



UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Sede: Centro

Carrera de ABOGACIA

TRABAJO FINAL

LA NECESIDAD DE REGULAR EL CERTIFICADO DE ANTECEDENTES PENALES: ¿EXISTE LA REINSERCIÓN LABORAL, DESPUES DEL ENCIERRO?

Tutor: Dr. Hernan S. Archelli

Alumna: Sofia Nahir Alliot

Título al que aspira: Abogada

Fecha de presentación: octubre de 2020

SOLICITUD DE TUTORIA PARA TRABAJO FINAL

Tigre, 03 de Setiembre de 2019

Estimado Dr. Hernán Archelli:

Por medio de la presente, es mi deseo solicitar su tutoría para la confección de mi trabajo final.

El tema será, LA NECESIDAD DE REGULAR LOS CERTIFICADOS DE ANTECEDENTES PENALES. **“¿EXISTE LA REINSERCIÓN LABORAL DESPUES DEL ENCIERRO?”**

Desde ya muchas gracias, saluda a usted Atte.



Sofia Nahir Alliot

RESPUESTA SOLICITUD DE TUTORIA PARA TRABAJO FINAL

Tigre, 10 de Setiembre de 2019

Estimada alumna Alliot Sofia:

Por medio de la presente, le hago saber que acepto la tutoría para la confección de su trabajo final.

Saluda a usted Atte.



Hernán S. Archelli

NOTA DE RESERVA DEL TEMA

RE: Prorroga y tesis

De: Miceli, Marilina <Marilina.Miceli@UAI.edu.ar>

Para: sofia alliot <sofiaalliot@hotmail.com>

CC: Cespedes, Viviana Elisabet <Viviana.Cespedes@UAI.edu.ar>

Tema reservado, próxima presentación 13 de octubre. [...] . Atte.

De: sofia alliot <sofiaalliot@hotmail.com>

Enviado el: viernes, 26 de junio de 2020 1:51 p. m.

Para: Miceli, Marilina <Marilina.Miceli@UAI.edu.ar>

Asunto: Prorroga y tesis

Marilia,

Buenas tardes,

[...] te adjunto una explicación de mi tesis y también el índice, si bien ya estoy a punto de finalizar el trabajo con el Profesor Hernán Archelli me comentan que tengo que enviarte estas dos cosas.

El trabajo trata puntualmente sobre los Certificados de Antecedentes Penales, lo que obviamente desde mi perspectiva, complica para aquella persona que cumplió una pena privativa de la libertad, la reinserción en la sociedad. Mi planteo no es eliminarlo porque cumple una función clave en el sistema judicial pero si reglamentar y/o limitar el acceso al mismo, ya que hoy en día es una costumbre muy arraigada sobre todo en sistema de empleo el requerimiento del mismo, no resultando este el cometido del CAP, El trabajo plasma esta situación, claro está que es un grano de arena dentro de un mar ya que en mi opinión habría que modificar MUCHAS cosas para que el “delincuente” se reinserte y re eduque como debiera ser.

Sin más, te saludo

Sofia Alliot

*«Si comenzase de nuevo mis estudios,
seguiría el consejo de Platón y
comenzaría con matemáticas.»¹*

¹ Galileo Galilei 1564-1642

DEDICATORIA

Dedico no solo este Trabajo Final de grado, sino también toda mi carrera académica en la Facultad de Derecho y Cs. Políticas, a mi amado y entrañable abuelo Arcadio Aníbal Urrutia “Pupy”, ser humano magnífico, glorioso y único, que hasta su último respiro tenía una única preocupación, que su nieta Sofía “Mamichongui” tuviese un título universitario.

¡ABUELO LO LOGRE!,
mis logros, son tus méritos.

AGRADECIMIENTOS

La ayuda que me ha brindado la misma Mujer Maravilla, aquella cuyo nombre es Sandra Miriam Urrutia, fue sumamente importante, estuvo a mi lado siempre, incluso en los momentos y situaciones más tormentosas, permanentemente ayudándome. No fue sencillo culminar con éxito este proyecto de abogada, sin embargo, fuiste muy motivadora y esperanzadora, me decías que lo lograría, me obligaste a lograrlo, me ayudaste hasta donde te era posible, incluso más que eso, por todo eso GRACIAS MAMÁ.

A la persona que nació para dispensar como así también complementar mi vida, le agradezco por cada paso que doy en la vida de su mano, siendo mi objetivo principal marcarle el camino, GRACIAS HERMANA SOL.

Quiero hacer extensivos mis agradecimientos a todos los profesores que a lo largo de los años fueron sembrando el conocimiento en mí, particularmente a tres de ellos, Liliana C. Crisafi, honorifica maestra de educación inicial, quien tengo la honra de tener como abuela, ella aún hoy en día, con amor me sigue enseñando a escribir, a Marta Madala, profesora de geografía del nivel secundario, quien tuvo la destreza de enseñarme a estudiar y al Dr. y honorable Juez Hernan S. Archelli, profesor de Derecho Penal, persona sin la cual seria imposible ser abogada, GRACIAS MAESTROS.

Agradezco a mi tía, la Dra. Adriana Alliot, mujer que supo mostrarme el derecho más importante, el derecho personalísimo a la vida, yo le jure defenderlo, de la mejor manera, vivir hasta el final de los tiempos, pero no sin antes cumplir la promesa de haber presentado la tesis, GRACIAS TIA.

Gracias Luciano R. Sacramone, por la tarea, más difícil, que tiene una persona, la de ser el motor diario, ser el alimento de mi alma y ser mi amor, sin todo ello, sería incapaz de emprender ningún camino, GRACIAS AMOR.

Por ultimo y no menos importante agradezco a Sol Maria Caporale y a Patricio Ignacio Mesa dos colegas con los cuales iniciamos, juntos y a la par esta experiencia de la ya mencionada profesión, tan hermosa que elegimos, la de hacer justicia.

¡GRACIAS A TODOS!

Resumen

La generalización sobre las personas que están siendo procesadas por un mismo prejuicio puede ser un ejercicio complejo sobre los procesos de reinserción laboral. Este efecto tiene lugar al propio prejuicio y sistemas de enjuiciamiento que adopta una comunidad sobre las personas que cumplido penas de prisión. Sin embargo, se instituye que las personas cambian y que los procesos penales tienen también trabajo dentro de los sistemas de rehabilitación social. Por lo que, muchas veces la divulgación de sus datos comprende un obstáculo para su reinserción social y se cuestiona si violenta el derecho a la privacidad.

Con esto se estima que las personas sentenciadas vueltas a disposición de la comunidad pueden volverse modelos ejemplares a partir de un régimen de lucubración. Estos tienen por principal misión no solamente velar por la no discriminación sino por generar una sociedad mucho más responsable entre sus pares.

Palabras claves: prisión – derecho a la privacidad – reinserción social.

Abstract

Generalization about people who are being prosecuted for the same prejudice can be a complex exercise on the processes of reintegration into the workplace. This effect takes place to the own prejudice and systems of judgment that a community adopts on the people who have served prison terms. However, it is instituted that people change and that criminal processes also have work within social rehabilitation systems. Therefore, often the disclosure of your data constitutes an obstacle to your social reintegration and questions whether it violates the right to privacy.

With this, it is estimated that sentenced persons made available to the community can become exemplary models based on a lucubration regime. Their main mission is not only to ensure non-discrimination but to generate a much more responsible society among their peers.

Keywords: prison - right to privacy - social reintegration.

Índice

Introducción	12
Capítulo 1: La reinserción social del delincuente	14
Introducción	14
1.1. Los fines de la Pena.....	14
1.1.1. Evolución histórica.....	19
1.1.2. El rol de la prisión.....	21
1.2. Principios constitucionales relativos a la sanción penal	24
1.2.1. Legalidad	24
1.2.2. <i>Pro homine</i>	26
1.2.3. proporcionalidad	27
1.2.4. Culpabilidad	27
1.2.5. Resocialización	28
1.3. Las Reglas Mandela	29
1.4. La resocialización y los derechos humanos fundamentales.....	38
1.5. La resocialización de los condenados en la normativa Argentina.	42
Capítulo 2: Los alcances del derecho a la intimidad y el derecho a la información	47
Introducción	47
2.1. Cuestiones generales en torno a los derechos a la información y a la intimidad ..	47
2.1.1. Derecho a la información: Concepto	48
2.1.2. Derecho a la privacidad: Concepto	52
2.2. El derecho a la intimidad	56
2.3. El derecho de acceso a la información.....	58
2.3.1. Los antecedentes penales como fuente de información	59
2.3.2. El registro de antecedentes penales.....	61

2.4. La colisión entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información.....	62
Capítulo 3: Los antecedentes penales en el derecho anglosajón: la primicia de la seguridad.....	64
Introducción	64
3.1. Los antecedentes penales en el derecho anglosajón: la primacía de la seguridad.....	65
3.2. La situación en Europa.....	69
3.2.1. España.	73
3.2.2. Holanda.....	75
3.3. La difícil reinserción laboral de las personas que cumplieron condena en Latinoamérica.	77
3.3.1. Colombia.	81
3.3.2. Ecuador.....	83
Capítulo 4: Los antecedentes penales y la discriminación laboral	87
Introducción	87
4.1. La discriminación laboral	87
4.2. La inconstitucionalidad de la solicitud de los antecedentes penales.....	92
4.2.1. La normativa nacional	96
4.3. La vulneración del principio de reinserción social.....	97
4.3.1. El estigma de la cárcel	100
4.4. La situación en el empleo público y en el sector privado	102
Capítulo 5: Derecho al Olvido y el cumplimiento efectivo de la sentencia	105
Introducción	105
5.1. Concepto de derecho al olvido.....	106
5.2. El hábeas data y el derecho al olvido	109
5.2.1. Tipos de Habeas data	110
5.3. Posturas críticas al derecho al olvido	112
5.3.1. Primacía del Interés público.....	113
5.3.2. Seguridad pública.	115

5.3.3. La publicidad de la labor jurisdiccional y la publicidad de la conducta delictiva.	117
5.4. El antecedente chileno sobre derecho al olvido y antecedentes penales. ¿Es posible aplicarlo en Argentina?	118
Conclusiones finales	127
Bibliografía	130
Doctrina	130
Legislación	134
Jurisprudencia	135

Introducción

El derecho a la información y a la privacidad, no sólo son tutelados como Derechos Humanos sino que han sido acogidos por gran parte de la legislación de diversos Estados, reconociéndoles el carácter de derechos fundamentales, lo cual implica por una parte, el deber de la comunidad internacional de protegerlos, y por lado, la obligación del Estado de tutelarlos constitucionalmente, a fin de salvaguardar la integridad del ser humano.

En tal sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su labor pedagógica y dejando sentada doctrina ha expresado que el derecho a la libertad de expresión, envuelve al derecho a la información. Por su parte, las Naciones Unidas, la Organización de los Estados Americanos, el Consejo de Europa y la Unión Africana, así como otros organismos internacionales que defienden los derechos humanos, han reconocido que éste derecho, faculta al particular para acceder a información en manos de entidades públicas.

Uno de los puntos resaltantes del derecho a la información, es el potencial que ofrece para robustecer la transparencia de las instituciones de los Estados, facilitándoles tanto a la sociedad civil, como a los movimientos afines, obtener información, *máxime* que exista un interés público superior que obligue a mantenerla en secreto, de lo contrario, la información pertenece a la sociedad en el entendido que el fin último de los gobiernos es servir a su pueblo.

Ciertamente, los antecedentes penales son un medio de control de las entidades estatales que busca más un beneficio e interés propio, en lugar de la propia restructuración de los valores y la moralidad de los ciudadanos a través de la reinserción social instaurada. Propiamente, su función se basa en comprobar la existencia de las infracciones ejecutadas por los ciudadanos con anterioridad, en razón de evitar y prevenir su probabilidad de reincidencia en dichos actos negativos y delictivos.

Asimismo, las consecuencias de los antecedentes penales abarcan un mayor número de consecuencias negativas, pues es sabido que en el territorio argentino existe una exigencia totalmente informal sobre los antecedentes penales en diferentes ámbitos sociales, profesionales y laborales.

La hipótesis por confirmar o descartar es que la divulgación de los antecedentes penales de las personas que han salido de prisión, violenta el derecho a la intimidad y comprende un obstáculo para su reinserción en la sociedad.

En virtud de ello, en el capítulo primero de esta investigación, se abordará lo referente a la reinserción social del delincuente, los fines de la Pena, los principios constitucionales relativos a la sanción penal, la resocialización y los derechos humanos fundamentales, la resocialización de los condenados en la normativa Argentina.

En el capítulo segundo, se tratarán los alcances del derecho a la intimidad y el derecho a la información, las cuestiones generales en torno a los derechos a la información y a la intimidad, el derecho a la intimidad , el derecho de acceso a la información y la colisión entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información.

En el capítulo tercero, se desarrollarán los antecedentes penales en el derecho anglosajón: la primicia de la seguridad, la situación en Europa y la difícil reinserción laboral de las personas que cumplieron condena en Latinoamérica.

Ahora bien, en el capítulo cuarto se abordarán los antecedentes penales y la discriminación laboral, la inconstitucionalidad de la solicitud de los antecedentes penales, la vulneración del principio de reinserción social, el estigma de la cárcel, la situación en el empleo público y en el sector privado y las Reglas Mandela.

Finalmente, en el capítulo quinto, se tratará el derecho al olvido y el cumplimiento efectivo de la sentencia, el concepto de derecho al olvido, el hábeas data y el derecho al olvido, las posturas críticas al derecho al olvido y el antecedente chileno sobre derecho al olvido y antecedentes penales, destacando si es posible aplicarlo en Argentina.

Capítulo 1: La reinserción social del delincuente

Introducción

El Estado en su estructura normativa tiene vigente un sistema penal orientado a reprimir conductas tipificadas como punibles. Se trata de los delitos, conjunto de hechos típicos, antijurídicos y culpables que se imputan a un sujeto y que los hacen pasibles de una sanción. La sociedad reprocha una conducta y se debe escarmentar para establecer un control social.

El régimen penal procura la reeducación y readaptación en el seno social de las personas que han sido condenadas. Sin embargo, en todo sistema se presentan problemas en cuanto a la determinación de sus fines. Así ocurre en la aplicación de la pena cuyo fin es la readaptación del condenado. No obstante, en ocasiones no se cumple con ese objetivo, lo que hace a su ejecución el centro de múltiples cuestionamientos.

En todo sistema social se requiere la presencia de instrumentos de control para evitar actos abusivos que afecten los derechos de los demás, por ello, el derecho penal es un medio de control social que emplea la coerción dentro de garantías jurídicas. La palabra pena, proviene del latín *poena* que significa castigo; la pena es la sanción jurídica que se aplica a la persona que viola una norma de derecho penal. Esta consiste en la privación de un bien jurídico como por ejemplo la libertad, a quien, tras un debido proceso, ha sido declarado culpable de un hecho calificado como delito.

En este sentido, las sanciones penales se distinguen de otro tipo de sanciones y medidas coactivas aplicadas por el Estado por implicar su finalidad el poner a sus destinatarios en una situación que en la mayoría de los casos es desagradable, dado que estas son capaces de infligir sufrimiento. Asimismo, en caso de que este sufrimiento desaparezca, la pena no solo perderá su razón, sino que dejará de ser llamada como tal, al ser una medida de seguridad o de rehabilitación. Actualmente, la mayoría apoya la resocialización y la readaptación de las personas condenadas, con base a lo cual las personas pueden corregir su conducta e ingresar nuevamente a la sociedad sin problema alguno. El presente capítulo se encuentra dirigido a estudiar lo referente a la finalidad de sanción penal, los principios constitucionales que se presentan en materia penal, describiendo el panorama que se evidencia en los recintos penitenciarios.

1.1. Los fines de la Pena.

En toda sociedad es pasible de acreditar hechos generados por una persona que incumple las leyes para lograr un control social. Cuando un sujeto actúa sin apearse a

los postulados normativos, incurre en delitos, que son conductas típicas, antijurídicas y reprochables por el grupo social. Pueden ocasionar una sanción penal que tiene como por objeto corregir la conducta de las personas y posteriormente, permitir que las personas se reinseren a la sociedad. Es una característica del Estado la instauración de un sistema penal que busca evitar que las personas perpetren las conductas típicas y si se comete un delito, se procede a aplicar la sanción correspondiente.²

En tal virtud, las penas que se pueden aplicar ante la comisión de un delito pueden variar de acuerdo a la gravedad del hecho y el grado de participación del individuo. En atención a estos elementos puede privarse de libertad a la persona o aplicarse otras sanciones, las cuales pueden ser preventivas. Se destaca que la privación de la libertad, de acuerdo a su concepción inicial era diametralmente opuesta a la actual, en los primeros vestigios de reinserción social que se conocen a principios del Siglo XIX, la prisión funcionaba solo como una instancia cautelar hasta que se decidiese el castigo que debía recibir el reo.

En la actualidad, la detención de la persona solo se podrá aplicar una vez que finalice el proceso, salvó los casos de prisión preventiva. En la gran mayoría de los sistemas penales se incorpora el principio de presunción de inocencia el cual tiene como fin, que las personas no pueden ser privadas de libertad sino hasta tanto no se haya dictado sentencia condenatoria. La historia ha demostrado una atenuación en el castigo, algo que se ha constatado mediante la prohibición rotunda de la violencia física como torturas, lo que permitió que se llevara a la sutilidad y el silencio referente a hacer sufrir al penado. Principalmente, se ha desplazado el cuerpo como un blanco principal de la represión penal, aun cuando se mantienen manifestaciones psicológicas de crueldad, de esta manera, se ingresa a lo que se denomina la era de la solidaridad punitiva que se consolidó mundialmente alrededor de los años 1830 y 1848.³

En esta línea argumentativa se determinó que en referencia a los organismos carcelarios es conveniente que se estudie el génesis de esta institución, pues la opinión pública considera que ha existido siempre, como si fuese un dato obvio que quien comete un delito sea castigado con la privación de la libertad por un cierto periodo de tiempo. Sin embargo, este tipo de encarcelamiento penal es históricamente una realidad que no tiene más de dos siglos. De esta forma en el antiguo sistema de sanciones

² Cfr. Lainatti, M. Ejecución penal y prisión domiciliaria: un enfoque crítico en torno al rol de los organismos de asistencia y tratamiento. La Ley, N° 629. 2017.

³ Cfr. Soler, S. Derecho penal argentino. Buenos Aires, Argentina: Tipográfica Editora Argentina. 1992

penales se sacrifican diversos bienes del culpable, como serían sus riquezas, su integridad física o su honor. Se postulan medidas que correspondan con los hechos perpetrados, aplicándose penas corporales, que atentan contra la vida y son infamantes. Contrario a ello, se ha presentado un nuevo sistema donde se considera la producción capitalista, que vincula la libertad a la producción de riqueza, por consiguiente, fue concebida una pena que privase al culpable de un *quantum* de trabajo asalariado.⁴

La cárcel, se convierte en la pena por excelencia de la sociedad capitalista, debido a que transforma la libertad medida en el tiempo en un valor de cambio, reconstruyéndose como un denominador común de sanción para todos los delitos. Otros estudiosos han considerado que la función primordial de la cárcel y la consecuente aplicación de las sanciones penales hasta el siglo XIX fue la guarda, custodia, depósito o embargo de la libertad de las personas que eran acusadas por la comisión de un determinado delito mientras que dure el proceso penal.

De esta forma se remite a los pilares fundacionales romanos, en donde prevalecía el principio de que la cárcel debe ser tenida para que se custodie a los hombres no para que se les castigue. No existe Nación que admitiese entre sus leyes la posibilidad de castigar al acusado antes de convencerse de su delito, en la actualidad, el fin que se busca es cumplir con la pena, al menos en la práctica no difiere en su naturaleza como un mecanismo de custodia del detenido en el transcurso de procesos penales.⁵

Pareciera entonces, que la finalidad de la pena ha de responder a diferentes teorías de la pena, en las cuales se plasma el supuesto “deber ser” de la pena y lo que en realidad ésta se constituye, no solo para el individuo que ha trasgredido la norma, sino para el propio Estado. Asimismo, el Derecho penal tiene una base no solo de política criminal y derecho penal, sino en ideologías que inciden en la aplicación de políticas y *“hay que tener en cuenta de que aunque ninguna de las teorías de las penas parece ser verdadera, todas defienden a alguna, en el momento de condenar a una persona”*.⁶ Esto es, que ante el encierro generalizado del trasgresor, aunado a las condiciones de detención, en muchos casos violatorias a los Derechos humanos, hace necesaria una política criminal que se aleje de la arbitrariedad criminalizante con penas superiores a lo previsto en la constitución y las leyes, es decir, causan más dolor y ausencia de

⁴ Ibídem

⁵ Cfr. Lainatti, M. Op. Cit. p. 16

⁶ Andrea, L. La Pena Constitucional y su determinación. S/D. p 5

garantías (corrupción, carencia de condiciones sanitarias, hacinamiento, entre otros) al individuo sometido a la privación de libertad.

Siguiendo con las teorías que explican la finalidad de la pena, la prevención general positiva, constituye la teoría más aceptada en los últimos años, donde poder punitivo, debe entenderse como parte de un proceso comunicativo, la pena es la publicidad neutralizante, la función de la pena, sería mantener esa ilusión, es por ello que el poder judicial, como el encargado de administrar justicia, al emitir cada decisión representa un acto de gobierno.⁷ De esta manera, el Estado aplica la sanción penal como parte de sus políticas, en este sentido Muñoz Conde señala, existe la necesidad de que el poder judicial se incline hacia una resocialización antes que al castigo, como finalidad de la privación de libertad.⁸

Por lo que, las sanciones penales buscan en la medida de lo posible evitar que se viole la ley y que se dañe a las personas en sus derechos, pero se debe tener en cuenta en las sanciones penales, lo referente a la resocialización como último fin. Sin embargo, la dogmática penal trata de establecer hoy el para qué de las penas, es decir, las consecuencias normativas de las penas en relación a los postulados axiológicos del estado de libertad, su fundamento constitucional, así como la ejecución penal vista desde sus normativas. El debate radica en los programas “re” como finalidad de la pena, que no es más que lo afirmado por Villanova M: la corrección, re-forma, re-educación, del individuo desviado para retornarlo a la sociedad corregido, transformado. Así la propia Convención de los derechos Humanos en su art. 5.6 establece que el fin de las penas es la reforma y readaptación social de los condenados.⁹ Igualmente, se encuentran en otros instrumentos legales como en el Pacto de Derechos Civiles y políticos y en la Ley Bonaerense de Ejecución Penal, donde la pena privativa de libertad habrá de buscar la inserción social del individuo, siendo siempre la privativa de libertad una excepción y no la regla de sanción por delitos penales.

Ahora bien, podemos comparar la finalidad de la pena desde la óptica de la escuela clásica y de la escuela positivista. Para la Primera, la pena posee una doble finalidad, por un parte es la neutralización del delincuente para que éstos no vuelvan a delinquir, así pues el Márquez de Beccaria, afirma que “*impedir al reo causar nuevos*

⁷ Cfr. Andrea, L. Op. Cit. p. 6

⁸ Racca, I. La resocialización como fin de la pena privativa de la libertad: análisis del último legado del positivismo criminológico. Buenos Aires, Argentina: Universidad de Buenos Aires. 2014. p.16.

⁹ Villanova, M. Los fines del programa: ¿resocializar? Una mirada crítica desde el liberalismo. Thomson Reuters. 2014. p.1

*daños a los ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales”*¹⁰, es decir, un fin preventivo y coactivo, igual opinión tienen Carrara y Romagnosi, ya que estaría dirigida a prevenir el delito, esto originó lo que se conoce como teorías de la defensa social. El pensamiento clásico buscó neutralizar al delincuente e impresionar al resto de los ciudadanos¹¹. La importancia de esta escuela es la desaparición del dolor, las torturas y la pena de muerte sólo excepcionalmente. Sin embargo, no se orienta al cambio o readaptación del reo.

