en_el_ordoliberalismo_y_la_economia_social_de_mercado_Aportes_para_una_conceptualizacion_del_neoliberalismo/links/5f7cfad992851c14bcb36dcd/La-funcion-social-de-la-empresa-en-el-ordoliberalismo-y-la-economia-social-de-mercado-Aportes-para-una-conceptualizacion-del-neoliberalismo.pdf)

Mieres Mieres Luis Gabriel. Documento de trabajo 186. El derecho al olvido digital. Fundación alternativas. 2009. Recuperado de [https://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio\\_documentos\\_archivos/e0d97e985163d78a27d6d7c23366767a.pdf](https://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio_documentos_archivos/e0d97e985163d78a27d6d7c23366767a.pdf)

Mora Restrepo Gabriel. D.I.H. y bloque de constitucionalidad. Dissertum, Revista de los estudiantes de la facultad de derecho de la universidad de la Sabana #4, Chía, 2000. pág 12 a 17. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/820/82003112.pdf>

Orsini Martinelli Joao Paolo. Una lectura utilitarista del derecho penal mínimo. Traducción de José Ángel Brandariz García, ECRIM, Universidad de la Coruña. Artículo originado en la investigación predoctoral realizada en la University Of California, David. 2009. Recuperado de [https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/12528/AD\\_17\\_2013\\_art\\_25.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/12528/AD_17_2013_art_25.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Peláez Mejía José María. Las diferencias conceptuales y prácticas entre el “balanceo” de Ronald Dworkin y la “ponderación” de Robert Alexy. Ius et Praxis. Vol. 25 Núm. 3 (2019)

Penilla Alejandro. El bien jurídico en el derecho penal económico (2018). Bogotá, Colombia: B de F.

Prado Prado Gabriela. Durán Migliardiv Mario. Sobre la evolución de la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales. Precisiones y limitaciones previas para una propuesta de protección penal del orden público económico en Chile. Revista de derecho Coquimbo. 2017. Recuperado de [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_abstract&pid=S0718-97532017000100263&lng=es&nrm=iso](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-97532017000100263&lng=es&nrm=iso)

Roca Trías Encarnación. Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española. Reunión de Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España. Roma. 2013. Recuperado de <https://repository.unilivre.edu.co/bitstream/handle/10901/15539/MONOGRAFIA%20EN%20TREGADA%20ANGELICA%20ARMENTA%20ARIZA%20TEST%20DE%20PROPO>

RCIONALDAD%20SU%20APLICACION%20EN%20LA%20JURISPRUD.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Roxin Claus. Derecho Penal parte general, traducción de la segunda edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña. 1994. Recuperado de [https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/03/derecho\\_penal\\_-\\_parte\\_general\\_-\\_claus\\_roxin-LP.pdf](https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/03/derecho_penal_-_parte_general_-_claus_roxin-LP.pdf)

Uprimny Rodrigo. Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal. Recuperado de [https://cdn.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi\\_name\\_recurso\\_47.pdf](https://cdn.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_47.pdf)