Por su parte, la escuela positivista la cual se inicia a fines del siglo XIX y principios del siglo XX y sus representantes Garófalo, Lombroso y Ferri, modifican el paradigma de la pena con la introducción de otras ciencias como la medicina y la biología en el campo jurídico-filosófico. Afirman que la delincuencia está asociada a condiciones particulares del individuo, de manera que la pena se ajusta al grado de peligrosidad, a la prevención especial. Su eventual reincorporación a la sociedad está derivada de la innocuización. Vemos que esta escuela inicia la resocialización del individuo privado de libertad como finalidad de la pena y no así la escuela clásica.¹²

Se deriva que la corriente preventivista especial positiva fue defendida por diferentes tendencias, el correccionalismo de España, la escuela positiva de Italia y la dirección moderna que se aplica en Alemania. Hasta hoy en día la reforma, la modificación personal y la definición de la personalidad de los presos, ergo, la corrección, continúa siendo el fin que justifica la existencia de las cárceles. Esto obedece a que en ellas se encuentran aquellos individuos que han desarrollado conductas antijurídicas que dañan o perjudican a las personas en su dignidad y derechos e igualmente al Estado.¹³

Al analizar lo expuesto se entiende que la sanción penal se presenta como un elemento de gran importancia dentro de todo sistema penal debido a que por medio de ella se puede reeducar al sujeto que ha cometido un determinado delito, corrigiendo esta conducta por medio de la sanción penal que le resulta aplicable la cual puede variar dependiendo de la magnitud del hecho delictivo que se ha consumado. Pueden aplicarse en los casos más graves la prisión, o en los casos menos graves la detención domiciliaria.

¹⁰Cfr. Racca, I, Op.Cit. p. 10

¹¹Cfr. Racca, I, Op.Cit. p. 8

¹²Cfr. Racca, I, Op.Cit. p. 10

¹³ Cfr. Kent, J. La animosa intención de expandir medidas alternativas a la prisión. Un arriesgado empeño, en función de las carencias anejas a los estamentos de vigilancia comunitaria. La Ley, N° 4489. 2012.

1.1.1. Evolución histórica.

Para entender hoy como se concibe la pena y sus efectos es necesario conocer como aparece esta figura de la privativa de libertad como sanción ante la trasgresión de reglas impuestas en la sociedad. Según Traverso, el encierro es impuesto en las sociedades occidentales, inicialmente acompañado de trabajos forzados y dirigido principalmente a vagabundos, miserables, prostitutas, marginales, e inclusive a niños durante la revolución industrial, y que hace nacer posteriormente las cárceles. La finalidad del encierro respondía a las exigencias de la industria. De esta manera surge una tipificación social bipartita de los sujetos oprimidos: los que trabajaban voluntariamente y los llamados “outsider” que trabajaban a la fuerza.¹⁴

Como se observa a lo largo de la historia, la concepción de la privativa de libertad estaba alejada de la reinserción social, ya que hasta inicios del siglo XIX, su finalidad era netamente cautelar, hasta que se decidía cuál era el castigo del Reo. De acuerdo con Foucault, se ha atenuado el castigo físico, desapareciendo los suplicios físicos y estableciéndose limitaciones a la tortura como represión penal, pasando a lo que denomina “*la era de la sobriedad punitiva*” como ya se mencionó surge en pleno siglo XIX en Europa y se disemina como característica de la pena privativa de libertad.

¹⁵

Antiguamente se sacrificaban diversos bienes del culpable, su integridad física y su honor; la privación de la libertad era una pena apropiada como castigo. Según Foucault la cárcel la asocia con los sistemas capitalistas “*transformándose la libertad medida en el tiempo en un valor de cambio, reconstruyéndose como un denominador común de sanción para todos los delitos*”. La cárcel fungía hasta el siglo XIX como guarda, custodia y depósito de las personas que delinquían, mientras duraba el proceso judicial, remitiéndose a los pilares romanos donde prevalecía el principio de que la cárcel debe ser para custodiar a los hombres, no para castigarlos (*carcer ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet*). Con el derecho canónico, de acuerdo con Diego Simancas, se modifica la pena, no permitiéndose la muerte como sanción, y para que los delitos no queden impunes, las cárceles cumplían tal finalidad, incluyendo las penas perpetuas para los crímenes más graves. Así el sistema penitenciario en construcción, va a cumplir un papel fundamental en el sistema judicial, sería interesante

¹⁴Racca, I. Op. Cit. p. 14.

¹⁵Racca, I. Op. Cit. p. 16.

discutir si en realidad ese papel que se le dio a los recintos carcelarios ha cumplido a lo largo de la historia su finalidad para lo que fueron concebidos.¹⁶

En 1859 Mill analiza la autonomía individual ante el tirano, en contraposición a lo planteado en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano en 1879, a saber: *La libertad consiste en poder hacer todo lo que no daña a los demás*. La libertad así concebida está limitada a la Ley, de allí la autonomía personal, que según autores entre ellos el Profesor C.S Nino señala los rasgos liberales que se encontraban en la concepción de Mill, lo cual favoreció la intervención del sistema penal. A estas posturas liberales se opone la concepción de Ferrajoli, cuyos postulados antiliberales del perfeccionismo o paternalismo político y autoritario como les llamó, en donde se castiga a los que arremeten al colectivo, resultando apropiado para las mayorías, por ello es necesaria la intervención del sistema penal.¹⁷

Para Luigi Ferrajoli, los problemas de legitimidad en los actuales sistemas penales se producen por ser inadecuados a las necesidades sociales, su pragmatismo y hasta la “intrínseca brutalidad” conlleva a la incierta legitimidad moral y política. *“La pena, cualquiera que sea la forma en que se la justifique y circunscriba, es en efecto una segunda violencia que se añade al delito y que está programada y puesta en acto por una colectividad organizada contra un individuo”*.¹⁸ Pareciera que las cárceles entorpecen la readaptación del individuo.

La pena y sus presupuestos corresponden a las condiciones particulares de los infractores. Los postulados de Mill se oponían de manera asimétrica con las propuestas por los Iluministas del siglo XVIII, donde la libertad era determinante. Desde la perspectiva liberal se analiza la teoría correlacionista de la pena, así el Estado tiene la posibilidad de intervenir en la subjetividad de los individuos privados de libertad con el propósito de su resocialización.

En la década de los años sesenta del siglo XX, en Alemania, el concepto de resocialización, se enfatiza en la corresponsabilidad de la sociedad en el delito, subrayándose la importancia de la ejecución penal basada en el tratamiento. El sistema sancionatorio posterior a la segunda guerra mundial trata de incorporar ideas humanistas orientadas a la resocialización antes que el castigo de los delincuentes. Y es por ello que Muñoz Conde, afirma que la manipulación del comportamiento humano se incorpora

¹⁶Racca, I. Op. Cit. p.6

¹⁷Villanova, M. Op. Cit. p.3-5

¹⁸Carnevale, C. Antecedentes penales y Reinserción laboral en Argentina. Universidad Nacional del Sur. República de Argentina. 2015. p 17

como elemento en los sistemas penitenciarios y de control social, haciéndolos más sofisticados.¹⁹

Durante los años setenta principalmente en Italia y Alemania Occidental, surgen reformas en el sistema penal orientadas a la resocialización o del tratamiento reeducativo como finalidad de la pena. Indica Sandoval Huertas que:

*...la finalidad re adaptadora de la cárcel es, a veces, confundida con expresiones similares tales como reinserción social, resocialización, reeducación social o rehabilitación social. Estos conceptos “coinciden, por lo menos en sugerir que el sentenciado adolece de una deficiencia en su adaptación social que debe ser subsanada.”*²⁰

En la actualidad, la resocialización como fin de la pena, es concebida para algunos autores como fracaso, tales como Anitua, Garland, Sozzo y Wacquet, entre otros, al ver que las cárceles cumplen un sentido opuesto. Sin embargo, el papel de re-educación, readaptación y resocialización no debe abandonarse, no es un concepto penal exclusivamente, es multifactorial: sociológico, educativo, económico, cultural, ideológico, político. Para Muñoz Conde “*Hablar de resocialización del delincuente solo tiene sentido cuando la sociedad en la que se quiere reintegrarlo es una sociedad con un orden social y jurídico justos*”.²¹

1.1.2. El rol de la prisión.

Es necesario acotar que la prisión o cárcel como la conocemos hoy en día, era diametralmente opuesta a lo concebido en sus inicios. El encierro o prisionalización era una medida preventiva hasta que se decidía el castigo del reo. No es sino hasta principios del siglo XIX que busca una función reorientadora o de reinserción social, que para algunos difieren del término de reinserción por considerar que en ciertos delitos el transgresor está inserto en la sociedad.

Un punto de relevancia para definir el origen de la privación de libertad como pena, se logra al responsabilizar al derecho canónico como el ámbito que permitió tal transformación, lo que hace posible que se analice que la cárcel se aplicaba tanto como un medio de custodia y de pena, debido a que iglesia aborrece el derramamiento de sangre. El derecho se consagra en el entorno secular, y no fue totalmente ajeno al concepto de cárcel como pena, dado que no era permitido por los sagrados cánones y la mansedumbre propia que identifica a la iglesia que se imponga la pena de muerte, y con

¹⁹Carnevale, C. Op. Cit. p 18

²⁰Ibídem

²¹Cfr. Carnevale, C. Op. Cit. pp. 18-19

el fin que los crímenes no queden impunes se establece la pena de cárcel perpetua por los delitos que sean más graves.²²

De lo mencionado se puede entender que las sanciones penales, con penas privativas de la libertad, buscan en la medida de lo posible evitar que se viole la ley como un elemento de coacción social y prevenir que se dañen a las personas en sus derechos, pero se debe tener en cuenta la resocialización como fin.

Pavarani, afirma que la cárcel es una medida que no tiene más de dos siglos, surge en los sistemas capitalistas, ya que la libertad estaría medida en valor de cambio, por su parte Alfonso sabino consideró, que la cárcel no es el lugar para escarmentar, sino para el resguardo de los presos hasta ser juzgados, de allí que hasta el siglo XIX, como ya se señaló, fue el lugar de guarda, custodia o depósito de quienes cometían algún delito y según Levaggi, esta responde al pilar del derecho romano de justicia donde no era posible castigar al acusado antes de probar su delito.²³

Traverso, afirma que el nacimiento de las prisiones coincide con la Revolución Industrial, instaurándose la atribución disciplinaria al Estado, sobre aquello desviados de las normas sociales y sus fines. Otros atribuyen el nacimiento de las prisiones a los conflictos surgidos por las migraciones y adaptación de dichos grupos sociales, buscando la estabilización del orden social en la naciente revolución Industrial del siglo XIX, así surgieron las casas de corrección que no tenían fines carcelarios. Lo que sí es cierto, es que la prisión no está desligada a los delitos contra la humanidad, tal y como lo afirma Muñoz Conde. El sistema penitenciario como lo conocemos, nace también con la inversión temporal del castigo, para los reformistas sólo tiene sentido si el encierro previene el delito.²⁴

Lo que ha quedado evidenciado en la historia, es que la cárcel ha sido el medio punitivo menos doloroso para quienes han cometido un delito, determinándose su temporalidad a normas de orden procesal penal, sin embargo, la mera custodia, en principio, no formaba parte del castigo. Hoy en día, la prisión es la excepción, y la regla debe ser la libertad del reo durante el proceso, y solo se produce la prisionalización con la sentencia o de manera preventiva de acuerdo a disposiciones previstas en las leyes, tales como en los casos en los que el procesado que resulte culpable pueda eludir la

²² Cfr. Villanova, M. Los fines del programa: ¿resocializar? Una mirada crítica desde el liberalismo. La Ley, N° 1445. 2014.

²³ Racca, I. Op. Cit. pp. 5-6

²⁴ Cfr. Racca, I. Op. Cit. pp. 14-15

justicia, la aplicación de este régimen en ocasiones causa un grave daño a los procesados.

En la actualidad una buena parte de los presos que son detenidos preventivamente se encuentran varios años encerrados, sin que se dicte una sentencia definitiva con la cual se compruebe su culpabilidad. Con se están afectando el respecto de derechos de orden constitucional como lo sería la presunción de inocencia, conforme al cual la persona debe ser tratada como inocente entre tanto no se dicte sentencia definitiva con la cual se determine el grado de participación en el delito (Tolnay, 2014).

25

En ocasiones la privación preventiva de la libertad se convierte en el cumplimiento de una pena anticipada a la condena, ya que existe un gran número de detenidos preventivamente sin condena firme. Se presenta como un hecho que ha sido criticado fuertemente debido a que con ello se están afectando no solo derechos constitucionales, sino también derechos humanos reconocidos en diversos instrumentos internacionales, dado que se compromete lo referente a la libertad. Este solo puede ser afectado excepcionalmente cuando se compruebe por medio de una sentencia definitiva que la persona verdaderamente ha desarrollado conductas que se encuentran enmarcadas como un tipo penal consagrado previamente por medio de una ley penal.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 5²⁶ presenta una orientación al prohibirse el sometimiento de toda persona a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Por otro lado, la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre tampoco cuenta con una disposición que regule lo referente al fin que debe tener la pena, pese a ello en el artículo XXV²⁷ dispone que toda persona tiene derecho a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.

A lo que se suma el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en su artículo 3²⁸ expresa que el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. De forma

²⁵ Cfr. Tolnay, I. La interpretación restrictiva de la ley penal en la Argentina de hoy. La relevancia de los principios de legalidad, pro homine y de ultima ratio del derecho penal. La Ley, N° 2660. 2014.

²⁶ Artículo 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Asambleas de Naciones Unidas. Diciembre de 1948.

²⁷ Artículo XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Novena Conferencia Internacional Americana. Bogotá, Colombia. 1948.

²⁸ Artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución 2200 A (XXI) 16 de diciembre de 1966.

sucinta en el artículo 5 apartado 6 del Pacto de San José de Costa Rica ²⁹ se indica que las penas privativas de la libertad tendrán como fin esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

1.2. Principios constitucionales relativos a la sanción penal

Se debe acotar que en el derecho penal existen límites que se encuentran dentro de los derechos fundamentales y libertades públicas previstas en la Constitución.

Cuando se hace referencia a los principios, estos han de entenderse como reglas del “deber ser” que tienen que estar previstos en las normas, tanto en el aspecto sustantivo o el contenido de las normas. De allí, que lo esencial de los principios es que éstos han de ser útiles, y desde el punto de vista teleológico o valorativo, resulten claramente adecuados al momento de imponer la sanción³⁰.

1.2.1. Legalidad

Está contenido dentro del art. 4 del Código Penal, y es el principio rector de las normas en general, el cual se aplica no solo en el ámbito carcelario, sino en todos aquellos entornos donde se encuentre de por medio actos jurídicos. En relación al tema que se estudia en este trabajo es indiscutible su fuente legislativa, con el sentido cuya expresión formal «*nullun crimen, nulla poena sine stricta, scripta, certa et praevia lege*» (no hay crimen ni pena sin ley previa), el principio de legalidad constituye los límites derivados del fundamento político del Derecho Penal. De esta forma se determina expresamente que el principio de legalidad penal no surge una obligación de fallar lo más favorable al imputado o penado en caso de que se verifique alguna duda interpretativa. ³¹

El principio de legalidad constituye un límite de actuación como garantía al procesado, al tiempo puede hacerse una medida con la gravedad de la sanción del delito cometido. Además de garantías genéricas, como se mencionó, guarda significancia con el sistema de sanciones, el llamado *non bis in idem*, como lo es la prohibición de la doble sanción por el mismo hecho, como lo afirma Arroyo. Igualmente la jurisprudencia

²⁹ Artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Asamblea de Estados Americanos. San José de Costa Rica. 1969.

³⁰ Cfr. Tolnay, I. La interpretación restrictiva de la ley penal en la Argentina de hoy. La relevancia de los principios de legalidad, pro homine y de ultima ratio del derecho penal. La Ley, N° 2660. 2014.

³¹ Cfr. Olie, A. Prisión perpetua. Leyendo entre líneas dos fallos del Tribunal de Impugnación Penal de la Provincia de la Pampa. La Ley, N° 611. 2014.

y la doctrina han sido reiteradas al señalar que las penas acumulativas/consecutivas y medidas de seguridad a las personas por los mismos hechos son violatorias.³²

De acuerdo con la doctrina, el Superior Tribunal Constitucional de España (STC) en la sentencia 2/1981³³, de 30 de enero, estipula:

El principio general del derecho conocido por non bis in idem supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones —administrativa y penal— en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración —relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc.— que justificase el ejercicio del ius puniendi por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración.

De la doctrina se deduce que los principios de tipicidad de las infracciones y de legalidad están íntimamente unidos, y se encuentran recogidos en la carta magna.

Se señala que el Principio de Legalidad como sujeción a la norma penal, implica la proscripción del derecho consuetudinario para fundamentar y para agravar la pena, la prohibición de retroactividades y se descartan plenamente de leyes penales que se caractericen por ser imprecisas. Asimismo, todos los conceptos que emplea la norma con la excepción de las cifras, fechas, medidas y otros aspectos semejantes, admiten en mayor o menor medida varios significados. En tal caso el juez siempre debe elegir entre las diversas posibilidades que se presenten en cuenta al significado y esa actividad creadora que se efectúa según determinadas reglas es lo que se denomina interpretación.

Es así como el legislador crea con el tenor liberal un precepto marco de regulación que es concretado por el juez. Se debe considerar el significado literal próximo, la concepción del legislador histórico y el concepto semántico-legal y según el fin de la ley la interpretación puede ser tanto restrictiva como extensiva.³⁴

A lo que se agrega que el principio de legalidad es uno de los límites que se pueden imponer al *ius puniendi*, con base a lo cual se impone cierto grado de precisión en lo que se refiere a la formulación de la Ley penal y prohíbe también la analogía «*in malam partem*».

³² Cfr. Crespo, E. Op. Cit. p 8.

³³ STC, sala primera. Sentencia 2/1981. España.

³⁴ Cfr. Crisafulli, L. Reglas para la construcción de un Estado de Derecho o los intentos para encerrar a la fiera. La Ley, N° 965. 2012.

1.2.2. *Pro homine*

A diferencia de lo que ocurre en el principio anterior, la fuente de este resulta problemática, aún más con el alcance dado por los estudios que se han practicado al respecto que indica que no se presenta fuente alguna. Pero en un voto minoritario de la Corte Interamericana que de acuerdo a la Convención Interamericana de Derechos Humanos³⁵ la fuente de este principio son dos normas de tratados internacionales que fueron suscritos por Argentina.

A nivel internacional también se ha consagrado el principio *pro homine*, de acuerdo a lo que se expresa en el artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁶ y el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos³⁷, siempre habrá de preferirse la interpretación que resulte menos restrictiva de los derechos que se han establecido. De esta forma cuando una norma ofrezca una mayor protección, esta deberá primar siempre habrá de preferirse en la interpretación la hermenéutica que resulte restrictiva para la aplicación del derecho fundamental comprometido.³⁸

Igualmente, el principio *pro homine* impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde para el ser humano frente al poder del Estado, es aquí donde se presente una característica de gran importancia que trata de definir los derechos frente al imperio estatal como lo sería el derecho a la libertad frente al poder punitivo estatal. Además de ello se encuentra la *última ratio* de la normativa penal, con fundamento a lo cual se indica que el derecho penal solo es de entre todas las medidas protectoras que se deben considerar. Solo se puede aplicar en el preciso momento en el que fallen otros medios de solución sociales legal que se ha establecido para un determinado problema, como lo sería la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico técnicas, las sanciones no penales entre otras medidas que se pueden aplicar.

En consecuencia, se estipula a la pena como parte de las políticas sociales, cuya misión se define como protección subsidiaria de bienes jurídicos. Se le trata como un principio político-moral, es decir, se le identifica como un principio regulador de la totalidad del ordenamiento jurídico, debido a que el Estado intenta resolver los

³⁵ Convención Americana de Derechos Humanos. Asamblea de Estados Americanos. San José de Costa Rica. 1969.

³⁶ Artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución 2200 A (XXI) 16 de diciembre de 1966.

³⁷ Artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Asamblea de Estados Americanos. San José de Costa Rica. 1969.

³⁸ Cfr. Crisafulli, L. Op. Cit. p. 26

conflictos sin el uso de castigos penales, haciendo uso de estos mecanismos solo cuando otros tipos de instrumentos han sido aplicados y han fracasado.

1.2.3. proporcionalidad

El principio se asocia a una serie de elementos directamente relacionados con la sanción, como los son: el primero es la idoneidad, de allí que el bien jurídico tutelado esta en conexión con el valor que le es atribuido culturalmente opera como un límite y se conecta con el Estado Social de Derecho, ya que se proyecta hacia la norma de conducta y sobre la sanción, que según Lopera implicaría comprobar si la conducta descrita en el tipo penal, se ha manifestado, exigiendo su verificación, para prevenir la conducta prohibida, y en consecuencia aplicar la sanción. El segundo elemento es la necesidad, relacionada con la capacidad de proteger los bienes jurídicos, en tal sentido se presenta como imperativo el que la pena sea proporcional a la gravedad del hecho antijurídico. Así, la política criminal debe respetar la medida de la pena que corresponda con la gravedad del hecho desplegado por el individuo culpable, sin que sea influida por factores sociales.³⁹

De acuerdo con la doctrina del STC 108/2008 22⁴⁰ septiembre, se establece que los órganos judiciales al aplicar las normas están obligados a respetar los derechos fundamentales, por lo que se impide reacciones punitivas que *“supongan un sacrificio o desproporcionado de los mismos o tengan efectos disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales”*⁴¹

1.2.4. Culpabilidad

Este principio tiene su origen en el siglo XIX vinculado al principio de legalidad, su sentido fue la exclusión de la responsabilidad objetiva y colectiva, y quedó plasmado en el Código Penal de España, reforma de 1983, en el artículo 1º.2 con la fórmula "No hay pena sin dolo o culpa", y posteriormente en el CP 1995 en el artículo 5º "No hay pena sin dolo o imprudencia". El principio guarda vinculación con una serie de principios y garantías tales como: la Personalidad de las penas, en las que se impide castigar a alguien por un hecho ajeno, excluyendo la responsabilidad colectiva; La responsabilidad del hecho, implica la tipificación del hecho previamente que lesione un bien jurídico penal, por lo que no se considera a la personalidad, ideología, orientación

³⁹ Cfr. Crespo E. Op. Cit. p. 9-11

⁴⁰ STC, Sala segunda, sentencia 108/2008. Recurso de amparo 1571-2005. España.

⁴¹ Cfr. Crespo E. Op. Cit. p. 26

sexual, etc. Responsabilidad subjetiva; excluye la responsabilidad por el resultado, por lo que al ocasionar lesión con dolo cabría imputar el delito; Imputación personal del hecho, que según Demetrio la *"culpabilidad por el hecho" correspondiente al Derecho penal del hecho, entiendo que existe una interdependencia entre este último, la estructura de la culpabilidad con relación a lo injusto y su función con relación a los fines preventivos de la pena"*.⁴²

El principio de Igualdad el cual implica tratar a todos sin discriminaciones por raza, sexo, religión o color de piel. Para Torio, está relacionado con factores de socialización, de manera que el sistema penal no puede excluir de pena al individuo socialmente excluido, el Estado debe garantizar la no vulneración del principio de culpabilidad, el cual se conecta con el valor de la igualdad, es decir, todos somos iguales ante la Ley.

1.2.5. Resocialización

Parte del hecho de insertar al condenado a la sociedad una vez cumplida su pena, el cual tenga iguales derechos que cualquier ciudadano al trabajo, la seguridad social y acceso a la cultura y al desarrollo. En tal sentido Pérez Manzano señala

*...la reeducación y reinserción social como un derecho del condenado a pena privativa de libertad choca con la naturaleza del objeto de protección, ya que en realidad se trata de remover los obstáculos que impiden la plena integración social de los condenados a pena privativa de libertad, por lo que se integra mejor en los parámetros constitucionales del Estado social que del Estado de Derecho.*⁴³

En la Constitución Española la resocialización busca que aquellos privados de libertad puedan reinsertarse en la sociedad, sin que otras penas persigan a éste. Cabe entender que el fin de la resocialización debe abarcar todo el proceso penal, desde la determinación legal de la pena, su ejecución, y su readaptación a la sociedad, lo cual deriva de inconstitucional las penas de cadena perpetua o penas de muerte, según Cuerda. Sin embargo, el principio choca con las circunstancias personales del reo, cuando éste se niega a participar en programas de educación, laborales, entre otros criterios individualizados de las penas. La prevención especial puede generar lesiones en los derechos individuales del penado, cuando este es forzado a participar en programas de reeducación sin su consentimiento, sin embargo, encuentra sus límites en la propia carta magna. Se trata no solo de la reinserción del individuo *per se*, sino también el respeto por la dignidad del individuo, donde el poder punitivo del Estado ha

⁴² Cfr. Crespo E. Op. Cit. pp. 13-14

⁴³ Crespo E. Op. Cit. p. 14

de considerar la racionalidad del derecho penal, en las medidas que adopte sobre el penado de libertad, no sólo durante su reclusión: tiempo y condiciones de prisión, sino también posterior a ella.⁴⁴

1.3. Las Reglas Mandela

En el 2015 tras varios estudios gubernamentales realizados se llegó a la reflexión de derecho internacional y la ciencia penitenciaria, con la aprobación de lo que se conocería como las “Reglas Nelson Mandela”, en homenaje al célebre presidente de Sudáfrica, Nelson Mandela, quien estuvo preso 27 años por luchar por los derechos humanos, por la democracia y por la promoción de una cultura de paz.

La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) es el organismo que se encarga de las reglas y normas internacionales para la trata de los reclusos, incluyendo a las reglas Nelson Mandela. La razón de existencia de estas reglas no es la de definir un sistema penitenciario modelo, sino manifestar los principios y prácticas más adecuados para el trato hacia reclusos, así como especificaciones generales de la administración penitenciaria.

Es elemental que, debido a la gran diversidad de condiciones jurídicas, sociales, económicas y geográficas que existen en el mundo, no se puedan aplicar igualmente todas las reglas estipuladas; sin embargo, presentan un marco legal humano que sirve de referencia a nivel mundial para cualquier sistema penitenciario más allá de las fronteras que separen a una nación de otra. En este orden de ideas, estas reglas fueron concebidas para encaminar una evolución intelectual, permitiendo la inclusión de nuevas ideas que tengan como finalidad mejoras dentro de la administración de los sistemas penitenciarios a nivel mundial, y por tanto cada administración penitenciaria de cada país está en potestad de hacer excepciones puntuales en su cumplimiento dependiendo de las características idiosincráticas de cada caso particular⁴⁵.

El primer conjunto de reglas se ocupa entre sus líneas de la administración general de los establecimientos penitenciarios y son aplicables a cualquier tipo de recluso, es decir, sin importar si su proceso de reclusión es por medio de un resultado criminal o civil, bien sea que esté a la espera de juicio o ya esté cumpliendo una condena e incluso no se toma en cuenta si el privado de libertad ha estado bajo “medidas de seguridad” o medidas correccionales por disposición judicial⁴⁶.

⁴⁴ Crespo E. Op. Cit. p. 15

⁴⁵ Carnevale, C. Op. Cit. p. 103.

⁴⁶ Carnevale, C. Op. Cit. p.105.

El segundo conjunto de reglas va dirigido a una categoría especial de cada recluso dependiendo de su sección. Así se tiene que las reglas de la sección A son aplicables para reclusos penados y se aconseja su uso de igual manera a los reclusos que se encuentren en las secciones B, C y D, si estas reglas no son contradictorias entre sí para los reclusos y sean utilizadas con la intención de beneficiar de una u otra manera su rehabilitación y el proceso privativo de libertad en general. Al momento de la postulación de esta normativa se esperaba crear las condiciones necesarias en los centros de reclusión y los sistemas penitenciarios para facilitar la reforma de los reclusos, constituyendo la pena privativa en un proceso que sirviera para educar a los presos y eventualmente reintroducirlos a la sociedad.

Regla 1: El principio de la dignidad humana: Todos los reclusos serán tratados con el respeto que merecen su dignidad y valor intrínsecos en cuanto seres humanos. Ningún recluso será sometido a tortura ni otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, contra los cuales se habrá de proteger todos los reclusos, y no podrá invocarse ninguna circunstancia como justificación en contrario. Se velará en todo momento por la seguridad de los reclusos, el personal, proveedores de servicios y los visitantes⁴⁷.

La regla número uno de Mandela trata de la significación principal del respeto a la dignidad humana de los reclusos. Este es el principio primordial de las reglas de Nelson Mandela y del derecho internacional vinculante, y debe dirigir todas las subordinaciones materiales, así como la comunicación en la prisión y los tratamientos a aplicar. Se espera reforzar con esta norma que los centros penitenciarios cumplan con su finalidad social, no solo asegurando la protección y custodia de los presos, sino intercediendo de manera positiva para la reinserción social que ellos tendrán a futuro.

Regla 2: El principio de la imparcialidad y la No- discriminación: Las reglas se aplicarán de forma imparcial. No habrá discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación. Deberán respetarse las creencias religiosas y preceptos morales de los reclusos (...) Con el propósito de aplicar el principio de no discriminación, las administraciones penitenciarias tendrán en cuenta las necesidades individuales de los reclusos, en particular de las categorías más vulnerables en el contexto penitenciario. Se deberán adoptar medidas de protección y promoción de los derechos de los reclusos con necesidades especiales, y dichas medidas no se considerarán discriminatorias⁴⁸.

Este principio de la dignidad humana supone que la administración del sistema penitenciario, sin importar su localidad tiene la disposición de proteger al privado de

⁴⁷ Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos. Asamblea General de Naciones Unidas.

⁴⁸ Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos. Asamblea General de Naciones Unidas.

libertad, de acuerdo a lo estipulado en materia de derecho internacional, haciendo cumplir los derechos de los reclusos y promoviendo la dignidad humana más básica e inalienable, por lo que se pide a los funcionarios un desempeño profesional y humano de sus funciones que asegure la igualdad y la no-discriminación de los reclusos dentro de los establecimientos destinados a su privativa de libertad.

Regla 3: El principio de menos lesividad: La prisión y demás medidas cuyo efecto es separar a una persona del mundo exterior son aflictivas por el hecho mismo de que despojan a esa persona de su derecho a la autodeterminación al privarla de su libertad. Por lo tanto, a excepción de las medidas de separación justificada y de las que sean necesarias para el mantenimiento de la disciplina, el sistema penitenciario no deberá agravar los sufrimientos inherentes a la situación⁴⁹.

Aplicar lo de entornos cerrados en los establecimientos penitenciarios, caracteriza una desigualdad entre las autoridades del recinto y los privados de libertad, da la cavidad a vulnerabilidad y riesgos de abuso en formas distintas. La fase en donde el individuo libre pasa a ser preso, es la fase más difícil, ya que este debe adaptarse a un entorno totalmente distinto al que viene acostumbrado, este proceso puede causar desorientación e inseguridad en el individuo, es aquí en donde la administración de la penitenciaria juega un papel fundamental⁵⁰.

Por todo lo antes mencionado se crea una regla que sirva de salvaguarda o destinada a defender el principio fundamental del trato humano los reclusos se ven privados de su libertad como castigo, no para recibir (más) castigo.

En este sentido, uno de los llamados es hacer del conocimiento de los individuos privados de libertad sus derechos y obligaciones, hacerles saber que pueden tener contacto con sus familiares y allegados por medio de visitas estipuladas, informarles sobre los procedimientos jurídicos y las normas de vida en la prisión, así como salvaguardarles de la discriminación de algunas autoridades o de otros reclusos.

Regla 4: El principio de reinserción: Los objetivos de las penas y medidas privativas de libertad son principalmente proteger a la sociedad contra el delito y reducir la reincidencia. Estos objetivos solo pueden alcanzarse si se aprovecha el periodo de privación de libertad para lograr, en lo posible, la reinserción de los ex reclusos en la sociedad tras su puesta en libertad, de modo que puedan visitar conforme a la ley y mantenerse con el producto de su trabajo (...) Para lograr ese propósito, las administraciones penitenciarias y otras autoridades competentes deberán ofrecer educación, formación profesional y trabajo, así como estas formas de asistencia

⁴⁹ Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos. Asamblea General de Naciones Unidas.

⁵⁰ Sarkin, J. Las cárceles en África: una evaluación desde la perspectiva de derechos humanos. Sur, Revista Internacional de Direitos Humanos. vol.5 no.9 São Paulo. ISSN: 1983-3342. 2018.

*apropiada y disponible, incluidas las de carácter recuperativo, moral, espiritual y social basadas en la salud y el deporte. Todos esos programas, actividades y servicios se ofrecerán en atención a las necesidades de tratamiento individual de los reclusos*⁵¹.

Como se estipula en la regla 4, la finalidad de los centros penitenciarios es contribuir de manera positiva en la protección de la sociedad contra la delincuencia y reincorporar a la sociedad a los sujetos que por una razón u otra quebrantaron las leyes y normas de vida al desviarse del camino moralmente correcto. No se debe perder de vista que uno de los primeros objetivos para la fundación de las prisiones y los posteriores más refinados sistemas penitenciarios es el de asegurar que no haya reincidencia en el delito por parte de los presos ya que sean introducidos nuevamente en la sociedad, por eso se les debe brindar las herramientas que aseguren una mejor resocialización del privado de libertad y lo alejen de prácticas destructivas durante el tiempo que se encuentren reclusos. La posibilidad de estudiar, el trabajo, el deporte, entre otras muchas actividades pueden y deben ser estimuladas como prácticas sustitutivas que permitan a los privados de libertad reformar su conducta pasada⁵².

En este sentido, los centros penitenciarios deberían ser convertidos en espacios donde se ofreciesen una serie de actividades programadas para los privados de libertad destinados a la reeducación. Dependiendo de las necesidades de cada recluso, se pueden presentar programas de educación, formación profesional o de trabajos. Todos estos programas ayudan a los presos para: a) fortalecer su autoestima, este tipo de encierro puede atacar los sentimientos del individuo, b) examinar las causas que lo llevaron a cometer el delito, c) darle los conocimientos necesarios para poder encaminarlo a la reinserción tras su puesta en libertad. De igual manera, diversos estudios han mostrado que un mayor contacto con el mundo exterior puede ser beneficioso para los reclusos, fundamentalmente con sus familiares y allegados, así como con instituciones que los puedan ayudar en su retorno a la sociedad.

Regla 5: Principio de normalidad: El régimen penitenciario procurará reducir al mínimo las diferencias entre la vida en prisión y la vida en libertad que tiendan a debilitar el sentido de responsabilidad del recluso o el respeto a su dignidad como ser humano (...). Las administraciones penitenciarias facilitarán todas las instalaciones y acondicionamientos razonables para asegurar que los reclusos con discapacidades físicas, mentales o de otra índole participen de condiciones equitativas y de forma plena y efectiva en la vida de la prisión.

⁵¹ Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos. Asamblea General de Naciones Unidas.

⁵² Sarkin, J. Op. Cit. p. 34.

En lo referente al trabajo intramuros, las reglas Mandela podrían ser interpretadas como medio para facilitar la reinserción a la sociedad de los privados de libertad, además de presentar la oportunidad para los presos de conseguir habilidades y competencias que sustituyan las prácticas delictivas y de acuerdo a las reglas Mandela, la oportunidad de trabajar debe ser otorgada sin que aplique discriminación de ningún tipo para asegurar oportunidades de rehabilitación a todos los reclusos por igual. Todo esto en vista de que los centros penitenciarios no deben ser depósitos de “la basura de la sociedad” como muchos catalogarían a los delincuentes, sino que deben ofrecer a estos individuos que han cometido errores la oportunidad de superarse, reformarse, rehabilitarse y retornar al seno de la sociedad.

Con esto definimos dos tipos de dentro de los recintos penitenciarios: uno remunerado que goza de los beneficios consagrados por la ley y otro que se le presenta como un deber y está constituido por el conjunto de labores de higiene y mantenimiento que debe realizar el privado de libertad dentro de la penitenciaría y que son sus deberes a cumplir y se toman en cuenta al momento de calificar su conducta. La realización de trabajos voluntarios no remunerados no excusa a ningún preso de sus labores en el recinto donde cumple su condena⁵³.

Se debe destacar que de acuerdo a estas normas podría deducirse que los trabajos de intramuros: a) no deben ser impuestos como castigo, b) no deben ser bajo ningún concepto aflictivos, vejatorios, infamantes ni forzados, c) tenderán a promover la formación y el progreso de hábitos laborales para el recluso, d) contribuirán en la gestión de la capacidad que tiene el interno en el desarrollo de actividades una vez sea reintegrado a la vida libre, e) deben ser asignados teniendo en cuenta las capacidades físicas del preso y también en dependencia de la demanda laboral, f) deberán ser remunerados, g) se respetara la legalidad laboral y de seguridad social vigente.

De acuerdo a la regla 96 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (Nelson Mandela) se establece que “se proporcionará a los reclusos un trabajo productivo que sea suficiente para que se mantenga ocupados durante una jornada laboral normal”⁵⁴.

Por tanto, los privados de libertad poseen el derecho de optar por un trabajo productivo, rentable y que ocupe lo que dispone una jornada laboral. Sin embargo, el trabajo que se oferte a los privados de libertad no dependerá solamente del rendimiento

⁵³ Sarkin, J. Op. Cit. p. 35.

⁵⁴ Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos. Asamblea General de Naciones Unidas.

económico individual o del conjunto de toda la actividad. Por ejemplo, en caso de que haya privados de libertad que practiquen o perfeccionen actividades artísticas o intelectuales, estas podrían ser consideradas como una actividad laboral siempre y cuando sea productiva y se adapte a su condición legal y con el régimen de la penitenciaría⁵⁵.

La ocupación que le proporcione el Estado al recluso debe aplicarse como parte del tratamiento de reinserción social, debe ser rentable, esto quiere decir que debe generar un interés económico para ambas partes, empleador e interno. El trabajo que se realiza intramuros debe ser debidamente remunerado para que sirva de incentivo para el preso como una forma de tratamiento para la reinserción del preso a la sociedad.

Este trabajo no puede ser impuesto, debe ser requerido por el interno, lo que conlleva que no puede ser forzado físicamente ni por medios violentos para desempeñar alguna actividad laboral. No obstante, la ley decreta cierta imposición, ya que la negativa injustificada de querer trabajar por parte del interno se considerará como una falta que se verá reflejada de manera desfavorable para la clasificación de su conducta⁵⁶.

El hecho de que el individuo penado de libertad sea voluntario para realizar trabajos remunerados no lo exime de realizar los trabajos que son obligatorios por definición. Asimismo, ningún preso está eximido de realizar los trabajos que se le confieren por obligación de acuerdo con los reglamentos, ya que estos conforman un deber y evidentemente no serán remunerados. Estas actividades son aquellas pertinentes al orden e higiene personal, de la celda del recluso, es decir, al orden y aseo de su “alojamiento”, pabellón, entre otros. Sin embargo, las labores que realiza el interno en el establecimiento penitenciario en cocina, lavadero, higiene y mantenimiento en los espacios comunes, deberán ser consideradas como trabajos con derecho a remuneración, solo cuando se trate de su única ocupación.

Todo aquel trabajo de intramuros que sea designado para cada individuo debe ser acorde a las condiciones y capacidades que posea el preso en cuestión. Efectivamente, debe planificarse teniendo en cuenta sus condiciones psicofísicas y personales. En algunos casos, el preso podrá manifestar su preferencia por el trabajo que desee realizar. Como fue mencionado, aquellos presos que desempeñen funciones artísticas o intelectuales, podrían dejárseles como su única actividad laboral siendo esta de carácter productivo y que sea acorde a su tratamiento. La administración

⁵⁵ Sarkin, J. Op. Cit. p. 38.

⁵⁶ Sarkin, J. Op. Cit. p. 41.

penitenciaria debe garantizar que las funciones laborales que desempeñen los presos estén comprendidas en horarios que no interrumpan otras actividades vitales como, por ejemplo, la educación⁵⁷.

La ley establece que todo trabajo voluntario (intramuros) que desee desempeñar el recluso debe ser para la formación y mejoramiento de los hábitos laborales. Esta debería considerarse una de las primeras finalidades del trabajo hablando en el ámbito del encierro. Razón por la cual el trabajo penitenciario debe promocionar la capacidad laboral del recluso para introducirlo nuevamente a la sociedad, especialmente, la formación de aquellos jóvenes adultos que se deseen capacitar debe ser objetivo de un particular cuidado.

Todo aquel aprendizaje que se les imparta a los presos en el recinto penitenciario debe ser concordante con las condiciones personales e individuales de cada uno, con las posibles actividades que puedan realizar en un futuro en el medio libre, y considerando también las demandas del mercado laboral, fomentando así la organización de sistemas y programas de reformatión laboral con la participación de las autoridades, agrupaciones de los sindicatos, empresas y otras corporaciones vinculadas al trabajo y la producción⁵⁸.

De todo lo antes expuesto resulta notable que la correcta aplicación de las reglas Mandela dentro de la administración de cualquier sistema penitenciario del mundo reportaría enormes beneficios. Esto en vista de que, tal cual como fue establecido desde el primer punto en esta investigación, al referirnos a la historia de las prisiones se establece como principio para su existencia la necesidad de reformar y rehabilitar conductas no deseadas en aquellos componentes de la sociedad que se han salido de las normas e infringido la ley.

Resulta notable entonces, que de acuerdo a los fundamentos de las reglas Mandela previamente analizados, el hecho de que un ser humano cometiese equivocaciones e infringiera la ley al incurrir en conductas delictivas no le convierte en un monstruo, pues continúa siendo un ser humano y sigue formando parte de la sociedad que le debe a cada uno de sus miembros un trato humanitario sin discriminaciones. Sin embargo, la aplicación de las reglas Mandela en la práctica real no es generalizada y a nivel mundial no son acatadas a carta cabal en cada nación, como idealmente debería ocurrir.

⁵⁷ Sarkin, J. Op. Cit. p. 42.

⁵⁸ Ibídem.

En este sentido, analizaremos la situación a nivel mundial tomando como ejemplo diferentes países para soportar el análisis de esta problemática del respeto o violación de los derechos humanos inalienables de los privados de libertad⁵⁹.

Iniciando con Estados Unidos que posee el mayor número de reclusos con un sistema penitenciario que posee un apreciable avance en lo que respecta a su organización y al tema del trabajo intramuros. De acuerdo con los entendidos en la materia el sistema penitenciario norteamericano posee, sin embargo, muchas deficiencias que deben ser superadas en lo referente al trato humanitario; pues esta nación presenta simultáneamente un sistema penitenciario relativamente organizado y progresista, pero con un amplio espacio para el debate en lo referente a maltratos y abusos que son sufridos por los reclusos a manos de los guardias y el personal penitenciario.

En lo pertinente al trabajo realizado por los reclusos, de acuerdo con Morgan⁶⁰, algunos sectores y organizaciones de protección de derechos demandan compensaciones salariales justas y un trato humano a los presos. Estas demandas estarían perfectamente enmarcadas y alineadas con lo que proponen las reglas Mandela, pues de acuerdo a este autor, que presidiarios reciben entre 12 y 40 centavos por hora con casos en Georgia y Arkansas de trabajo no remunerado en lo absoluto.

Asimismo, la situación no es muy favorable tampoco en prisiones dentro de África en donde por ejemplo en Uganda, dos tercios de la población carcelaria no ha recibido juicio alguno y la sobrepoblación, hacinamiento y abusos son comunes. Y aunque la detención sin juicio no es de por sí una violación abierta de derechos humanos no es una práctica deseable para ser tan común y representa un síntoma de un sistema penitenciario que no marcha nada bien. A esto se suma la superpoblación, el hacinamiento, la insalubridad, y el fracaso en la protección de los derechos e integridad física, o el simple derecho a la alimentación de una alta porción de los reclusos y esto sí contraviene lo establecido en las reglas Mandela y coloca en una situación de vulnerabilidad extrema a los privados de libertad.

El caso de América del Sur en lo que al sistema penitenciario se refiere y el seguimiento de sus sistemas penitenciarios de las reglas Mandela cuenta con un amplio repertorio de denuncias debido a las condiciones precarias que viven los reclusos en

⁵⁹ Sarkin, J. Op. Cit. p. 56.

⁶⁰ Morgan. *Empleo penitenciario: así se trabaja en algunas prisiones del mundo*. Chile: Disponible en: <https://www.biobiochile.cl/noticias/sociedad/curiosidades/2017/10/21/empleopenitenciario-asi-se-trabaja-en-algunas-prisiones-del-mundo.shtml>. 2017.

líneas generales, empezando por un acuciado hacinamiento, corrupción, maltratos e incluso torturas con las tasas más altas de sobrepoblación y el más notorio deterioro y desatención humanitarias y de instalaciones para la región.

A este respecto el portal bancomundial⁶¹ reporta que El Salvador tan solo para el año 2014 presentaba una sobrepoblación superior al 300%, Bolivia más de 250% y Perú más del 220% y que en países de Latinoamérica la convicción dentro de centros de reclusión sin la mediación de juicios ni la participación activa del sistema judicial con la atribución propia de condenas es la orden del día y tan común que resulta doloroso a la vez que alarmante, lo cual se traduce en prisiones cada vez más atestadas con recursos para su manutención que tienden a la merma.

Esta sobrepoblación se encuentra íntimamente ligada a maltratos y transgresiones dentro de las penitenciarias de la región y la violación franca a las normas Mandela aquí analizadas. En la zona el maltrato, la corrupción, la delincuencia, la formación de cárteles dentro de las prisiones, los homicidios y los crímenes dentro de las prisiones alcanzan niveles alarmantes y la atención que se otorga al problema es deficiente y no contribuye a la subsanación del sistema penitenciario.

Esta es una situación para la que algunos países han tomado cartas en el asunto buscando reformar su sistema. En este marco encaja iniciativas como la “Penal-Escuela-Taller” peruana, donde se ofrecen cursos de capacitación a cerca de mil reclusos en actividades manuales, textiles y artesanales, beneficiando alrededor de 25 mil privados de libertad⁶².

Mientras que en Uruguay, de acuerdo a González y Narvarte⁶³ se han presentado iniciativas como la de Inclusión Social Generadora Sociedad Anónima (ISG S.A) para ayudar a 29 individuos privados de libertad (se han atendido más de 100 presidiarios hasta la fecha) reclusos en la Unidad Penitenciaria número 4 Santiago Vázquez dándoles trabajo y brindándoles un oficio dentro de un aserradero y un minimercado cuyas ganancias son destinadas a una asociación de familiares y víctimas de la delincuencia (ASFAVIDE). Lo interesante de propuestas como las de ISG S.A. en

⁶¹ Bancomundial.org. *Trabajar desde la prisión, una salida para miles de reclusos en Latinoamérica*. Disponible en: <https://www.bancomundial.org/es/news/feature/2014/03/12/peru-trabajar-desde-laprision-una-salida-para-miles-de-reclusos-en-latinoamerica>. 2014.

⁶² Bancomundial.org. *Trabajar desde la prisión, una salida para miles de reclusos en Latinoamérica*. Disponible en: <https://www.bancomundial.org/es/news/feature/2014/03/12/peru-trabajar-desde-laprision-una-salida-para-miles-de-reclusos-en-latinoamerica>. 2014.

⁶³ González, P.A. y Narvarte, G.A. *Inclusión Social Generadora*. Recuperado de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/miscelaneas/48394-informe-general-empresauruguayainclusion-social-generadora-trabaja>. 2015.

Uruguay es la de su interés en trabajar de la mano de los reclusos para mejorar las dimensiones psicológicas y sociales, saneando su autoestima, dándoles herramientas emocionales, mejorando su situación económica y brindándoles habilidades para reinsertarlos en sociedad; haciendo hincapié en la mejora de su conducta.

Para cerrar en una nota positiva y cargada de esperanza este apartado, existen lugares como Dinamarca, Suecia, Noruega, Dakota del Norte y Segovia que se han organizado en lo que a materia penitenciaria refiere, colocando sus esfuerzos en la rehabilitación de los seres humanos que han sido marginados por la sociedad, que han sido olvidados y rechazados. En estas regiones, se han emprendido iniciativas de reinserción dentro de la sociedad y rehabilitación notorias que van desde la educación intensiva y la introducción de nuevos hábitos y manera de vivir para los reclusos a través del trabajo y otras estrategias definidas para sacar provecho de este importante sector de nuestra sociedad que debe ser considerado por cada nación; considerando el gran potencial no solo beneficios para los presos al rehabilitarlos, no solo para la sociedad que reduce los riesgos asociados a su reincidencia delictiva; sino también al aparato productivo de cada nación que se beneficiaría de la labor de este sector⁶⁴. Estos son los referentes con los que debemos medirnos y a lo que debe aspirar cada nación del mundo.

1.4. La resocialización y los derechos humanos fundamentales.

El término resocialización tiene múltiples vocablos similares, que bien son empleados como sinónimos, aunque en modo alguno puede tener el mismo significado y son los términos de reeducación, reinserción social, re-personalización, re-individualización, reincorporación, que dependen de su traducción o visión, que tratan de referenciar a un fenómeno jurídico, relacionado con la ejecución de la pena.

Por ello, es importante mencionar que la palabra tiene su raíz en el término alemán *resozialisierung*, el cual no se utilizaba desde los principios de la idea, sino que llegó para reemplazar o acompañar al vocablo “mejora”, empleado por Von Liszt. Debe destacarse que su consagración definitiva no tuvo lugar desde las teorías de los fines de la pena, sino en la ejecución y en las medidas de seguridad preventivas de la libertad. Esto se debió en gran parte al aporte que realizaron diversos estudiosos en el año 1969 debido a que en esta fecha se abrió paso a la tesis de que la pena no ha de infligir males

⁶⁴ Martínez-Conde, M.J. *Las exitosas cárceles donde los presos trabajan, hacen deporte y tienen tiempo libre*. Disponible en: <https://www.eldefinido.cl/actualidad/mundo/8851/Las-exitosas-carceles-donde-los-presos-trabajan-hacen-deporte-y-tienen-tiempo-libre/>. 2017.

que se caractericen por ser innecesarios. En este orden de ideas se justifica su ejecución no ya en nombre de la defensa social, ni en el de la retribución, sino en razón del programa de resocialización.⁶⁵

Por otro lado, se encuentran autores que se dedicaron al análisis de la evolución del término que tuvo su nacimiento como un sinónimo de prevención especial, apartando de éste las influencias del aseguramiento o intimidación. En este orden han de destacarse dos puntos muy interesantes. En primer lugar, que más allá que la palabra en sí no sea admitida como un vocablo oficial de acuerdo a la Real Academia Española, eso no le impidió ganar terreno en el campo jurídico, siendo el término de mayor fundamento a la hora de hacerse referencia al fin de la pena privativa de la libertad. En segundo lugar, también se considera que los tratados internacionales referentes a los derechos humanos más importante dentro del sistema constitucional no se inclinaron por dicho precepto, implementando en cambio el de readaptación social.⁶⁶

Como acepción de resocialización vista desde el ángulo de la moralidad, persigue la interiorización de valores a los fines que pueda el condenado retornar a la sociedad, y desde el punto de vista legal que Carrara denomina readaptación jurídica, está referida a la formación del convencimiento del condenado a comportarse conforme a las leyes. Sin embargo, ambos paradigmas deben simultáneamente confluir para que pueda retornar el condenado a la sociedad, sin la posibilidad de reincidir en hechos delictuales. Afirman Kant, Marías, Frías Carvallero, y el papa Karol Wojtyla un elemento diferenciador que varía el resultado resocializador de los programas intracarcelarios, señalando el valor espiritual del individuo como determinante, del cual se desprende la inmanencia o intimidad que permitirá su auto-concepto, su transformación y decisiones que en forma racional y voluntaria de cada privado de libertad, podrá obrar acorde a las normas sociales, es decir, permitiría su resocialización, por lo que ésta no es solamente jurídica, sino moral y hasta intelectual.⁶⁷

Se evidencia de la normativa internacional, la cual ha sido suscrita y aprobada por la República de Argentina, que la finalidad de las penas privativas de libertad ha de ser la resocialización del condenado, como norte fundamental. De manera que se adecue

⁶⁵ Villanova, M. Op. Cit. p. 46

⁶⁶ Cfr. Argenti, N. y Blanco, N. La sentencia y la selección punitiva: penas de reclusión, prisión y perpetuas. La Ley, N° 3664. 2015.

⁶⁷ Viñas, E. Resocialización de condenados: política de Estado y participación de la sociedad. DPyC. República de Argentina. 2015. p. 2-3

el tratamiento penitenciario a la preservación de los derechos y garantías del condenado, en concordancia con el respeto a los Derechos Humanos:

*Así resulta con evidencia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (suscripto en Nueva York el 19/12/1966; aprobado por la República Argentina mediante ley 23.313 del 17/04/1986), en cuanto establece que "El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados" (art. 10, n° 3) y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, refrendado el 22/11/1969, aprobado por la ley 23.054 del 1/3/1984), que prescribe que "Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados" (art. 5, n° 6), con lo cual estos dos tratados internacionales en materia de derechos humanos (ambos de jerarquía constitucional al haber sido incluidos en el texto del art. 75 n° 22 por la reforma de 1994)...*⁶⁸

Las normativas señaladas están dirigidas a la orientación preventiva especial y positiva, ajustando las reglas tanto de la Ley Nacional de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad (ley 24.660), cuanto su simil en la provincia de Buenos Aires, es decir, la ley 12.256. Es entonces en la fase de ejecución de la pena que se pretenden resultados re-socializadores del reo.⁶⁹

La realidad es que el modelo resocializador continúa hoy vigente con todas sus connotaciones punitivas, lo que ha penetrado fuertemente en la cultura jurídica y en la propia legislación que nunca ha sido objeto serio de una propuesta política de reforma, permaneciendo inmune en el ordenamiento jurídico penal. Pero el camino no debe agotarse en la crítica al modelo, en la denuncia de sus serias connotaciones punitivas, en la exposición de su inconsistencia, sino en la proposición de un modelo normativo alternativo propio y característico de todo Estado de derecho. Este es un camino que debe ser iniciado analizando las implicancias concretas que posee el modelo para la progresividad de la pena, desnudando las nociones que oculta el término el cual ha crecido y madurado a las sombras de una especial idea que se caracteriza por ser resocializadora.

Aun cuando las cárceles no son precisamente un sitio promisorio y respetuoso dentro de las rejas, de acuerdo con Kent y la realidad de muchas prisiones en el mundo, el fin ejecutivo de la pena, con visión resocializadora exige la tranquilidad y la paz, la vigilancia y la seguridad primordialmente, más allá que la labor positiva sobre el penado. Así de conformidad con los Derechos Humanos afirma Kent, que se debe evitar

⁶⁸ Ibídem.

⁶⁹ Viñas, E. Op. Cit. p 3

el efecto nocivo del encierro, lo que denomina la “prisionización”, ya que el encierro como castigo, no ofrece posibilidades de resocialización, si no se adecua a cada individualidad, es decir, el interno tenga actividades adecuadas, educativas, laborales, recreativas, etc., que le permitan transformarse en personal útiles. Antropológicamente, quien delinque requiere reeducar la visión del bien y el mal, revalorizar sus potencialidades.⁷⁰

Se debe agregar que es común a la cultura jurídica contemporánea la individualización del fin del programa de ejecución de las penas en la resocialización del individuo que se identifica como el prisionero. Incluso ello ha ganado posiciones en instrumentos internacionales sobre los derechos humanos, constitucionales y en las leyes locales, se considera que ningún ordenamiento penal contemporáneo se ha sustraído del programa resocializador. Entendiéndose además que el fin de la pena es la corrección, readaptación, reforma, reeducación del individuo que se ha desviado al cometer un acto delictivo para que de esta forma este sea depositado en la sociedad transformado o corregido. De esta forma se presenta un concepto un tanto común entre los juristas, pero aun hoy resulta difícil encontrar precedentes o artículos doctrinarios que no lo tomen como base biológica.⁷¹

Por lo tanto el privado de libertad ha de respetarse su libre autonomía, aparejada a todas las posibilidades que le permitan superar los elementos y situaciones que lo llevaron a delinquir, solo así se puede reeducar al interno y retornarlo a la sociedad. El respeto integral a la dignidad humana es el elemento fundamental dentro de los Derechos Humanos:

... el art. 5.2 de la Convención de la Convención Americana sobre Derechos Humanos garantiza: "Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano"; el artículo 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece: "Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano"; el artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre prescribe: "[Todo individuo que haya sido privado de su libertad] Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad"; finalmente, el numeral 1º de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela)

⁷⁰ Viñas, E. Op. Cit. pp. 5-6

⁷¹ Argenti, N. y Blanco, N. “La sentencia y la selección punitiva: penas de reclusión, prisión y perpetuas”. La Ley, N° 3664. 2015

*indica: "Todos los reclusos serán tratados con el respeto que merecen su dignidad y valor intrínsecos en cuanto seres humanos"*⁷².

Asimismo, la normativa deja lineamientos que hagan posible que en el siglo XXI caracterizado por el endurecimiento de la pena privativa de libertad, se logre la humanización de las mismas. No es posible lograr la resocialización, si las penas se refieren a la privación perpetua de libertad, tales como las señaladas en el Estatuto de Roma de la Corte Internacional penal, cuyas prisiones perpetuas se refieren a delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad, entre otros, que no admiten liberación anticipada. En cambio, bajo el criterio de los delitos comunes como contra la propiedad, el hurto, que son la mayoría de los casos, el condenado debe tener la esperanza de retornar a la sociedad, con la justa consecuencia de superación personal, que Bacigalupo afirma que en estos casos el condenado ha de reconocer la norma vulnerada, reparando el daño causado, y a rectificación que le permita compensar su culpabilidad, que de acuerdo con Kant, el condenado ha hecho más de lo que la ley le exige.⁷³

1.5. La resocialización de los condenados en la normativa Argentina.

Se puede colegir que el sistema penal de todo país debe ser ajustado a un marco normativo especial con el cual se puede ofrecer protección a las personas que son acusadas de la comisión de un delito. Además, la libertad es un derecho humano fundamental que solo puede ser afectado en casos excepcionales cuando la gravedad de los actos que son efectuados por una persona lo amerita. En virtud de un delito graves y por medio de sentencia definitiva se podría privar de libertad a una persona. De esta forma la privación de libertad solo procede en casos excepcionales, pero la realidad es diferente puesto que en ocasiones la privación preventiva de libertad se convierte en años de cárcel, lo que configura el cumplimiento de una pena anticipada.⁷⁴

Desde sus orígenes los establecimientos carcelarios han sido el centro de numerosos debates y polémicas, en cuanto a su creación esta se ubica en un primer momento para cumplir con un fin de gran importancia que sería retener a personas que desarrollen actos que van en contra de los gobernantes de turno. En la actualidad la situación carcelaria sigue siendo un tema de debate crítico por parte de los diferentes sectores políticos, jurídicos, económicos, sociológicos, económicos, mediáticos entre otros que intervienen de forma activa en estos debates. Con lo que se puede afirmar

⁷² Quiñonez, G y Quiñonez; H. El derecho humano a la resocialización ante las recientes reformas legales. Aspectos sustantivos y procesales. República de Argentina. 2018. pp. 3-4

⁷³ Cfr. Quiñonez, G y Quiñonez; H. Op. Cit. p 32

⁷⁴ Cfr. Racca, I. Op. Cit. p. 4

entonces que las críticas sobreabundan, sin embargo, las soluciones a este sistema de aislamiento de individuos cuyo propósito actual parece ser el de neutralizar a la sociedad de delincuentes.

Por otro lado, parece que aquellas personas que se encuentran privadas de libertad y cumpliendo una determinada condena que se les ha impuesto bajo la modalidad domiciliaria son olvidadas tanto por agentes judiciales como por los defensores. Lo más grave aún, por aquellos organismos que deben asistirlos y brindarles el tratamiento adecuado para lograr los fines últimos de la ejecución de la pena, que sin duda sería la reinserción social de los privados de libertad por medio de la asistencia o tratamiento y control.⁷⁵

La discusión que se ha establecido en relación a la constitucionalidad de la condena perpetua, lo que ya no se limita a su imposición a personas que han cometido delitos siendo menores de edad, situación que ha sido adecuadamente resuelta por la Corte Suprema y más recientemente por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos en un caso contra argentina, en el cual la Corte Interamericana de los Derechos Humanos aseveró que el establecimiento de condenas perpetuas a menores de edad constituye un trato cruel e inhumano que tiene un severo impacto psicológico sobre los condenados, ya que se anulan las expectativas de resocialización sobre menores de edad, por lo que recomendó reformar el régimen penal juvenil. Con la sanción en el año 2004 de diversas modificaciones del texto sustantivo penal, que se dictaron a la luz de lo que se denomina populismo penal, hizo que el instituto de la pena perpetua incorporado por el codificador argentino en 1921 adquiriera nuevos contornos.⁷⁶

Cabe mencionar además que la Ley 25.892 efectuó alteraciones sustanciales en la economía del sistema al modificar los artículos 13 y 14 del código penal⁷⁷, con lo que se elevó de 20 a 35 años el tiempo que se requiere para que una persona que se ha condenado a prisión perpetua pudiera solicitar la libertad condicional. En la segunda norma se dispuso que no solo los reincidentes estén excluidos de la posibilidad de obtener libertad condicional sino también aquellos que resulten condenados en virtud de algunos de los tipos penales como el homicidio *criminis causae*, el abuso sexual entre otros.

⁷⁵ Cfr. Racca, Op. Cit. pp. 12-14

⁷⁶ Cfr. Silvestri, C. La justificación de la sanción penal y la discrecionalidad de derecho de los jueces: un enfoque filosófico-jurídico. Bueno Aires, Argentina: Centro de Formación Judicial del Consejo de la Magistratura de la CABA. 2008.

⁷⁷ Ley Nacional N° 25.892 modificaciones a los artículos 13 y 14 del Código Penal de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 26 de mayo de 2004.

La resocialización se ha considerado como un especial régimen que se reconoce al nivel internacional para que de esta forma la persona que ha cometido un delito puede corregir su conducta y además de ello se puedan integrar a la sociedad sin problema alguno. Por su parte en los niveles inferiores del sistema normativo en estudio la Ley Nacional de Ejecución Penal N° 24.660 en su artículo 1⁷⁸ indica que la ejecución de las penas privativas de la libertad en todas sus modalidades debe tener por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley. Añade que ese tiempo en el que se le suprime una prerrogativa fundamental debe procurar su adecuada reinserción social. De este modo la Ley Bonaerense de Ejecución Penal, establece en su artículo 4 que el fin último es la adecuada inserción social de los procesados y condenados a través de la asistencia y control.

En relación a este tema se presentan posturas claras, donde se destacan los legisladores bonaerenses de 1998 quienes al sancionar la Ley de Ejecución Penal disponen que la privación de los encausados, la ejecución de la pena, la interacción subsiguiente al sobreseimiento o absolución en los actos de acuerdo al artículo 34 inciso 1 del Código Penal⁷⁹. En general el tratamiento de los condenados, su orientación y la lucha contra la delincuencia en los aspectos especialmente contemplados, se rigen por las dispersiones que se presentan en dicho código. A lo que se agrega que la finalidad primordial del régimen penitenciario es la reeducación del condenado especialmente en los aspectos de la moral y aspectos sociales.⁸⁰

A lo que se suma la conciencia social con base a lo cual se puede inculcar el respeto al orden y a las normas de convivencia, creando para ello ámbitos de trabajo, y enseñando una profesión al penado. Se puede destacar la enorme importancia de esta corriente aun cuando se han presentado diversas críticas (todas sobre el bajo nivel represivo que se aplica a los condenados), que tal vez se ha debido a la influencia que han tenido sus seguidores para el derecho penal moderno, ya que las teorías correccionalistas de la pena con los aportes que se han verificado por diversos autores, han sabido dominar el escenario penal.

⁷⁸ Artículo 1 de la Ley Nacional de Ejecución Penal N° 24.660. Boletín Oficial de la República Argentina, 16 de julio de 1996.

⁷⁹ Artículo 34 inciso 1 del Código Penal de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 03 de noviembre de 1921.

⁸⁰ Cfr. Kent, J. La animosa intención de expandir medidas alternativas a la prisión. Un arriesgado empeño, en función de las carencias anejas a los estamentos de vigilancia comunitaria. La Ley, N° 4489. 2012.

Los principios básicos para el tratamiento de los reclusos, aunque de forma explícita no presentan lo referente al fin de la pena privativa de la libertad, consagran en su apartado primero⁸¹ que todos los reclusos serán tratados con el respeto que merece su dignidad y valor inherente de seres humanos. En cuanto al orden interno la Constitución Nacional en su artículo 18⁸² en su última parte indica que las cárceles de la nación serán sanas y limpias, para con ello garantizar seguridad de los reclusos y no para castigo de los reos que se encuentran detenidos. Toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice.

A nivel provincial se presenta, como ejemplo, la Ley de Ejecución Penal Bonaerense que en su artículo 4 indica que el fin último es la adecuada reinserción social de los procesados y condenados por medio de la asistencia o tratamiento y control. Con todo lo expuesto se puede observar que las personas que son privadas de su libertad bajo cualquier modalidad se deben hallar sometidas a la asistencia continua por parte de los agentes del Estado. Por lo que se deberá ofrecer un tratamiento individualizado para personas cuyo contenido deberá comprometer una permanente interacción entre el privado de libertad y el equipo de profesionales especializados en diferentes disciplinas. Este es un equipo que deberá asistirlo de forma integral para de esta forma poder lograr la tan anhelada progresividad en la ejecución de la pena por parte de la persona durante su condena.

El sistema penal en todo país cumple funciones de gran importancia debido a que justifica hacer frente a aquellas conductas delictivas que pueden afectar la seguridad y tranquilidad que debe estar presente en todo Estado. Resulta necesario que en el ejercicio del *ius puniendi* se tome en cuenta que el derecho a la libertad configura como un derecho humano fundamental. En tal virtud la persona solo puede ser privada de esta prerrogativa en casos excepcionales y cuando por medio de una sentencia firme de determine que la personas ha sido la responsable de un determinado delito.

Las personas que son privadas de la libertad tienen derecho a un debido trato en el que gravita un importante principio que es el de la humanidad en la ejecución de las penas, por lo que recae en cabeza del Estado el deber de asegura las condiciones necesarias para el desarrollo de una vida digna mientras dura la condena. En tal caso juega en papel fundamental la labor de los jueces y la defensa quienes deben velar por el

⁸¹ Resolución 45/111. Asamblea General de las Naciones Unidas.

⁸² Artículo 18 de la Constitución Nacional. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

cumplimiento de las garantías constitucionales y el respeto de los derechos humanos. Todo esto debe ser considerado para cumplir con los fines de la aplicación de las sanciones penales que sería la reinserción social y la reeducación y readaptación del condenado al entorno social sin problema alguno.

Capítulo 2: Los alcances del derecho a la intimidad y el derecho a la información

Introducción

En primer lugar, resulta necesario destacar la importancia que tiene la información para el mundo actual, dados los procedimientos de globalización y actualización constante en el cual vivimos, donde los avances tecnológicos suscitados en los últimos tiempos tienen un fuerte impacto en las personas.

Y es que resulta notorio el vertiginoso auge del mundo cibernético y las redes sociales, que más que una posibilidad de interactuar, se han convertido en un medio de comunicación por excelencia abarcando todas las edades, pues desde cualquier parte del mundo en donde se tenga conexión a internet y se disponga de una computadora se puede difundir un mensaje, así como compartir contenido de diversa índole, tales como imágenes, videos, conversaciones, y más, pues el abanico de posibilidades resulta infinito, convirtiendo sus vidas un escenario público, y en atención a ello, surge la interrogante: ¿cuál es el límite de la privacidad en internet?

En razón a esta interrogante, el estudio de la privacidad, entendido no sólo como un elemento a considerar en la vida del ser humano, sino como el derecho fundamental que tienen las personas a que se respete su información, resulta trascendental e impostergable.

A fin de lograr el objetivo trazado, se valorará lo referente a los derechos colectivos y privados, a fin de comprender su definición, su peso en la esfera jurídica y los sujetos que pudiesen verse afectados. Tras lo cual se analizarán las definiciones del derecho a la información y a la privacidad, entendidas desde el punto de vista de la doctrina más calificada.

2.1. Cuestiones generales en torno a los derechos a la información y a la intimidad

Los derechos humanos han sido definidos como aquellos derechos inherentes a todo ser humano, sin discriminación alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición, pues se encuentran interrelacionados, siendo interdependientes e indivisibles.

Es decir, han sido entendidos como toda prerrogativa que posee una persona, por el hecho de haber nacido y ser persona, de la cual deviene la obligación de los particulares de respetarlo, y por parte del Estado, el deber de tutelarlos. Ahora bien, dicha

prerrogativa no goza únicamente de los derechos inherentes a la vida, sino que por el contrario, se adicionan una serie de derechos, que si bien son de carácter individual, deben ser respetados y tutelados por el ordenamiento jurídico, destacando entre ellos el derecho a la información y el derecho a la intimidad.

Así las cosas, corresponde detallar a *grosso modo*, lo inherente al derecho a la información en un sentido *lato sensu*, siendo vital para todo ser humano poder gozar de la posibilidad de conocer y entender no solo sus derechos, sino las circunstancias que rigen sus condiciones de vida.

Un sector de la doctrina relaciona estrechamente el derecho a la información con el derecho de libertad de expresión, esto es, los agrupan como parientes cercanos, ambos tratados como un derecho humano, de obligatorio respeto y que debe ser efectivamente tutelado por el Estado.

Sin embargo, al hablar del derecho a la información, surge la necesidad de acotar que no se trata de un derecho absoluto, por cuanto se ve limitado por la privacidad, es decir, por la información que no es de conocimiento público y que entraña datos personales de un individuo⁸³.

Por lo que resulta acertado afirmar que, paralelamente al derecho a la información, nos topamos con el derecho a la privacidad, que propugna como norte, resguardar todos aquellos datos de carácter personal, relacionados con el derecho a la intimidad.

No obstante, pese a que se piensa que el derecho se limita a solicitar y recibir información, esto no es del todo cierto, pues va mucho más allá, comprende la obligación de las entidades públicas de publicar la información de manera continua en el tiempo, sin necesidad de efectuarse una solicitud por el particular.

2.1.1. Derecho a la información: Concepto

Las raíces del derecho a la información datan desde las sociedades primitivas, cuando la información se trataba de un bien reservado a unos pocos por vincularse con asuntos de naturaleza política, religiosa o económica. Sin embargo, esta tesis ha sido superada, diversos ordenamientos del mundo y convenciones internacionales lo han consagrado como un derecho fundamental.

⁸³ Cfr. Echeverría, G. El acceso a la información pública. El derecho y sus límites [Internet]. Argentina: Sistema Argentino de Información Jurídica. Noviembre 2012 [citado el 2020 Abril 09]. Disponible en: DACF120209. p. 5.

Hoy día es considerado un bien valioso, que comprende el acceso a la información pública, es decir, un derecho en poder de los ciudadanos, quienes se encuentran facultados para acceder a aquella información que se encuentre en manos estatales; ello tiene su razón de ser, pues les permite participar activamente en la marcha de los asuntos públicos, juzgar correctamente la actuación de sus representantes, y eventualmente hacerlos responsables de los perjuicios que pudieran ocasionar en el ejercicio de su función pública.

A fin de comprender la concepción del derecho a la información, resulta pertinente traer a colación diversas nociones expuestas por la doctrina, analizando su contenido y alcance:

*Es aquel que tiene "toda persona de poder transmitir información y de recibirla, de participar cognoscitivamente de los hechos, sucesos y eventos que ocurren en el mundo y que se reputan necesarios para su participación en la sociedad, y como consecuencia de esa participación misma a través de la manifestación de ideas, pensamientos, opiniones, e informaciones, es un derecho individual, natural, inalienable, inescindible como propiedad de la persona humana por su sola condición de tal sin necesidad de reconocimiento previo por parte del Estado"*⁸⁴.

De lo anterior se desprenden tres grandes dimensiones, la de buscar, recibir y difundir información sin limitaciones de fronteras y medios de expresión.

Por su parte, el derecho a la información pública se entiende como:

*La facultad que tiene todo ciudadano, como consecuencia del sistema republicano de gobierno, de acceder a todo tipo de información en poder tanto de entidades públicas como de personas privadas que ejerzan funciones públicas o reciban fondos del Estado, con la consecuente obligación estatal de instrumentar un sistema administrativo que facilite a cualquiera la identificación y el acceso a la información solicitada*⁸⁵.

En tal sentido, la información pública se fundamenta en la necesidad que tienen los ciudadanos de conocer las actividades y la gestión de aquellos poderes públicos en los que deposita su soberanía, ya sea para salvaguardar la diversidad de pensamiento, para favorecer que los funcionarios trabajen mejor, garantizar la transparencia y honestidad en la cosa pública o sencillamente por la necesidad natural de conocer datos e informaciones.

Como complemento de lo anterior, en decisión judicial se consideró a la libertad de información como parte de los derechos de proyección social e institucional por la

⁸⁴ Echeverría, G. El acceso a la información pública. El derecho y sus límites [Internet]. Argentina: Sistema Argentino de Información Jurídica. Noviembre 2012 [citado el 2020 Abril 09]. p.1. Disponible en: DACF120209.

⁸⁵ *Ibidem*

ambivalencia que posee: “la propia de un derecho personal, y la de un derecho socio-institucional ejercido a través de los medios de comunicación”⁸⁶.

Los actos de gobierno son públicos, por tanto lo son también los actos del poder judicial y es que, a medida que los actos procesales se van cumpliendo, toman estado público al ser actos de poder: “La simple publicidad no viola los derechos de los justiciables comprometidos en un proceso, mientras que quien difunda la información, no añadida a la noticia, comentarios en desmedro del deber periodístico o violatorio de los derechos ajenos”⁸⁷.

En tal sentido, solo existirán limitaciones al acceso a la información pública cuando las leyes lo especifiquen de manera taxativa y detallada, en casos que pudiesen alterar el orden democrático o la seguridad nacional. En otras palabras, el impedimento a la información debe ser la excepción y nunca la regla, pues ello facilita un acercamiento entre los ciudadanos y sus gobernantes, así como a su vez promueve la rendición de cuentas, todo lo cual propugna un clima transparencia y participación, sana las instituciones, que son las bases de un sistema democrático, donde existe una participación del sujeto titular de derechos políticos, particularmente mediante el sufragio, en la creación del orden que lo va a regir.

Pese a ello, gran parte de los gobiernos democráticos propugnan el principio de reserva discrecional, el cual le concede la potestad de mantener cualquier información, atentando así con el normal desenvolvimiento de la democracia, al imposibilitar un abierto intercambio de información. Como respuesta a este principio, diversos sistemas democráticos han expresado su descontento y disconformidad, sosteniendo que es equívoco y debe ser dejado de lado, cuya excepción la conforman materias específicas que ameriten permanecer ocultas.

El concepto del derecho a la información se basa en que las autoridades son simplemente los guardianes de la misma para la sociedad, y que la información que está en manos del Estado es también propiedad de la sociedad. Cuando la transparencia reemplaza los secretos y el poder se expone al escrutinio público, los abusos se pueden frenar, la opinión pública se puede incorporar, y el Estado puede rendirle cuentas al interés público. Todos los países del mundo necesitan un sistema de equilibrio a la toma de decisiones en el ejercicio del poder público, particularmente

⁸⁶ Bidart Campos, G. Presunción de inocencia, derecho al honor, derecho a la información y libertad de prensa [Internet]. Argentina: Sistema Argentino de Información Jurídica. Diciembre 1995 [citado el 2020 Abril 09]. p. 16. Disponible en: DACJ960133.

⁸⁷ *Ibidem*

*mediante el derecho a la información y la supervisión pública que esto permite*⁸⁸.

Este derecho supone que toda aquella información que se encuentre en manos de las entidades públicas, debe estar a disposición de los ciudadanos, salvo que exista un riesgo superior de perjuicio para un legítimo interés público o privado, de conformidad con el principio de transparencia máxima. No obstante, ello supone, que las entidades no sólo deben poner todo el esfuerzo necesario, sino que de forma coetánea, deben crearse sistemas independientes de apelación para evitar la indebida discreción administrativa en la interpretación del alcance de las excepciones al derecho de acceso.

Continúa su exposición el autor *in comento*, cuando señala “*el principio de la transparencia máxima implica que el alcance del derecho a la información debe ser tan amplio como la gama de información y entidades respectivas, así como los individuos que puedan reclamar el derecho*”⁸⁹.

Aunado a ello, para que el derecho a la información se consolide, no es suficiente requerir que las entidades públicas accedan a las solicitudes de información, se requiere además que éstas publiquen y difundan el mensaje, aún en ausencia de solicitud, esto es lo que se le conoce como principio de obligación de publicación, lo cual contribuye a optimizar la eficiencia de las instancias gubernamentales y mejorar la calidad de vida de las personas, al brindarles la posibilidad de conocer los contenidos de las decisiones que se toman día tras día, permitiéndoles controlar así la corrupción del sistema.

Otras de las definiciones planteadas por la doctrina ilustran la naturaleza de la figura, cuando en tal sentido dispone:

*El derecho de acceso a la información pública es la facultad que tiene todo ciudadano, como consecuencia del sistema republicano de gobierno, de acceder a todo tipo de informaciones en poder tanto de entidades públicas como de personas privadas que ejerzan funciones públicas o reciban fondos del estado, con la consecuente obligación estatal de instrumentar un sistema administrativo que facilite a cualquiera la identificación y el acceso a la información solicitada*⁹⁰.

⁸⁸ Mendel, T. El Derecho a la información en América latina: comparación jurídica [Internet]. UNESCO Office Quito and Regional Bureau for Communication and Information in Latin America and the Caribbean. 2009 [citado el 2020 Abril 09]. p.16. Disponible en: EC/2008/CI/PI/13.

⁸⁹ Mendel, T. Op. Cit. p. 39.

⁹⁰ Díaz.Cafferata, S. El derecho de acceso a la información pública. Situación actual y propuestas para una Ley [Internet]. Argentina: Lecciones y Ensayos, Nro. 86. 2009 [citado el 2020 Abril 09]. p. 3. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/86/06-ensayo-diaz-cafferata.pdf>

De lo anterior se concluye que, en la información encontramos dos sujetos, por una parte el que emite la información y por otro lado el sujeto que la recibe. Y dicha información va de la mano con la libertad de expresión, la cual a su vez abarca diversos objetivos, uno de ellos es el derecho a la noticia, siendo ello posible en el marco de un sistema republicano de gobierno, que tiene como norte la democracia.

2.1.2. Derecho a la privacidad: Concepto

Dentro de los derechos fundamentales, cobra una especial importancia los derechos de la personalidad, dentro de los que destacan el derecho a la privacidad, entendida ésta como la parte más profunda de la vida de una persona, constituyendo así un derecho personalísimo, inherente a la propia naturaleza del hombre, que comprende sus sentimientos, vida familiar y relaciones de amistad.

En tal sentido, el derecho a la intimidad ha sido definido por Santos Cifuentes como *“el derecho personalísimo que permite sustraer a la persona de la publicidad o de otras turbaciones a la vida privada, el cual está limitado por las necesidades sociales y los intereses públicos”*⁹¹. Una decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación señala que el derecho a la intimidad (artículo 19 de la Constitución), ampara la autonomía individual integrada por sentimientos, hábitos, costumbres, relaciones familiares, posición económica, creencias religiosas, salud mental y física y todos los hechos y datos que integran el estilo de vida de una persona que la comunidad considera reservadas al individuo y cuyo conocimiento o divulgación significa un peligro para la intimidad⁹².

Es decir, el derecho a la intimidad es el que poseen todas las personas de poder excluir a las demás del conocimiento de su vida personal, tanto de sus sentimientos y comportamientos.

*El derecho a la intimidad es la facultad que le reconoce el estado al hombre de mantener reservada la información que considere no comunicable. Entonces el hombre decide cuales son los datos que debe limitar a su saber y el Derecho es el que se encarga mediante sus leyes de evitar la intromisión de terceros a dicha información*⁹³.

Es por ello que la mayoría de las legislaciones internacionales coinciden en que queda prohibido el almacenamiento de datos de carácter personal que revelen ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial o étnico, o vida sexual. En

⁹¹ Scanavino, F. Derecho a la Intimidad vs Derecho a la Información. Antagonismo o Complementariedad [Internet]. Argentina: Sistema Argentino de Información Jurídica. Noviembre 2012 [citado el 2020 Abril 09]. p. 2. Disponible en: DACF120207

⁹² *Ibidem*

⁹³ *Ibidem*

Argentina se regula mediante la Ley del Habeas Data. Entendiéndose por datos de carácter personal, aquellos relacionados con la intimidad de las personas, que deben ser legalmente protegidos.

*El “derecho a la intimidad” es una facultad subjetiva reconocida a favor de la persona física, de no permitir la intromisión de extraños, en lo que respecta al ámbito de su reserva individual, sin perjuicio de las limitaciones normativas que de manera expresa se establezcan o de costumbres y usos sociales prevalecientes en una época y lugar determinados*⁹⁴.

De esta manera, el derecho a la privacidad faculta a su titular a excluir la intromisión de terceros en aquello que constituye el espacio personal del individuo, que abarca lo íntimo y reservado, de manera que le garantice vivir y actuar en ese ámbito privado, fuera del alcance de las autoridades o terceros que pudiesen juzgarles o recriminar esas acciones, siempre que no sean contrarias al orden público, la moral, las buenas costumbres o los derechos de otras personas⁹⁵.

Hoy día este derecho ha cobrado fuerza y relevancia, en virtud de los vertiginosos avances tecnológicos que convierten cada vez más vulnerables a los individuos frente a las intromisiones de su vida privada. Gutiérrez Boada sostiene que *“resulta insuficiente concebir la intimidad como un derecho de defensa frente a cualquier intromisión de la esfera privada, sin contemplarla, al propio tiempo, como un derecho activo de control sobre el flujo de informaciones que conciernen a cada sujeto”*⁹⁶.

El derecho a la intimidad tiene conexión directa con el ámbito psicológico e inconmensurable del individuo. Se diría que está más orientado hacia la protección de la personalidad, valores morales y religiosos, sentimientos y orientaciones ideológicas, como si lo íntimo estuviese fuera del alcance del interés público, para manifestarse en una zona de reserva, sin intromisiones de ninguna clase; aunque el derecho a la privacidad contempla todos los ámbitos de la vida de una persona, desde sus relaciones amorosas hasta sus convicciones e ideologías, por lo que podría asimilarse a la privacidad con la intimidad y por tanto, en ambas no debería aceptarse intromisión alguna.

⁹⁴ Celis, M. La protección de la intimidad como derecho fundamental de los mexicanos [Internet]. México: Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Protección de la persona y derechos fundamentales. 2006 [citado el 2020 Abril 09]. p. 4. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2253/9.pdf>

⁹⁵ *Ibidem*

⁹⁶ *Ibidem*

Masciotra⁹⁷ señala las facultades del destinatario de la información, como titular de derechos: a) a recibir informaciones u opiniones; b) a seleccionar los medios y la información a recibir; c) a ser informado verazmente; d) a que se preserve su honra e intimidad; e) a requerir la imposición de responsabilidades legales y f) a solicitar la rectificación o respuesta.

El informado como sujeto universal del derecho a la información, uno de los derechos humanos que, en las sociedades modernas, tiene la igual jerarquía que el derecho a la educación⁹⁸.

Es menester acotar que pese a que el periodismo debe contar con libertad de acción, no debe olvidarse que esta no ostenta un carácter absoluto, pues lo contrario sería admitir una concepción antisocial.

2.1.2.1. Debates Doctrinarios

Es indiscutible que tanto el derecho a la intimidad como el de libertad de expresión cuentan con una protección amparada por la Constitución, empero, aún en la actualidad se discute como la utilización discrecional de la información pone en peligro los derechos y libertades, siendo el más comprometido el de la intimidad, ello como consecuencia de los avances de las nuevas tecnologías.

Roca De Estrada⁹⁹ indica que estos derechos parecieran encontrarse o contraponerse y no obstante, se complementan, también advierte que el derecho a la información como *“uno de los dos derechos o libertades que constituyen la libertad de prensa, siendo el otro la libertad de expresión, encuentra sus límites en el derecho a la intimidad, y viceversa, dependiendo de la situación y el contexto”*¹⁰⁰.

En sintonía con lo expuesto, Scanavino¹⁰¹ sostiene que el derecho a la intimidad no se contrapone al derecho de información, mientras este último no invada su ámbito,

⁹⁷ Masciotra, M. Las bases de datos periodísticos y su inconstitucional exclusión del ámbito de la protección de los datos personales [Internet]. Argentina: Sistema Argentino de Información Jurídica. 2004 [citado el 2020 Abril 09]. p. 2. Disponible en: DACC040052

⁹⁸ Cfr. Masciotra, M. Las bases de datos periodísticos y su inconstitucional exclusión del ámbito de la protección de los datos personales [Internet]. Argentina: Sistema Argentino de Información Jurídica. 2004 [citado el 2020 Abril 09]. p. 2. Disponible en: DACC040052

⁹⁹ Cfr. Roca de Estrada, P. Derecho a la intimidad de niños, niñas, adolescentes, y medios de comunicación [Internet]. Argentina: Sistema Argentino de Información Jurídica. Febrero 2002 [citado el 2020 Abril 09]. p. 1. Disponible en: DACF010054

¹⁰⁰ *Ibidem*

¹⁰¹ Scanavino, F. Derecho a la Intimidad vs Derecho a la Información. Antagonismo o Complementariedad [Internet]. Argentina: Sistema Argentino de Información Jurídica. Noviembre 2012 [citado el 2020 Abril 09]. p. 3. Disponible en: DACF120207

más bien funciona como una limitación, al igual que la seguridad y el orden público, en lo que respecta a la interacción del individuo con la sociedad.

La importancia del derecho a la intimidad radica en que se trata de un derecho fundamental que le ofrece protección frente a la intromisión por parte del Estado o de la comunidad y mientras esté vigente de manera plena, posibilita el desarrollo íntegro de la personalidad del individuo¹⁰².

Mendel¹⁰³ destaca la importancia y avance que representa el reconocimiento del derecho a la información como derecho humano fundamental, lo que antes fue una petición, ahora tiene un apoyo muy generalizado y quienes discreparían de esta afirmación, estarían ignorando los antecedentes históricos que dejan cada vez más evidente ese apoyo.

Se debe encontrar un equilibrio entre los derechos enfrentados, apunta Masciotra¹⁰⁴, de forma tal que sin afectar el derecho personalísimo del individuo, se proteja la libertad y el derecho de informar, y sólo cuando ello resulte imposible, lo correcto sería confrontar los bienes jurídicos y los valores que se encuentran en juego y así realizar la interpretación que de manera más justa establezca un orden jerárquico. De este modo, se logrará dar prevalencia a uno de los derechos por encima de los restantes cuando resulte imposible el pleno desarrollo de ambos.

(...) entendemos que debe darse preferencia a la protección de los datos personales, en primer lugar por cuanto es el derecho agredido por el derecho a la información, que reviste el rol de atacante y, por ende, aquél debe contar con mayor protección. En segundo lugar, pues en la tutela de los datos personales el bien protegido es la dignidad humana, valor supremo que garantiza nuestra Carta Magna. Cuando existe una coalición de derechos, debe tener un lugar de preferencia en la escala axiológica la protección a la información subjetiva de las personas, que se asienta en la dignidad del hombre. Por ello, consideramos que a tenor del plexo de derechos y garantías que ampara nuestra Carta Magna, la prohibición estatuida en el art. 1 in fine de la Ley 25.326 es claramente inconstitucional y que toda persona puede tomar conocimiento de los datos concernientes a ella y su finalidad, que consten en registros o bancos de datos de las

¹⁰² Cfr. Celis, M. La protección de la intimidad como derecho fundamental de los mexicanos [Internet]. México: Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Protección de la persona y derechos fundamentales. 2006 [citado el 2020 Abril 09]. p. 9. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2253/9.pdf>

¹⁰³ Cfr. Mendel, T. El Derecho a la información en América latina: comparación jurídica [Internet]. UNESCO Office Quito and Regional Bureau for Communication and Information in Latin America and the Caribbean. 2009 [citado el 2020 Abril 09]. p. 9. Disponible en: EC/2008/CI/PI/13

¹⁰⁴ Cfr. Masciotra, M. Las bases de datos periodísticos y su inconstitucional exclusión del ámbito de la protección de los datos personales [Internet]. Argentina: Sistema Argentino de Información Jurídica. 2004 [citado el 2020 Abril 09]. p. 10. Disponible en: DACC040052

*empresas periodísticas y en caso de falsedad o discriminación, exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. La única restricción fijada por el propio art. 43 de la Constitución Nacional es conocer las fuentes de información periodística. La solución propuesta es el justo medio entre el derecho a la libertad de expresión y la garantía instrumental que tutela el derecho de todos los habitantes al respeto a su honra, a la verdad y la dignidad humana. Ello es precisamente el criterio impuesto por la Directiva 95/46/CE, al prescribir en su art.9: "Tratamiento de datos personales y libertad de expresión. En lo referente al tratamiento de datos personales con fines exclusivamente periodísticos o de expresión artística o literaria, los Estados miembros establecerán, respecto de las disposiciones del presente capítulo, del capítulo IV y del capítulo VI, exenciones y excepciones sólo en la medida en que resulten necesarias para conciliar el derecho a la intimidad con las normas que rigen la libertad de expresión"*¹⁰⁵.

En tanto sea comprensible que el derecho a la información no es de carácter absoluto, en virtud que el legislador prevé responsabilidades en los casos de abuso de su ejercicio, podrá afirmarse que la protección del ámbito de intimidad de las personas, tutelado por la legislación común, no afecta la libertad de expresión garantizada por la Constitución, ni cede ante la preeminencia de ésta.

2.2. El derecho a la intimidad

Los principios de intimidad y privacidad están tan ligados¹⁰⁶ que, aun separándolos como derechos distintos, el derecho a la privacidad se encuentra inmerso en el de la intimidad, protegido por el artículo 19 de la Constitución¹⁰⁷ por guardar relación directa con la libertad del individuo, en cuanto a la forma de vida que resuelva reservar del conocimiento y divulgación de parte de otros, como lo ha establecido la Corte Suprema cuando *"ha debido adecuar el derecho vigente a la realidad comunitaria para evitar la cristalización de las normas y preceptos constitucionales"*¹⁰⁸, labor inestimable especialmente ahora con el avance de la tecnología y la publicación de información en las redes sociales.

En otras normas que siguen la línea constitucional en cuanto a la protección de la intimidad, se encuentra el artículo 1770 del Código Civil y Comercial¹⁰⁹ sobre protección de la vida privada, ampliando la figura de la intromisión basada en la intervención de las comunicaciones telefónicas que dio origen a su precedente, el

¹⁰⁵ Masciotra, M. Las bases de datos periodísticos y su inconstitucional exclusión del ámbito de la protección de los datos personales [Internet]. Argentina: Sistema Argentino de Información Jurídica. 2004 [citado el 2020 Abril 09]. p. 10. Disponible en: DACC040052

¹⁰⁶ Cfr. Simari, V. ¿Más internet importa menos derecho a la intimidad? [Internet]. Argentina: Thompson Reuters. 2016 [citado el 2020 Abril 09]. p. 2. Disponible en: AP/DOC/793/2016

¹⁰⁷ Ley 24.430. Constitución de la Nación Argentina. Boletín Oficial del 03/01/1995

¹⁰⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación. "Indalia Ponzetti de Balbin c/ Editorial Atlantida S.A. s/ Daños y Perjuicios", 11 de Diciembre de 1984.

¹⁰⁹ Ley 26.994. Código Civil y Comercial Unificado. Boletín Oficial del 08/10/2014.

artículo 1071 bis del Código anterior¹¹⁰, para acoger a todo aquel que arbitrariamente se entromete en la vida ajena y publica retratos, difunde correspondencia, mortifica a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad.

El consentimiento de la persona para permitir la publicación de hechos, imágenes o comentarios puede revocarse, no puede presumirse y tal es la protección de los derechos personalísimos, que no basta manifestarlo y solo es admitido cuando no resulta contrario a la ley, a la moral o a las buenas costumbres. No exime de la culpa y la interpretación restrictiva depende del juez, como otros asuntos que se deja a la casuística resolver mediante los principios generales del derecho dada la novedad de muchos casos, por los cuales habrá que “*sopesar la incidencia y características del medio a través del cual tuvo lugar la afectación del derecho a la intimidad*”¹¹¹.

La tensión de los derechos es inevitable, pese al compromiso de los administradores o desarrolladores de tecnología en apoyar la educación en el uso responsable y adopción de políticas conforme a las normativas dirigidas a la protección de derechos fundamentales, en particular cuando deben colaborar con sus herramientas en la atención de denuncias y solicitudes que afectan a los usuarios o público en general.

Así como la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejó sentado en el caso “Reyes”¹¹², la necesidad que los sujetos obligados expongan, describan y demuestren de manera detallada los elementos y las razones por las cuales, la entrega de esos datos resulta susceptible de ocasionar un daño al fin legítimamente protegido, cuando se trata de conciliar el derecho de acceso a la información con las restricciones legales¹¹³, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en sentencia alusiva aclara que:

*(...) cuando se trata de hacer efectivos los derechos humanos —como ha sido calificado el derecho de buscar y recibir información, que a la luz del principio de la máxima divulgación se considera piedra angular de la democracia—, no tienen lugar las interpretaciones restrictivas que condicionen el pleno ejercicio de tales derechos*¹¹⁴.

El acceso a la información se ha cuestionado en muchos casos relacionados al interés público, en especial cuando se trata de entes públicos o privados, con o sin autonomía, que por muy estratégicas que sean sus actividades para la Nación, su

¹¹⁰ Ley 340. Código Civil. Vigente desde 1° de Enero de 1871. Derogado el 1° de Agosto 2015.

¹¹¹ Simari, V. ¿Más internet importa menos derecho a la intimidad? [Internet]. Argentina: Thompson Reuters. 2016 [citado el 2020 Abril 09]. p. 4. Disponible en: AP/DOC/793/2016

¹¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Claude Reyes y otros v. Chile", del 19/9/2006.

¹¹³ Cfr. Conde, A. Del Derecho Humano a buscar y recibir información, disposiciones normativas especiales y control democrático [Internet]. Argentina: Thomson Reuters. 2016 [citado el 2020 Abril 09]. p. 5. Disponible en: AP/DOC/180/2016

¹¹⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación. "Giustiniani, Rubén Héctor v. YPF SA s/amparo por mora", del 10/11/2015

carácter (público o estatal), no les exime de la obligación a brindar la información que se le exige si son públicos los intereses que desarrolla y gestiona¹¹⁵. El control de la convencionalidad de los jueces, ejercido de oficio para descalificar normas locales que se opongan a la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹¹⁶, impone el resguardo del derecho fundamental frente a cualquier limitación que impida el acceso, de manera oportuna, a la información de interés público.

2.3. El derecho de acceso a la información

Todos los órganos del Poder Público deben garantizar el cumplimiento de la obligación a proveer la información solicitada, no sólo las instituciones o dependencias administrativas del Poder Ejecutivo, con el propósito de adecuar su normativa a lo establecido en la Convención Americana. El artículo 16 del Reglamento de Acceso a la Información Pública (RAIP)¹¹⁷, señala las excepciones a la aplicación del principio de máxima divulgación, en un instrumento legal que procura el saneamiento de las instituciones, la transparencia de los actos de gobierno, acceso igualitario a la información y la participación de la sociedad en la toma de decisiones de la Administración.

Para cumplir esos objetivos, el RAIP consagra la presunción de publicidad de toda la información producida u obtenida por los sujetos alcanzados (art. 13) y establece que aquéllos podrán exceptuarse de suministrar la información requerida cuando una ley o decreto así lo establezca, o cuando se configure alguno de los supuestos que prevé en el art. 16, supuesto eximente que en el caso que se comenta no se tuvo por probado¹¹⁸.

Por decisión de la Secretaría de Gobierno Municipal de Bahía Blanca, es rechazada la solicitud de licencia de conducir de un ciudadano por considerar que, según lo informado por el Registro de Reincidencia, tendría antecedentes penales (AP). El Agente Fiscal interviniente apela la decisión de alzada que ordena la revisión de la resolución de la Subsecretaría de Gobierno y Protección Ciudadana de la Municipalidad local, considerando que causaba un gravamen irreparable por entender que se invade irrazonablemente una órbita de actuación privativa del Poder Ejecutivo. La resolución y la decisión estarían justificadas según la fiscalía, ante la peligrosidad ínsita que posee la

¹¹⁵ Cfr. Conde, A. Del Derecho Humano a buscar y recibir información, disposiciones normativas especiales y control democrático [Internet]. Argentina: Thomson Reuters. 2016 [citado el 2020 Abril 09]. p. 3. Disponible en: AP/DOC/180/2016

¹¹⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), OEA, de 18/07/1978

¹¹⁷ Decreto 1172/2003. Reglamento General del Acceso a la Información Pública para el Poder Ejecutivo Nacional. Boletín Oficial del 04/12/2003

¹¹⁸ Conde, A. *Op. Cit.* p. 5.

tenencia de estupefacientes por la que se condenó al solicitante de la licencia, si se dedica al transporte de terceros.

La defensa alega la violación al principio de proporcionalidad, aparte de manifestar que el ciudadano no había sido condenado, por lo que la resolución pierde legitimidad al oponerse a los lineamientos que establece el art.16 de la Constitución Nacional (igualdad), por tratarse de un derecho penal de autor. El derecho a trabajar, protegido constitucionalmente, le habría sido negado a su asistido por una resolución dictada en base al art. 20 del decreto 532/2009¹¹⁹, que agravia el principio constitucional de razonabilidad.

El primer aspecto que define la política de un Estado en materia de regulación de los AP es su nivel de protección de la información que se registra. Si se considera que debe privilegiarse la difusión y que todas las personas tengan acceso a los datos personales como una forma de protección de la sociedad, o bien se prioriza la intimidad de la persona considerando que se trata de información sensible que puede generar consecuencias perjudiciales más allá del ámbito penal. Esto dependerá en gran medida de la tradición histórica y cultural de cada país y de la normativa constitucional vigente en la materia¹²⁰.

Por lo que, el acceso a la información delictiva de las personas, se realiza con fines protectores de la sociedad, pero no discriminatorios, de este modo, la decisión final fue el otorgamiento de la licencia de conducir al ciudadano, la motivación se sustentó en la violación al principio de igualdad, ya que el ciudadano había cumplido su pena prisión, por lo que había pagado por el delito cometido. En virtud de ello, la apelación se resuelve afirmando que no es válida la discriminación de los expresidarios, ya que de permitirse este tipo de discriminaciones, habría un obstáculo para la reinserción social de la persona.

2.3.1. Los antecedentes penales como fuente de información

Carnevale¹²¹, citando la obra de John Jacobs, advierte que la decisión sobre permitir o no el acceso a la información sobre los antecedentes penales, pasa por ponderar los principios relacionados con los derechos la libertad de expresión, transparencia judicial, prevención y seguridad individual y social con los correspondientes a la protección de la intimidad, la dignidad y la rehabilitación, aparte

¹¹⁹ Decreto 532/2009. Designación de Director. Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto. Poder Ejecutivo Nacional, del 15/05/2009

¹²⁰ Carnevale, C. Antecedentes Penales y Reinserción Laboral [Internet]. Argentina: Universidad Nacional Del Sur (Tesis de Grado). p. 113. 2015 [citado el 2020 Abril 09].

¹²¹ *Ibidem*

de considerar el avance de la tecnología y telecomunicaciones como un factor que no favorece el control de la difusión informativa sobre las condenas.

La publicidad que atañe la expedición de un certificado que, de manera irremediable, afecta el futuro del individuo con antecedentes penales, independientemente de la decisión que tome en cuanto a su divulgación porque la decisión político-criminal acerca de si debe tratarse de una información pública, accesible a cualquiera, o bien ser parcial o totalmente confidenciales, no depende de su consentimiento.

(...) todos los países regulan su registro de antecedentes penales conforme su decisión política de priorizar alguno de los principios en conflicto. En todos los casos esa información se encuentra en mayor o menor medida al alcance de la Policía, la Justicia y ciertos organismos gubernamentales. En su mayoría permiten que los mismos puedan ser solicitados o suministrados a futuros empleadores¹²².

En EEUU por ejemplo, el gobierno no puede impedir ni sancionar a una persona por divulgar información cierta sobre los antecedentes penales de otra, mucho menos después de los ataques terroristas del 2001. Aparte de la Primera Enmienda, la libertad de prensa incluye la publicación de los nombres de las personas condenadas, absueltas o simplemente arrestadas. No cuenta con un registro penal centralizado, pero ello no impide que los registros federales y estatales logren comunicar los antecedentes penales a todo nivel. En muchos estados, los archivos contentivos de estos registros han sido abiertos, incluso para los interesados en el cobro por sus investigaciones privadas. El otorgamiento de licencias y la contratación para algunos puestos de trabajo, están previamente condicionados a no poseer antecedentes.

Una publicidad tan amplia e ilimitada sobre datos procesales pertenecientes a los que sufrieron una pena en el pasado, hace imposible la reinserción. Aunque ha habido iniciativas para crear conciencia sobre la aparente legitimación de una forma de estratificación social, nuevas leyes intentan disminuir la discriminación, evitar la reincidencia, encarar la problemática que genera el desempleo de una gran cantidad de ex reclusos que salen de las instituciones penitenciarias anualmente y estimular al empleador para que no descarte al aspirante si el tipo de trabajo no guarda relación con su historia delictiva.

En Inglaterra, una decisión judicial sirvió para intentar resolver el conflicto entre la divulgación de información con antecedentes y el derecho a la intimidad, a raíz

¹²² Carnevale, C. Antecedentes Penales y Reinserción Laboral [Internet]. Argentina: Universidad Nacional Del Sur (Tesis de Grado). p. 33. 2015 [citado el 2020 Abril 09].

de un sonado crimen contra dos niños, cometido por un empleado de escuela sin antecedentes pero, implicado en una investigación anterior por abuso sexual a menores, dada a conocer después del asesinato. Se trataba de considerar la proporcionalidad de afectación o encargar a la autoridad de evaluar el impacto potencial sobre el grupo vulnerable en caso esa información no fuese revelada, sin embargo, ese análisis requiere *“una apreciación de la magnitud del riesgo y un examen detallado de proporcionalidad que depende de la calidad de la evidencia y la relevancia de la alegación al puesto”*¹²³.

2.3.2. El registro de antecedentes penales

En Argentina, el primer sistema de registro formal de las decisiones judiciales en general, fue creado en 1902 pero, sería el Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires de 1906, el instrumento legal pionero que contemplara en sus normas un sistema de identificación a través de las huellas dactilares y no de forma antropométrica, como se llevaba a cabo hasta ese momento. No obstante, la aplicación de una pena mayor fundada en la reiteración y la reincidencia era posible desde 1864. Desde la prescripción de la reincidencia establecida en el Proyecto de reforma del Código Penal de 1917 y el Código de 1921, que prescribía el derecho de acusar, la pena y por ende, el antecedente, hasta la reforma de la Ley 23.057¹²⁴, instituyendo la caducidad de los registros de condenas, la primera norma que se refiere directamente a los antecedentes la establece el Código Penal¹²⁵, en su artículo 51.

La Ley 22.117¹²⁶ especifica los actos procesales que han de remitirse para ser registrados para el control de la reincidencia y elaboración de las estadísticas relacionadas con la comisión de delitos. Se remiten los autos de procesamiento, prisión preventiva, rebeldía y paralización de la causa, sobreseimientos, extinción de la acción penal, suspensión del juicio a prueba, revocación de esas medidas, sentencias absolutorias y condenatorias, libertades condicionales, rehabilitaciones, extradiciones, medidas de seguridad, nulidad de los actos, impugnaciones contra informes del registro, egresos de los centros penitenciarios y pedidos de captura de la Policía Federal. Estas comunicaciones contendrán datos de los tribunales, causas y funcionarios intervinientes, del imputado y sus padres, como parte integrante de los legajos personales que incluyan

¹²³ Carnevale, C. Antecedentes Penales y Reinserción Laboral [Internet]. Argentina: Universidad Nacional Del Sur (Tesis de Grado). p. 48. 2015 [citado el 2020 Abril 09].

¹²⁴ Ley 23.057. Modificatoria del Código Penal. Boletín Oficial del 05/04/1984

¹²⁵ Ley 11.179. Código Penal. Boletín Oficial del 03/11/1921

¹²⁶ Ley 22.117. Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal y Carcelaria. Boletín Oficial del 14/12/1979

sus fichas dactiloscópicas, los cuales sólo serán dados de baja cuando fallezca el causante o se cumplan 100 años de la fecha de su nacimiento.

Los plazos de caducidad representan una desventaja y menos claro es el tiempo de resolución, tanto en caso de error o falsedad, por la plena fe del documento o como por el habeas data cuando se produce un sobreseimiento o sentencia absolutoria, tomando en cuenta que muchos empleadores solicitan antecedentes y este certificado, frecuentemente incluye información prohibida por el artículo 51.

la Ley 25.326 establece que "el responsable o usuario del banco de datos, debe proceder a la rectificación, supresión o actualización de los datos personales del afectado, realizando las operaciones necesarias a tal fin en el plazo máximo de cinco días hábiles de recibido el reclamo del titular de los datos o advertido del error o falsedad", y que además "el incumplimiento de esta obligación dentro del término acordado, habilitará al interesado a promover sin más la acción de protección de los datos personales o de habeas data prevista en la presente ley"¹²⁷.

Tan importante es actualizar la información de manera oportuna, que un proyecto de reforma¹²⁸ propone rectificar esta información contenida en el Registro contemplando dos excepciones fundamentales en la acción de habeas data: poder interponer acción ante el Juez competente por el domicilio del actor y que no sea exigible recurrir sólo ante el actual organismo competente para el trámite o reclamo previo.

2.4. La colisión entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información

La preservación de derechos fundamentales inherentes a la propia dignidad humana como el derecho a la intimidad, a la imagen y a la protección de datos personales, también se pone en riesgo con la exposición de los archivos que se obtienen de los sistemas de video vigilancia, colocados en lugares públicos para prevenir la comisión de delitos. Hay actos que siguen formando parte de la esfera privada de los individuos aunque se realicen en público, por lo tanto, pueden invocar su derecho a excluirlos del conocimiento generalizado por parte de terceros.

(...) cuando la persona es identificada o identificable, dentro de las disposiciones de la ley 25.326 se advierte a poco que se repare que a través de los sistemas de video vigilancia es factible recabar información que permita identificar a la persona con determinada convicción religiosa,

¹²⁷ C. Nac. Cont. Adm. Fed. B. C. A. v. EN-M Justicia y DD.HH. Registro Nacional de Reincidencia s/ habeas data", 20/11/2014. Disponible en: <http://www.dpicuatico.com/administrativo/diario-administrativo-nro-55-10-03-2015/>

¹²⁸ Expediente 0884-D-2014. Disponible en: <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=0884-D-2014>.

*política o gremial, aspectos de la personalidad que constituyen datos sensibles, los que claramente deben quedar en el ámbito propio de su intimidad y gozan de protección constitucional*¹²⁹.

Los antecedentes hacen constar la reincidencia que, apreciada por el juez para la aplicación de una pena, vulnera el principio de culpabilidad en cuanto a que su concepción estricta sugiere excluir del análisis, toda conducta que no tuviese influencia en el hecho cometido.

Es contradictorio impulsar proyectos educativos para la población penal que incentiven el empleo y hasta el logro a nivel universitario de unos pocos con mucho esfuerzo, en carreras como la abogacía, sin atender a la imposibilidad de acceso a cargos administrativos relacionados o a la inscripción en el Colegio Departamental que exige una conducta pública intachable.

El uso indiscriminado de información sensible puede generar consecuencias que sobrepasan el ámbito penal. La decisión de Estado en cuanto a priorizar el derecho de intimidad requiere un alto grado de compromiso con los Derechos Humanos y un costo político que dependerá de la tradición legislativa, la jurisprudencia y la educación.

¹²⁹ Parrilli, R. Los sistemas de video vigilancia, el derecho a la privacidad, la imagen y la protección de datos personales [Internet]. Argentina: Thompson Reuters. 2011 [citado el 2020 Abril 09]. p. 4. Disponible en: AP/DOC/2632/2011

Capítulo 3: Los antecedentes penales en el derecho anglosajón: la primicia de la seguridad.

Introducción

La taxonomía social es un elemento tajante dentro de sus propias bases sindicales las cuales de por sí son normas y reglamentos que regidas por un Estado. Estas, son en gran medida un aporte de gran valor moral a la calidad de vida de todas las personas por igual. La apropiación de los valores en cada índole es una balanza por la cual se pesan todas las acciones sean buenas o sean malas. Al final son acciones que llevan causa y consecuencia.

Todo sistema de gobierno establece una serie de procedimientos cuando hay un comportamiento impuro dentro de las bases moralistas. Estas son entendidas como procesos penales y tienen como objetivo generar modelos de represión para que las personas que las cometen no lo vuelvan a hacer luego de determinado ciclo.

Cuando una persona pasa por un proceso penal generalmente pasa a ser foco de represión social y estatal. Esto sucede por la publicación interna entre las personas que están o estuvieron relacionadas con la persona antes y después de su cometido. Este efecto tiene vital importancia cuando se intenta realizar un proceso de reintegración de una persona luego de pasar por los procesos emanados por la ley que lo está amparando.

En los siguientes párrafos se evaluará la situación penalista en base tanto a las bases como el proceso que debe pasar una persona que ha violado la ley. Esto, enfocándolo en el ámbito laboral y su efecto sobre el impacto social y personalista. Dando esto un enfoque principal en relación con la rehabilitación ética y moral de la persona. Acá se pretende demostrar el proceso de reaprendizaje sobre las malas acciones y los efectos negativos que incurre dentro de su propio entorno como elemento crucial durante el proceso penal.

3.1. Los antecedentes penales en el derecho anglosajón: la primacía de la seguridad

La sociedad está regida en base a fundamentos aceptables y estatutos que logran una mejor calidad social. Para ello, logran la encriptación de procesos tales como castigos para aquellos que no respeten las normativas comunitarias y lo cual sirva para su aprendizaje.

La iniquidad que somete a una persona generalmente no es intencional y sucede por simple fenómeno de rechazo cuando un individuo rompe los estatutos morales. Cuando se habla de moralidad se establecen diversos pilares sociales que definen el nivel ético en el cual se desenvuelve el procesado. Esto sirve para calificar a los grupos sociales y las decisiones que llevan a la persona a cometer el delito en cuestión.

Toda comunidad se rige por normativas a fin de establecer qué es bueno, qué es malo y cómo se debe de llevar adelante un proceso penal. Mediante este instrumento se pueden establecer sistemas de escarmiento que parten desde una multa hasta la máxima condena carcelaria.

Todo este proceso, viene de una evolución histórica para llegar hasta las prácticas actuales. Se puede ver desde la perspectiva anglosajona que se han alterado muchas tipologías de procesos para las acciones penales que puede castigar duramente un gobierno.

Los sistemas penales derivativos de los procesos anglosajones, debido a su rica ascendencia han sufrido variaciones importantes en el plano legislativo. Los sistemas de defensa y sentencias que vienen de los propios tribunales y procesos que acatan la ley han evolucionado del castigo físico al castigo psicológico debido a que se consideraban falta de humanidad por parte de los gobiernos a como se procedían los castigos.

Estos procedimientos que provienen de la estirpe anglosajona marcaron una gran cantidad de hitos y como tal, eran el modelo de procedimiento en los aspectos jurídicos. Es importante que exista un modelo de acción organizada en los diferentes asentamientos gubernamentales en todo momento marcado históricamente.

Todo procedimiento que hoy en día podría parecer extraordinario es un proceso costumbrista. Dicho esto, se puede mencionar una diversidad de elementos oligopólicos por parte de un conjunto de mandatarios. Lo que lleva a analizar una serie de actuarios penales dentro del ámbito anglosajón de hace un tiempo y que eran vistos como castigos ejemplares para los diferentes infractores.

A lo largo de la historia del Derecho Penal se advierte que ha sido común la utilización del incremento de la pena como reacción frente al fenómeno de la recaída en el delito.

Uno de los primeros antecedentes escritos que se pueden mencionar, resulta ser la disposición de Manú en el Manava Dharma Sastra indio¹, que establecía que: "el Rey castiga primero con la simple amonestación, después con severos reproches, la tercera vez con multa, finalmente con la pena corporal" (VIII-129). A modo de ilustración el párrafo 237 del libro 9 mandaba a señalar la frente de los delincuentes con una marca diferente, según fuere el delito cometido: "Que por haber mancillado el lecho de su padre, se imprimiera sobre la frente del culpable una señal representativa de los órganos sexuales de la mujer; por haberse emborrachado, dando con ello escándalo público, se le grave una señal que muestre la bandera distintiva de los destiladores de alcohol; por haber robado el oro de un sacerdote, el pie de un p¹³⁰erro; por el asesinato de un Brahamán, la figura de un hombre sin cabeza; etc.". ¹

Se ha estimado una serie de cambios en todos los niveles sociales y organizativos en las diferentes épocas y registros históricos. Estos han servido como elemento crucial para que el proceso evolutivo sea completo. Se estratifica que los cambios sociales además de dominantes han servido para corregir los comportamientos negativos y de ese modo generar un ambiente mucho más pacífico y justo para todos.

Si bien, hoy en día los escarmientos físicos están vistos de forma negativa ya que afectan no solo la moral interna, sino también afectan a la propia rehabilitación social. Estos, han servido en su momento como elemento castigador efectivo y han proclamado un Estado justo para las personas que respetan los códigos civiles y morales.

En Francia la denominada "flor de lis" fue el estigma más difundido y hasta el año 1592 el signo se estampó en la frente. Posteriormente se produjo una especie de clasificación según el delito en que se hubiere incurrido. Para ello se estampaban las letras V, F ó W. A partir de 1724 las personas que fueran condenadas a galeras se les estampaba la palabra "GAL", marca que fue abolida por la Asamblea Constituyente, pero restablecida posteriormente para los que fuesen reincidentes, suprimiéndose en forma definitiva en 1821. En 1832, Francia abolió en forma definitiva la marca de fuego para señalar a los delincuentes.¹³¹

Los escarmientos en la antigüedad eran sinónimo de marcaje y este resultaba en el involucramiento de sentencias sociales. Debido a que la ley condenaba gravemente a los transgresores, también lo hacía la propia comunidad. Esto afectaba considerablemente a la propia rehabilitación de la persona y debido a ello es que era necesario abolir las formas de castigo físico.

¹³⁰ Carvenale CA. Antecedentes penales y reinserción laboral en Argentina Bahía Blanca – Argentina; 2015. P. 8-9 Recuperado de <http://repositoriodigital.uns.edu.ar/bitstream/123456789/2876/1/TESIS%20CARNEVALE.pdf>

¹³¹ Ibídem.

Cuando una persona quedaba expuesta y se hacía público su cohecho involucraba un estigma mayor si es que este buscaba enderezar su situación. Razón por la que se debía de neutralizar cualquier tipo de castigo que involucre un sello que además pudiere afectarlo psicológicamente y obstaculizar su restitución.

Por lo general cuando una persona no puede conseguir un trabajo digno tiende a recaer en el delito que cometió en principio. Este hecho es el que declaró que era necesario ayudar a la persona a rehabilitarse y ser una persona de valor para la sociedad.

Es necesario que una sociedad tenga como principal objetivo buscar el bienestar de todas las personas en una comunidad. Sin embargo, cuando hay existencia de un delito que daña la moral socialista debe de procederse a establecer un castigo que sirva como un corrector en el individuo considerado desde este punto como el delincuente.

Es por ello que una sociedad debe basarse no solo el castigo sino también pensar en la propia rehabilitación al diseñar los sistemas penales. Un gobierno debe establecer pautas de comportamiento para que en primer lugar prime la seguridad de todos sus ciudadanos y esto incluye a los propios corruptores sin importar su delito.

Los antecedentes históricos, desde el punto penal indicaban que los marcajes se hacían como un sistema de control sobre los infractores que ya cumplieron con su condena. Sin embargo, este marcaje violaba el derecho a la rehabilitación y las personas sufrían una segunda condena que era la discriminación que impartía la propia sociedad¹³².

La simbología de la rehabilitación es tal que debe una gran medida a la reivindicación de los hechos. Este se debe de hacer, dependiendo de la gravedad, dentro del confinamiento y según el tiempo que lo sugiera el tribunal. Durante el cumplimiento de la condena es difícil establecer si este aislamiento ha servido de forma efectiva como un correctivo.

Es entonces que durante la reinserción en la sociedad debe de suceder la rehabilitación efectiva, se establecen como principal precursor al hecho de la reintegración laboral. Este hecho tenía un grado de dificultad un poco mayor debido a los modelos de castigo que se estipulaban penalmente hace un tiempo atrás.

En tiempos pretéritos en que la mano dura de los gobernantes era más temida en los ambientes penales se podía vislumbrar una carencia del ciclo de rehabilitación. Este enfoque tenía riqueza en la vaguedad de discernir en los correctivos ejemplares y su

¹³² *Ibidem*.

impacto dentro de los accionarios corruptos. Sistema que además de carente, imposibilitaba la reinserción social¹³³.

Con los avances científicos y el paso del tiempo en todos los ámbitos culturales fueron sucediendo cambios que mejoraban y diversificaban los campos buscando generar una mejor calidad de vida. Dentro de la cultura anglosajona se pudieron ver algunos procedimientos que fueron aboliéndose, como los ya vistos en párrafos anteriores. Se buscó establecer ordenamientos que tengan mayor efectividad a la reducción de tasa patibularia.

En 1891 el profesor austriaco Juan Vucetich, quien había emigrado a la Argentina y prestaba sus servicios en el Departamento de Policía de la ciudad de La Plata, presentó un método muy original de identificación de los delincuentes mediante la clasificación dentro de una tabla de valores de las impresiones o huellas digitales. Este investigador obtuvo permiso para comenzar a probar esta nueva modalidad de identificación en el propio Departamento de Policía de La Plata, con resultados realmente sorprendentes y que causaron verdadera sensación en todos los círculos policiales y judiciales de la nación Argentina. Con poca inversión desde el punto de vista económico e improvisando un archivo dentro de un viejo ropero adquirido incluso en una venta de muebles usados, Vucetich aportó a la criminología el tan buscado método de identificación, cien por ciento efectivo, para la comprobación de la reincidencia de los delitos en las personas. De tal forma que en el Congreso Internacional de Ciencias, efectuado en Río de Janeiro en 1905, el sistema ideado por Vucetich fue presentado para su estudio y discusión, donde se logró un pronunciamiento por parte de una Comisión nombrada para tal efecto, que significó la consagración internacional del sistema, al que se le calificó como la solución definitiva del permanente problema de la identificación personal.

134

Por consiguiente se ha establecido que el linaje anglosajón castigaba muy duramente a aquellos que se atrevían a vulnerar la moral e irrumpir en los estatutos y reglamentos gubernamentales. Gracias a los cambios y avances científicos se pudo develar un modelo de identificación para los infractores que realizaban una segunda falta.

Esto, sin necesidad de castigarlos físicamente y apoyar su reinserción social y laboral con la finalidad de disminuir la tasa de reclusión y apoyar su corrección social. Una sociedad está vinculada a velar en primer lugar por el bienestar y esto incluye a los ex reclusos que están pasando por un proceso de redención dentro de su propia sociedad¹³⁵.

¹³³ Ibidem.

¹³⁴ Carnevale CA. Op. Cit. p. 11

¹³⁵ Ibidem.

3.2. La situación en Europa

El transcurso histórico tiene una marca muy importante durante todo cambio social y este se va remarcando en las diferentes épocas por las que transita una comunidad. Dentro del ámbito penal propiamente de Europa y esto haciendo énfasis en las comunidades más avanzadas se puede ver un cambio bastante importante sobre las directrices de este ecosistema.

Es por lógica que al ser este el denominado “Viejo Continente”, se den cambios de gran índole y que efectivicen las buenas costumbres. Esto no es dejado de lado en lo que respecta a los cambios en los procedimientos penales y de modelos correctivos¹³⁶.

Este continente establece procesos que garantizan que la tasa de quebrantamiento sea mucho menor con relación a otros continentes y se debe en gran medida a la evolución de estos. A modo de ejemplificarse sobre los otros continentes y por lógica en los demás países que incumben este punto.

Por ello, se puede considerar un mayor apego a la reinserción laboral por parte del gobierno. El punto de quiebre sucede por el peso social pues son estos los principales jueces cuando se tratan de verificar los acontecimientos y hacer un testeo de los hechos próximos.

Se puede distinguir un claro hecho de discriminación laboral y problemáticas de reinserción cuando se analiza el plano europeo con relación a los sectores americanos. Cabe destacar que es de suma importancia que haya un acompañamiento para la completa restitución de la persona y que esta no vuelva a cometer delitos. Solo de esta manera se puede apoyar la reducción del crimen.

En algunos países (como por ejemplo Estados Unidos o Inglaterra) determinados antecedentes penales no caducan nunca. Por el contrario, en el resto de países de la Europa continental los antecedentes penales se cancelan pasado un determinado periodo de tiempo. En general, cuanto más largo es el tiempo de espera para cancelar los antecedentes penales, mayor es la presunción de que constituyen un obstáculo para la reintegración. Esta reintegración no solo afecta las oportunidades laborales sino que además incide en otros derechos cívicos y políticos (por ejemplo, el derecho de sufragio pasivo o conseguir el estatus de residente en un determinado país).¹³⁷

Es necesario que exista la necesidad de rehabilitación y que esta se fomente con el paso del tiempo dentro de la misma sociedad. Esta parquedad es necesaria ya que

¹³⁶ Ibidem.

¹³⁷ Larrauri E. Op. Cit. p. 15.

mediante la misma, se puede proteger la dignidad de la persona sea cual fuere el error que haya cometido.

El proceso penal no debe de ser solamente un procedimiento de castigo, sino también un procedimiento de corrección al comportamiento del individuo para hacerlo una mejor persona. Se traduce en pasar de la prohibición de libertad con lo que se excluye a la persona de su comunidad para luego reinsertarlo en la sociedad.

La libertad es un derecho natural de todo individuo. No obstante, como una medida de escarmiento en los terrenos punibles se puede restringir este derecho como modelo de aprendizaje. El reaprendizaje sucede cuando se cumple la condena y se debe volver a integrar a la sociedad.

Dependiendo del país donde se suceden las contravenciones cada Estado tiene una política de reinserción y prácticas que apoyan a la rehabilitación de la persona. Punto destacable, es la necesidad de la reinserción laboral que en muchos países puede ser un obstáculo por contar con los antecedentes penales. Documento que emite cada gobierno en los sectores penales y policiales a modo de tener un registro de infracciones¹³⁸.

Para las personas que están reintegrándose es difícil acceder a un trabajo con un salario digno cuando cuentan con documentos penales que les inhabilitan a ellos. La incorporación sin un acompañamiento tanto gubernamental como de la propia sociedad, puede apoyar la recaída en los malos hábitos que lo llevaron al proceso penal. Esta afección puede aumentar los números en las tendencias con relación a los actos penitenciarios y por ende afectar la moral de la comunidad.

En los países de Europa Continental el uso de los antecedentes penales parece ser menor que en los países anglosajones. Backman (2012a) menciona un estudio en el que se afirma que, en Suecia, el 26% de las empresas requieren la presentación de un CAP para algún puesto de trabajo. Por otro lado, en países como Alemania (Morgenstern 2011) o Suecia (Backman 2012b) existe un sistema que intenta establecer límites, con el objetivo de que los certificados no se expidan cuando la presentación de este certificado no responde a una exigencia legal⁴⁸. Hay motivos para pensar que la petición de información de este tipo no está muy extendida. A través de un estudio realizado entre responsables de selección de personal suecos, Backman (2011) señala que en estos países los responsables pueden presentar reticencias a pedir este certificado, ya que son conscientes de que podría suponer hacer prevalecer su propio interés en la prevención de un riesgo, frente a otros valores como el interés social en la reinserción de la población condenada y/o el respeto a la privacidad de las personas con

¹³⁸ Ibidem

*antecedentes penales. Ante esta contradicción, los responsables de selección de personal se podrían sentir legitimados a pedir este certificado solamente para los puestos de trabajo en los que una regulación lo autorizase de forma expresa (Larrauri 2014b).*¹³⁹

Desde este punto se puede confirmar que el apoyo gubernamental de los sectores penalistas para una restitución efectiva es de gran importancia. Es necesario subrayar que mayor peso tienen los sectores sociales y laborales para apoyar a la persona en cuestión.

Sin un correcto acompañamiento y aceptación por parte de la comunidad puede dar paso a altercados a nivel psicológico que impulsen el decaimiento en la autoestima. Por resultante puede darse una nueva violación ética y aportar un mayor efecto sobre la sociedad lo cual logra perder la moral en la colectividad.

Un fenómeno importante es la perspectiva social cuando se trata del prejuizgamiento de una persona que está saliendo de una etapa de reclusión. El ser humano de por sí tiende a generar prejuicios sobre el propio patibulario. Esto puede ser por el hecho de que la persona se ha relacionado con otros procesados lo cual genera un mayor miedo automatizado dentro de la propia colectividad¹⁴⁰.

Otro punto destacable es que dentro de los procesos de reclusión existen, dependiendo de cada gobierno, un sistema de rehabilitación interna donde los reos aprenden diferentes habilidades. Por lo general esto se realiza para evitar el ocio, la vaguedad y prepararlos para su restitución social.

Este sistema puede ser visto como una buena práctica por parte de cualquier entidad para elevar la moral en las personas que están en proceso. Mediante la misma, se puede hacer una restitución de todos los modelos y generar trabajadores de bien a futuro con lo cual pueden pagar su pecado social.

Todo esto parte de una cadena social ya que al salir del aislamiento, el individuo puede poner en práctica las habilidades aprendidas y generar un impacto positivo en su entorno. Es esto un derivado importante para fomentar las buenas relaciones y demostrar su integridad, sobre todo cuando ha violado las buenas costumbres.

Es destacable mencionar las grandes diferencias que existen en cualquier comunidad ya que deben esta aceptación al apropiio de elementos discriminatorios.

¹³⁹ Sopena MRi. Antecedentes penales y mercado laboral Barcelona, 2016; p.25

¹⁴⁰ Ibidem.

Puede darse este hecho debido a la falta de esbozo de algunos modelos de reestructuración social a partir de un cohecho.

En general entonces los empresarios pueden negarse a contratar, o pueden despedir, a los solicitantes o trabajadores con antecedentes penales. Pero además cada Estado tiene leyes que exigen específicamente esta discriminación, que prohíben que personas con antecedentes penales trabajen en ciertos de posiciones del sector público o privado: policía, seguridad privada, hospitales, educación, cuidado de niños, barberías, funerarias, etc.⁶ Si bien algunas de estas leyes reflejan el temor de que los ex ofensores puedan delinquir contra la empresa o el público, otras fueron aprobadas como resultado de presiones que realizó el lobby de una determinada profesión y que pretendía en realidad evitar una posible competencia laboral.⁷

En comparación con esa perspectiva norteamericana, Europa no parece estar excesivamente preocupada por el tema del impacto de los antecedentes penales en la reinserción laboral.⁸ No es una cuestión candente de política criminal que atraiga demasiada discusión.¹⁴¹

Continuando con esta citación se puede hacer una estimación del nivel de estigma que sufre una persona que ha delinquido. Si bien, errar es de humanos, como sentencia el proverbio, las personas no saben olvidar las malas acciones. Recae un peso extra sobre el proceso de adaptación de una persona que ha pasado una temporada en reclusión.

El plano europeo indica que hay un apoyo extra por parte de la regencia para apoyar a la restitución dejando gran parte del trabajo a la propia sociedad. Esta sociedad bien puede aceptar como rechazar a la persona pero este rechazo puede generar un trastorno psicológico en el que la persona reincida en los hechos punibles¹⁴².

La corruptibilidad de la persona va a depender en este caso de las oportunidades que obtenga para resarcir los daños que haya cometido. Esto generará un modelo positivo o un patrón negativo que traducido en una posible exclusión social por autoría de sus antiguos compañeros lo cual dará lugar a un prejuicio moral. Sin embargo, cuando una persona ha cometido un delito y ha trasgredido la moral de una sociedad es muy difícil que esta olvide. Cabe la posibilidad de que siempre tenga en cuenta las malas decisiones tomadas desde un principio y se dé por hecho un enjuiciamiento social.

¹⁴¹ Jacobs ELyJB. Reinserción laboral y antecedentes penales Cataluña, 2011; p. 19.

¹⁴² Ibídem.

3.2.1. España.

El colapso moralista por el que pasa una persona para cometer delito puede ser debido a distintas situaciones que lo llevan a tomar malas decisiones. Todo país tiene un sistema de gobierno que lo diferencia o asemeja a otros modelos de mandato. Este sistema tiende a diferir entre unos y otros y prueba verídica de ello es la existencia de una Constitución y un reglamento de procedimiento ante hechos punibles.

El procedimiento de castigo frente a los colapsos moralistas es diferente en unos países y en otros. Los países europeos tienden a enfrentar estos casos mediante un sistema que permite la reinserción laboral para evitar la repetición del delito. Una mayor responsabilidad de la reinserción recae sobre la propia comunidad y el entorno del delictivo. Según se indica, los antecedentes penales no afeccionan por parte del gobierno el cual busca evitar la discriminación apoyando al crecimiento personal, aunque este haya cometido equivocación en su ética.

En la literatura criminológica española esta afirmación parece obvia. Es un tópico afirmar que las personas condenadas que salen de prisión tendrán graves dificultades para reincorporarse al mercado laboral (Grosso, 1983; Gutiérrez y Sintas, 1994; Harremanak, 2001; Quintanilla, 2001; Bueno Arís, 2006; Conde, 2006).¹⁴³ Sin embargo, preguntar si ello se debe específicamente al hecho de tener antecedentes penales, implica respuestas menos evidentes. Así, en general parece presumirse que las dificultades de integración de una persona que ha estado en prisión se deben al hecho de su poca formación profesional o escaso nivel educativo, o también a la ruptura de sus vínculos sociales familiares y laborales. Sin duda esta afirmación puede ser cierta. La discriminación laboral se produce (o es mayor) no por el hecho de tener antecedentes penales sino indirectamente por el hecho de haber estado en prisión.¹⁴³

Mencionado esto se debe de recalcar la importancia de la educación dentro de la reclusión y buscar entornos en donde el prisionero pueda aprender nuevas habilidades. Esto logra hacer uso efectivo de su tiempo disminuyendo los tiempos de ocio, puesto que los procesos penales deben convertirse en un proceso de aprendizaje.

Un proceso regenerativo, es necesario para que el procesamiento sea efectivo fuera de la reclusión. Sin embargo, la disposición de documentos tales como los antecedentes penales pueden fomentar una dificultad en primera instancia cuando la persona está buscando un trabajo que le ayude a corregirse.

Una sociedad que fomenta el desarrollo laboral de un procesado y que le da las oportunidades necesarias para moralizarse puede impulsar la disminución de las tasas

¹⁴³ Jacobs Ely JB. Reinserción laboral y antecedentes penales Cataluña, 2011; p. 46.

criminalísticas. El apoyo de los empleadores es mayor ya que son ellos los que ayudan a elevar el nivel socio-económico y evadir la discriminación en una persona que trata de reivindicarse.

En España se puede presenciar la falta de apego que existe contra la discriminación debido a la falta de educación lo cual genera un decaimiento en la moral por consecuencia. Esto puede afectar gravemente a una persona y volver al proceso de reclusión donde hay una mayor probabilidad de que su segunda estadía sea de mayor peso.

Respecto a España, se desconoce la magnitud de la petición de certificados de antecedentes penales en el mercado laboral. Como se ha mencionado en el primer capítulo, en España existen numerosas actividades en que, se exige, por ley, la presentación de este certificado. Para el resto de trabajos, los responsables de selección de personal no pueden acceder directamente a esta información; sin embargo, ninguna ley prohíbe solicitar a los candidatos a un puesto de trabajo el certificado de antecedentes penales, como condición para obtener el empleo.¹⁴⁴

Este índice puede señalar la existencia de una dificultad motora dentro de los procesos laborales lo cual puede pretender aumentar la necesidad de delinquir por simple rechazo social. Esto dependería exclusivamente de los empleadores solicitar dichos documentos dependiendo del modelo laboral y responsabilidades que exijan los diferentes cargos profesionales o técnicos.

Cuando una persona tiende a delinquir teniendo un título profesional y una educación importante puede ser aún mayor el peso de reaceptación social. En relación con otras personas que no pudieron acceder a un nivel educativo deseable tiende a dificultar su reinserción laboral un poco más pero no sufren de una mayor discriminación¹⁴⁵.

Esto es el principal precursor de la importancia de un sistema de educación dentro de la reclusión y mejorar las oportunidades para la persona que está terminando su condena. Esto va a reducir notablemente el porcentaje probabilístico de que vuelva a cometer una infracción que aumente su sentencia esta segunda vez.

Asimismo hay una serie de actividades, responsabilidad del sector público, que se realizan en régimen de concesión administrativa. Un ejemplo de ello sería el servicio de taxis municipal (que p.ej. en Madrid se solicita expresamente no tener antecedentes penales). También deben mencionarse las corporaciones o instituciones semipúblicas. El ejemplo son los colegios profesionales (abogados y notarios) que exigen carecer de antecedentes

¹⁴⁴ Sopena MRi. Op. Cit. p. 59

¹⁴⁵ Ibidem.

penales para poder colegiarse. Por último están los supuestos que requieren una autorización administrativa, cuya concesión se supedita a la ausencia de antecedentes penales. Este es el caso de quien quiera crear una escuela privada, un establecimiento de juego, una agencia de adopción, o una guardería. En estos casos sería de aplicación la Ley 30/2007, de 30 de abril, de Contratos del Sector Público que requiere no tener antecedentes penales para contratar con la Administración¹⁴⁶.

Son estas las situaciones a las que se atiende una persona por haber violado. No obstante, la existencia de otros modeladores profesionales puede hacer la diferencia y dar otras opciones laborales. Estas pueden ser un poco más dignas pero diferentes debido a su estatus social al cual se somete una persona cuando comete un delito.

3.2.2. Holanda.

Holanda es uno de los países que tiene procesos extraordinarios durante los procesos penales y más aún sobre la readaptación de los procesados. La operativa es diferente, pero no por ello es negativa, sin embargo, puede resultar exhaustivo para el delincuente en sí, llegar a buen puerto cuando se trata de su reinserción laboral.

Traducción de ello es la existencia de los certificados oficiales de buena conducta que emite el gobierno sobre el proceso de presidio. Esto genera una importancia aún mayor las acciones que se cometen dentro del aislamiento ya que el día de mañana tendrá papel importantísimo en la búsqueda laboral y reincorporación efectiva.

Ya se mencionó que todo gobierno tiene sus propios procesos y los basa de acuerdo a lo que cree conveniente para resguardar el derecho a un trabajo digno. Está bien visto y es una buena práctica apoyar la reintegración laboral con lo cual se puede fomentar la oportunidad a demostrar que la persona ha aprendido de sus errores¹⁴⁷.

Países en crecimiento a nivel global buscan copiar los modelos de reinserción en los ambientes procesales y penales de los definidos como países de primer mundo. Mucho tiene que ver en este aspecto el control de la no discriminación lo cual es clave en encontrar sistemas tanto de escarmiento como de reaprendizaje. Europa es el continente que tiene claros los objetivos de los procesos penales y demuestra un acople sobre las buenas prácticas de reestructuración.

La excepción dentro de los países de Europa Continental es Holanda (Martine Herzog-Evans 2011). En el mercado laboral holandés, el uso de los certificados con información de este tipo, los denominados "certificados oficiales de buena conducta", es importante. La petición de estos

¹⁴⁶ Sopena MRi. Op. Cit. p. 62

¹⁴⁷ Sopena MRi. Op. Cit. p. 55.

*certificados de conducta es elevada (Boone 2011; Boone y Kurtovik 2015). En este país, en 2013, se expidieron 733.156 certificados de buena conducta, un número sorprendentemente alto en comparación con los 623.500 puestos de trabajo que se cubrieron durante ese año¹⁴⁸ (Kurtovik y Rovira 2016) y este uso parece estar en aumento.*¹⁴⁸

Las tasas mencionadas hacen prueba fidedigna de la importancia de este documento y del comportamiento en la reclusión para demostrar que la reinserción laboral se puede dar de manera positiva. Los números relacionados con la expedición en relación con la obtención efectiva laboral puede considerarse como elemento formidable para establecer que es posible una corrección social¹⁴⁹.

Elemento crucial siempre es la propia sociedad según la perspectiva con la que observe al individuo en sí. Puede ser un elemento satisfactorio o negligente, dependiendo mucho de la persona y su entorno. El objetivo primordial es que la restitución social sea saludable para todos por igual y que genere un impacto positivo en la vida de la persona para evitar su decadencia.

En todo momento un Estado otorga la presunción de inocencia pero dentro de la propia sociedad se puede dar por hecho el actuar de la acusación. Este estigma por el que pasa una persona pasa a ser parte de un laberinto de prejuicios que puede afectar la autoestima del individuo. Al existir una sociedad existen personas que pueden resultar bastante pragmáticas, lo cual tiende a generar una mayor afluencia de modelos discriminatorios.

*Sin embargo, el olvidar en determinados ámbitos puede ser algo muy sensible, como el caso de los delitos recientes. En el caso la condena penal no estaba firme, pero no se trata de juzgar si la presunción de inocencia puede influir en la información sobre la existencia de un proceso penal que además fue un hecho de gran notoriedad en la sociedad holandesa. Si la condena estuviera firme, tampoco correspondería aplicar el plazo previsto en las leyes especiales para purgar el registro condenatorio y evitar la información de un hecho tan reciente. Estas normas en general se refieren solo a los registros estatales, y tienen incidencia en el proceso penal pero no impiden a un medio periodístico o un buscador difundir información sobre la existencia del proceso o de la condena penal.*¹⁵⁰

Tal como se indica en el párrafo anterior, es difícil que una sociedad no se base en conjeturas cuando existe el fenómeno de prejuzgamiento. Este puede darse afectando a un conjunto de personas que han cumplido su sentencia y estas suceden debido a las circunstancias de violación moral las cuales una sociedad naturalmente repudia.

¹⁴⁸ Sopena MRi. Op. Cit. p. 57

¹⁴⁹ Sopena MRi. Op. Cit. p. 62

¹⁵⁰ Palazzi PA. Derecho al olvido en internet e información sobre condenas penales (a propósito de un reciente fallo holandés), 2014; p. 43.

Los lineamientos sociales pretenden encriptar el comportamiento según se autonombran idóneos para juzgar. Cuando se trata de situaciones laborales es mejor que se presenten dualidades con base a la contratación o no contratación. Sin embargo, la existencia de un certificado de buena conducta puede avalar que el reclutamiento no dará problemas independientemente del delito que se haya cometido.

Se devela el fenómeno del “No olvido”, sentencia que procrea una sociedad con base a sus propias conjeturas, lo que vuelve a una sociedad de pacifista a juez y verdugo. Este es el castigo que puede sufrir eternamente una persona que ha cometido delito, iniciando desde la concepción familiar hasta la concepción de sus pares.¹⁵¹

El castigo, en todo momento es necesario pero debe de servir como un sistema de enseñanza sobre las consecuencias que vienen de un hecho punible. Este proceso no debe de ser en ningún momento un modelo de denigración de la persona, pero este procedimiento debe evolucionar en un determinado período.

Con esto se indica que una sociedad debe plantearse la no discriminación como un modelo a seguir cuando va a sufrir una reincorporación por parte de un integrante. Sin importar el crimen cometido por el individuo a reintegrarse es importante que esté acompañado por otras personas a modo de evitar que este recaiga en otro hecho punible.

*Todos estos interrogantes se irán develando con el tiempo. De lo que no queda duda es que el derecho al olvido llegó para quedarse y cada vez se realizarán más planteos de esta especie. Este caso es el primero de una larga serie de fallos que irán moldeando los contornos de este nuevo derecho.*¹⁵²

Se declara entonces, la importancia de los sistemas internos de apreciación de los cambios y se debe de establecer el derecho al olvido a modo de dar una segunda oportunidad. Las segundas oportunidades están bien vistas por los ex reclusos para fomentar el crecimiento personal y por consiguiente mejorar la calidad de vida de la sociedad en general.

3.3. La difícil reinserción laboral de las personas que cumplieron condena en Latinoamérica.

La reprimenda dentro del campo penalista en Latinoamérica genera una serie de normativas que traen una cohesión por parte de la discriminación laboral y social. Es debido a estos efectos que se da un decaimiento en las personas que han pasado por procesos penales y que quieren volver a formar parte de una sociedad activa.

¹⁵¹ Ibidem.

¹⁵² Palazzi PA. Op. Cit. p. 5

Se establecen pretensiones importantes sobre la constitución de una sociedad no discriminatoria, pero la falta de compromiso por parte de los diferentes sistemas imposibilita esto. Es sumamente necesario el acogimiento por parte de las autoridades empleadoras para que una persona que está saliendo de un sistema penalista pueda involucrarse positivamente con la comunidad¹⁵³.

Por lo general cuando una persona empieza un trabajo tiende a mejorar sus expectativas personales a mediano y largo plazo. Este fenómeno se da por el nacimiento de la oportunidad y tiene un peso aún mayor en una persona que acaba de terminar su reclusión. La esperanza dentro de la propia concesión de oportunidad laboral y el cobro de salarios aumenta la egolatría personalista en el buen sentido. Esto apoya al desarrollo de la persona dentro de sus propias bases y genera un aumento significativo en la moral que hasta entonces ha sido afectada.

*En la doctrina y normativa internacional se entiende que el trabajo constituye un derecho a través del cual, toda persona tiene la opción de escoger libre y voluntariamente, una forma de participación en las actividades productivas dentro de la sociedad, a cambio de una retribución económica que le permita subsistir en forma digna, percibiendo además de una remuneración, otros beneficios sociales que le permitan garantizar su derecho a un nivel de vida digno.*¹⁵⁴

Una sociedad arraigada por la complejidad de la rehabilitación que trae una persona poco moralista en su tiempo puede generar un paradigma mucho más complejo.

*Según el criterio de las autoras, discriminar es brindar un trato distinto a determinadas personas, por cualquier motivo de carácter social o personal, lo que consecuentemente implica que a la persona discriminada se le ponga en situación de desventaja frente a las demás, lo cual restringe uno o varios de sus derechos. Además, según este criterio, existe un determinado grupo que tiene mayor vulnerabilidad de padecer algún tipo de discriminación a lo largo de su vida.*¹⁵⁵

La vulneración de los derechos laborales puede ser un enfoque bastante deprimente para una persona que está tratando de reintegrarse positivamente. Es necesario el acompañamiento psicológico por parte de los propios familiares en todo momento. En el caso de haber una falta de familiares como es el caso de los huérfanos se debe de buscar un sistema regulador. Este modelo deberá servir a futuro como árbitro para el control, acompañamiento y la correcta restitución de las cualidades moralistas.

¹⁵³ Ibidem.

¹⁵⁴ Carolina ALK. La reinserción laboral de las personas con antecedentes penales como aplicación de derecho constitucional a la no discriminación. Ecuador, 2017; p.56.

¹⁵⁵ Carolina ALK. Op. Cit. p. 24

Los criterios recaen en la exclusión social de manera autónoma, por lo cual el acompañamiento se vuelve muchas veces dificultoso ya que en una comunidad funcional deben existir pequeñas sociedades. Estas pequeñas sociedades reúnen a los núcleos familiares, laborales y partidarios. Este último engloba toda persona considerada un lazo amistoso en cualquier acción de socialización.

La concepción de la reincorporación social como derecho es el punto de partida de esta investigación, y, al mismo tiempo, el norte de las conclusiones que de ella se derivan. Si bien la reincorporación o reinserción social se ha entendido tradicionalmente –de acuerdo con los planteamientos de las doctrinas catalogadas como de prevención especial positiva (Ferrajoli, 1995, pp. 264-274) – como uno de los fines de la pena, esta orientación se ha ido transformando hacia aquella que considera a la reincorporación como un derecho; concepción que ha tenido reflejo doctrinal¹⁵⁶ (especialmente Cid, 1998, pp. 36-48; Zapico, 2009, pp. 919-946) y normativo.¹⁵⁷

Claro está que la reincorporación es un derecho que engloba en gran medida a la propia sociedad. El sistema penitenciario en cualquier gobierno tiene como finalidad castigar el delito que llevó a proceder con los diversos sistemas regulados por cada estado. Por consiguiente, al haber cumplido efectivamente con una sentencia se paga el precio por incumplir la ley. Es por ello que la discriminación no debería darse por efectuada. Es la propia sociedad la cual comete el enjuiciamiento y debe de ofrecer las oportunidades tanto laborales como sociales¹⁵⁷.

Es sumamente importante que exista una serie de accionarios dentro de una sociedad que está adoptando a un recién incorporado y que ha pasado por la cierta privación de libertad. A partir del momento que el sumariado se adentra en una sociedad que lo ha visto anteriormente como un peligro social deba ayudarlo a reestructurar su comportamiento.

Este proceso se convierte en una situación paradójica, puesto que una persona que afectó la moral de la comunidad hoy debe de estar acompañada por la misma sociedad. Es donde surge la importancia del perdón social, situación que se ve bastante alterada cuando hay un efecto de resguardo en los patrones de comportamiento de supervivencia y seguridad personal.

El criterio de los doctrinarios afirma que existe una relación directa entre el entorno y el individuo, de tal forma que factores como el desempleo, en cierto modo condicionan a una persona que no puede obtener los medios de

¹⁵⁶ Marcela Gutiérrez Quevedo ÁMOD. Política criminal y abolicionismo, hacia una cultura Colombia; 2015.

¹⁵⁷ *Ibidem*.

*supervivencia por medios lícitos a buscar alternativas dentro de la ilegalidad, utilizando la delincuencia como un medio para sobrevivir.*¹⁵⁸

Es importante mencionar y recalcar la importancia que tiene un grupo social dentro del entorno laboral. Esto tiene un efecto mucho más oscuro desde el ámbito contratista pues los empleadores temen por los bienes y patrimonios de la empresa. Cuando se trata de un delito de hurto es bastante difícil que una persona sea contratada por la ofuscación de que se vuelva a cometer el mismo delito¹⁵⁹.

La objetividad de un certificado de buena conducta como lo es en el gobierno holandés no tiene cabida en las acciones empleadoras. En Latinoamérica hay un mayor miedo a la reincidencia de delitos dentro de la propia entidad y se busca velar por la seguridad dentro de toda organización.

La importancia de un modelo de rehabilitación laboral dentro de un modelo penitenciario se debe a la proyección de factores connotativos para la aplicación de nuevas habilidades en el individuo. Mediante el mismo se puede prever, pero no controlar las posibilidades de contratación a fin de poder gozar de un salario digno que sirva para mejorar la calidad de vida.

Es necesario el completo acompañamiento de parte del gobierno para que los sistemas penitenciarios se muestren positivos además de ser canales de corrección segura en un porcentaje importante de reclusos. Mediante estos sistemas no solamente se pueden mejorar las habilidades sino aumentar la moral dentro de los cadalsos.

*El sistema de rehabilitación social, además de enfocarse en otros ejes, deberá aplicar un plan para lograr la capacitación de la persona procesada de la libertad, proveyéndole de conocimientos que le permitan ejercer una labor productiva, alejada de las actividades delictivas, para cuando cumpla con la pena impuesta y recupere su libertad; pero además deberá brindarle apoyo en el momento de la reinserción.*¹⁶⁰

Al haber mayores sistemas de aprendizaje dentro del proceso penal puede existir mayor cantidad de apegos sociales para la restitución total y ética. Mientras más habilidades obtenga la persona procesada esta podrá mejorar su perfil para las diferentes propuestas laborales a las que este puede acceder. Solo de esta manera y acompañado de los procesos de aceptación social se puede lograr una adaptación positiva.

¹⁵⁸ Carolina ALK. Op. Cit. p. 26

¹⁵⁹ Ibidem.

¹⁶⁰ Carolina ALK. Op. Cit. p. 27

3.3.1. Colombia.

Lo sistemas procesales junto con los procesos rehabilitadores además de procesales son habilitantes y modelos de noviciado en cuanto a la ética de una persona frente a la sociedad. Cuando hay una carencia de apoyo en este procedimiento se vuelve un concepto difícil de digerir cualquier proceso de reposición social.

Es de resaltar que el apalancamiento moral resulta en un mayor grado de dificultad pues los efectos discriminatorios tienen un vocífero mucho mayor. Este aumento de fuerza genera un enfoque diferente y deja casi en manos totales de la parte social el hecho de aceptar o rechazar el proceso de readaptación.

Si algo puede afirmarse de los antecedentes penales² en Colombia es que su tratamiento legal dista de ser claro³, y que la doctrina nacional se ha preocupado muy poco por hacer visible esta situación y formular propuestas de reforma⁴. Lo anterior contrasta con la relevancia del tema y, sobre todo, con sus repercusiones político-criminales⁵. En efecto, en un país que desde muchos frentes se viene preparando para abordar las dinámicas del posconflicto, el tema de los antecedentes penales y, con él, el de la reincorporación social, tiene que ser prioritario, y las reflexiones que de ello se deriven tendrán que nutrir tanto a los procesos que se den en el ámbito de la justicia transicional como en la justicia ordinaria.¹⁶¹

Es por supeditada la propia taxonomía social que va a sufrir una persona que está terminando su reclusión y se prepara para una reintegración. Los cambios sociales resultan esta vez abruptos y pueden apoyar negativamente a la persona a desarrollar nuevamente acciones de delinquimiento en vez de aportar significancia al desarrollo organizacional.

Esto enfoque marginal no deja en el olvido a las índoles laborales. Por contrario afectan negativamente el objetivo de reinserción laboral. Al no existir un apoyo social que es canal primordial del ámbito profesional, este se ve afectado y se aporta un mayor precursor de carencia efectiva. Este logra desintegrar la autoestima y baja los decibels de éticos¹⁶².

El coste laboral de por sí en Colombia es mucho mayor y cuando hay en puertas un certificado de antecedentes penales puede tener mucho más peso conseguirlo. La falta de regulación sobre los esclarecimientos de procesos penales deja en jaque a la persona que cometió adulterio y esto aumenta las tasas de reincidencia penal.

Como se advirtió en el primer apartado de este trabajo, no existe en Colombia una regulación clara y sistematizada de los antecedentes

¹⁶¹ Marcela Gutiérrez Quevedo ÁMOD. Op. Cit. p. 32

¹⁶² *Ibidem*.

penales¹⁶³. Las normas se encuentran dispersas, tienen diversa naturaleza y distan de ser explícitas en lo que respecta a las competencias de las distintas autoridades, la forma de operar de los antecedentes, los principios que orientan su gestión y los derechos de quienes los poseen. Esta situación ha generado, como se mostrará más adelante, que el tratamiento de los antecedentes penales se rija, en muchos eventos, por decisiones frente a casos particulares, derivadas de acciones de tutela.¹⁶³

Como se mencionó, los procedimientos son bastante difusos. El propio individuo que está pasando por un proceso penal no tiene bien por claro que procedimiento es el que debe de someterse para lograr una sana reinserción. Un cohecho se da por una carencia que lleva a delinquir en la propia moral. Lo cual, papel importante es el de la propia sociedad para que este se haya llevado a cabo.

Cabe ahí la necesidad de que la propia sociedad sea la que debe ayudar a la persona a mejorar su moral mediante el apoyo integral en todas las bases sociales. Solo de esta manera el individuo procesado va a mejorar sus oportunidades laborales y sociales para enderezar sus acciones pasadas.

Se vuelve a mencionar que todo proceso penal debe de ser un proceso de aprendizaje y reaprendizaje desde el punto moral. Este no es únicamente un procedimiento de castigo con privación de libertad donde se le aísla de la comunidad. Por defecto debe de quedar un registro sobre los accionarios de todas las personas lo cual procede de ser un documento que perseguirán a una persona hasta determinado tiempo¹⁶⁴.

Sin embargo, estos documentos deben de ser resguardados y no deben de ser divulgados. Es importante este paso para una rehabilitación sin confrontaciones ni mayores complicaciones. En Colombia este elemento crucial tiene un nivel más de dificultad y es que dichos antecedentes están a la mano del conjunto poblacional. Esto dificulta severamente las oportunidades que puede recibir normalmente un procesado.

Según lo que acaba de decirse, la publicidad de los antecedentes penales y el fácil acceso a su registro por parte de cualquier persona (y no solo de su titular, la persona por él autorizada o la autoridad competente) hace que las oportunidades de reincorporación social sean más difíciles. Esto se percibe de manera más clara en el ámbito laboral donde, a la presencia de antecedentes penales, se suma que los pospenados “saldrán con poca –o ninguna– destreza social ni laboral debido al escaso o nulo acceso a

¹⁶³ Marcela Gutiérrez Quevedo ÁMOD. Op. Cit. p. 5

¹⁶⁴ *Ibíd.*

programas que los preparen para la etapa poscarcelaria o pospenitenciaria” (Espinoza & Martínez, 2007, p. 120).¹⁶⁵

Se vislumbra entonces un segundo defecto que tiene un proceso penal con un pobre modelo de reincorporación social. Al haber una falta de programas de educación dentro de una penitenciaría hay una carencia de expectación por parte de los reclusos. Este efecto es sumamente negativo ya que las personas con bajo nivel educativo no podrán acceder a puestos laborales de manera integral.

Estos sistemas incluidos con la reclusión social y la falta de oportunidades por parte de todos los pilares comúnmente aceptables pueden generar un efecto reactivo. Los efectos reactivos tienden a generar un decaimiento delinquito. Situación que lleva por delante la falta de oportunidades basadas en una sociedad que no está preparada para la rehabilitación social de uno de sus integrantes.

3.3.2. Ecuador.

Es una realidad que una persona que ha cometido un delito es considerado un marginado social. O así lo indican las personas durante el proceso penal. En este proceso se estigma a la persona que está recibiendo un castigo basado en lo que la ley crea justo para el proceso penal

En el año 2015 la postulante Estefanía Valeria Ruiz Haro realizó su trabajo de titulación en la Universidad Central del Ecuador con el tema de investigación: “Reinserción laboral y productiva de las ex personas privadas de libertad (PPL) en la ciudad de Quito año 2014”, trabajo en el cual se aborda el fenómeno de la discriminación a las personas que tienen un pasado judicial, privándoles de oportunidades laborales, a consecuencia de los estereotipos, el estigmatismo y los etiquetamientos, lo que ocasiona más desempleo y la ausencia de seguridad, sin que al momento existan alternativas que permitan solucionar este fenómeno social y jurídico.¹⁶⁶

La privación de libertad es un requerimiento por parte de las autoridades, pero esta es con fines de represión y proceder al reaprendizaje de las personas. El estigma repercute en la imagen negativa que tiene una penitenciaría con relación a que la persona facinerosa ha tenido contacto con otras que están pasando el mismo proceso penal.

Al no tener estas personas contacto con lo que sucede dentro de un presidio conjeturan algunas ideas que logran la naciente de estereotipos los cuales servirán más adelante como elementos marginales. Debe de haber un entendimiento en el punto de

¹⁶⁵ Marcela Gutiérrez Quevedo ÁMOD. Política criminal y abolicionismo, hacia una cultura Colombia; 2015. Op. Cit. p. 11

¹⁶⁶ Carolina ALK. Op. Cit. p. 9

que una privación de libertad ya es un castigo. Por resultante no debe de existir una segunda represión por parte de la sociedad. La desnutrición de conocimiento por parte de la propia sociedad ante los procesos penales hace que sucedan los procesos de discriminación propiamente activos. En toda situación en la cual un procesado está queriendo reestablecerse se debe de estimar que quiere restituirse socialmente y ser aceptado nuevamente¹⁶⁷.

Por contrario cuando ocurre una reincidencia en el mismo crimen debe de establecerse un análisis de cuales fueron los objetores que acudieron a su decaimiento moral por segunda vez. La jurisprudencia debe de efectuarse en todos los ámbitos y por ello es que se debe velar por la no discriminación social.

Un común denominador de estos elementos expuestos, es que se ubican dentro del ámbito jurídico, pues es al interior de los sistemas judiciales que se han creado bases de datos que permiten visualizar los antecedentes penales como una estigmatización de las personas rehabilitadas; mientras que también dentro de las mismas normas se puede establecer condiciones discriminatorias, por prohibir la contratación de personas con antecedentes penales en ciertos empleos; todo esto es potenciado por el hecho de que estos antecedentes nunca prescriben ni se cancelan, sino que acompañaran a la persona hasta su muerte.¹⁶⁸

Mediante este ciclo social se puede rebatir la dificultosa incorporación de una persona que ha pasado por los procesos penitenciarios asumidos por el Estado. Mayormente este hecho es considerado dificultoso por impartición de la sociedad y que establece que una persona es culpable en todo momento.

La faena del juicio social es uno de los castigos por los que debe pasar indefectiblemente una persona cuando es reinsertada en la sociedad. Es difícil establecer qué nivel de gravedad puede generar esta discriminación a un nivel psicosocial. Sin embargo, se puede tener una idea en las bases de la tasa de reincidencia según las estadísticas gubernamentales.

Puede decirse que la culpabilidad y el repudio moral que ejerce con fuerza mayor una sociedad pueden acabar en la muerte social. Al no haber un regulador de esta discriminación puede generar un mayor acopio dentro de los sistemas de rehabilitación. Es de esperarse por propio hecho que se debe dar una posición de aceptación y evadir el rechazo a las personas que se están corrigiendo durante los diferentes procesos penales¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Ibidem.

¹⁶⁸ Carolina ALK. Op. Cit. p. 20

¹⁶⁹ Ibidem.

En los aspectos penales dentro del Estado ecuatoriano, como en muchos Estados, se da la dificultad pragmática de la rehabilitación debido al estado ético corrompido en el individuo. Toda sociedad que busca una mejor calidad de vida social repudia los hechos corruptibles y castiga severamente mediante el enjuiciamiento y los prejuicios morales. Acto que dificulta la reinserción en su amplia variedad que se puede dar.

Según el criterio de los autores, la discriminación laboral fáctica se produce por diversos motivos, entre los que se encuentran la estigmatización de las personas que han pasado por una prisión, lo que de cierto modo hace pensar en la peligrosidad y riesgos de reincidencia de esta persona por delinquir, pero además también está el factor educativo y familiar que brinda una imagen negativa de las personas rehabilitadas ante la sociedad; todo ello contribuye a aumentar el desempleo de las personas con antecedentes penales.

Esta amalgama de posibilidades y efectos sociales puede generar una situación de apego a las malas costumbres que llevaron al individuo a violar su moral y credibilidad laboral. Si fuera el caso de los hurtos dentro del propio instituto en el cual se desenvolvía este, va a ser más dificultosa su reinserción dentro de otro modelo laboral¹⁷⁰.

No obstante, una sociedad positiva debe de dar por acción oficial el bienestar. El hecho negativo ocurre cuando esta comunidad no quiere olvidar y rechaza las oportunidades de los procesados. Es un derecho constitucional que una persona en su carácter de ser humano tenga un trato digno. Lo decretan siempre los estatutos de los Derechos Humanos.

Aunque este individuo haya cometido un delito poco moralista se debe de evaluar siempre la posibilidad de su reinserción en una sociedad. Esto hace a una sociedad una comunidad mucho más justa y formidable para generar cambios positivos en todos los niveles socialmente aceptados. Solamente mediante este acompañamiento se podría dar un trato justo para todos por igual¹⁷¹.

El deseo de un gobierno y sus estatutos es siempre velar por el pacifismo. Muchas veces los hechos punibles que son considerados aberrantes puede afectar la moralidad del conjunto de comunidades. Quizá sea este el principal detractor que surge cuando se pretende corregir los comportamientos poco amigables y que a veces resulta más un reto que un derecho.

¹⁷⁰ Ibidem.

¹⁷¹ Ibidem.

Sin embargo, la rehabilitación es el derecho de toda persona para lograr acceder a una comunidad y la absolución social fomenta una comunidad mucho más equitativa y menos vengativa. El odio debe de ser un elemento eliminado durante todo proceso, así como el rencor. Es este el principal desafío por el que se enfrenta una comunidad dañada en sus normas y reglamentos sociales.

Capítulo 4: Los antecedentes penales y la discriminación laboral

Introducción

La certificación de antecedentes penales forma parte dentro del proceso habitual de selección laboral dentro de la Argentina y el mundo entero. No es menos cierto, que para los empleadores resulta un derecho fundamental conocer sobre los antecedentes penales antes de incluir personas a su estatus y relación laboral, sin tomar en consideración la variación en las decisiones que este simple documento puede realizar.

Ciertamente, una certificación de antecedentes penales puede suponer para el empleador un mayor riesgo de situaciones negativas y conflictivas que una persona que no disponga de antecedentes. Sin embargo, está claro que, eso es imposible de predecir. Aun así, las discriminaciones reflejadas sobre este caso son inagotables. De allí radica el problema que a continuación se pretende analizar con profundidad.

Para ello, se evaluarán los siguientes puntos de referencia: Los antecedentes penales y la discriminación laboral, determinado en diferentes factores como la discriminación laboral; la inconstitucionalidad de la solicitud de los antecedentes penales; la normativa nacional; la vulneración del principio de reinserción social; el estigma de la cárcel; la situación en el empleo público y en el sector privado; y las Reglas Mandela.

4.1. La discriminación laboral

El derecho al trabajo es un derecho fundamental que se encuentra regulado en la carta magna del territorio argentino y en diferentes convenios internacionales. Las leyes nacionales, en razón de ello, están estructuradas en la búsqueda del cumplimiento efectivo de todos los derechos establecidos, así como el trabajo, fundamentado básicamente en la dignidad y la autonomía de cada ser humano.

Actualmente, en el territorio argentino existen aproximadamente un total de 13 leyes y normativas que controlan y regulan todo lo relacionado en la materia laboral, y su inclusión social en materia política ha sido suficientemente amplia en búsqueda de su éxito social. Sin embargo, a pesar de los inmensos esfuerzos realizados por el Estado en materia laboral, resulta pues, inevitable que existan casos de discriminación en materia laboral, principalmente, en razón de la condición y concepción de la sociedad sobre lo

considerado “normal” y su apreciación sobre rasgos o características distintas. Sobre el tema de la discriminación laboral, Mouratian describe esta acción de la siguiente forma:

*La discriminación no es un acto aislado, sino que tiene una raigambre histórica producto de un modelo social que, durante siglos, postuló una concepción de “normalidad” que ubicó a algunas personas con determinadas características (varón, blanco, de edad productiva, instruido, católico, heterosexual, sin discapacidad, entre otras) en una relación de poder subordinante sobre otras que no se correspondían con ese patrón heteronormativo. Toda discriminación constituye un hecho violento, además de una vulneración a los derechos humanos. Las formas graves y persistentes de discriminación en el trabajo contribuyen a agudizar la vulnerabilidad y la exclusión social de aquellos grupos que históricamente han padecido segregación.*¹⁷²

Los actos de carácter discriminatorio pueden verse presentados en cualquier tipo de actividad y/o acción laboral, desde la búsqueda de empleo hasta el retiro y/o despido laboral. Su manifiesto o razón de discriminación es variable, pero en conjunto todos los actos discriminatorios se basan en la desigualdad, en la injusticia y en el desfavorecimiento que padecen ciertos ciudadanos frente a lo categorizado como “normal” para el resto.

Esta situación no es igual en el resto del mundo, diferentes países aplican y establecen un conjunto de normativas que hacen referencia a los certificados de antecedentes penales, su alcance y uso dentro de la sociedad. Hay países en los cuales se determina la legalidad de los certificados de antecedentes penales bajo un control y regulación más detallado, así como también hay otros países, como es el caso de Venezuela, en el cual se determina que la utilización de los antecedentes penales está totalmente prohibida en el área de la solicitud de empleos.

Asimismo, las formas más graves y persistentes de discriminación en el trabajo contribuyen a agudizar la vulnerabilidad, la pobreza y la exclusión social condenando a las personas a la inmovilidad social, particularmente en aquellas víctimas de vulnerabilidades múltiples, como quienes se encuentran en situación de pobreza y, además, tienen alguna discapacidad o son migrantes, mujeres o jóvenes.

Desde una perspectiva de derechos humanos, intentaremos centrar nuestra atención en un espacio en el que aún persisten situaciones de desigualdad y de segregación con el objetivo de brindar algunas pautas tendientes a la promoción de ámbitos laborales más diversos, plurales y democráticos, haciendo especial hincapié en la importancia de generar acciones que

¹⁷² Mouratian, P. *Derecho al trabajo sin discriminación: hacia el paradigma de la igualdad de oportunidades*. Ciudad autónoma de Buenos Aires: Instituto nacional contra la discriminación, la xenofobia y el racismo. 2013. pp. 20-21.

*promuevan la igualdad de oportunidades y el trato digno hacia todas las personas.*¹⁷³

Mouratian¹⁷⁴ también destaca que algunos de los factores que se presentan como actos discriminativos comunes dentro del ámbito laboral hacen referencia al género de las personas, haciendo distinciones considerables entre los hombres y las mujeres; el trabajo doméstico bajo una discriminación común sobre un empleo exclusivo de “mujeres” acentuando una distinción irracional y discriminatoria, entre otros casos. Esto ocurre en diversas ocasiones con respecto a los actos discriminativos, y aun mayor es el caso, sobre los ciudadanos con antecedentes penales.

El trabajo para los ciudadanos que cumplieron condena privativa de libertad resulta sumamente fundamental para la correcta ejecución de su reinserción social, pues constituye una herramienta elemental para la readaptación social y para la subsistencia y satisfacción de sus necesidades básicas. A pesar de ello, resulta común y frecuente la solicitud de los antecedentes penales como un requisito informal para la obtención de empleos, lo cual constituye un obstáculo para alcanzar el trabajo, pues implica un requerimiento basado en la ostentación de prejuicios y estereotipos vinculados con la idoneidad del trabajo para el sujeto en cuestión y la capacidad que se requiere para tal.

Los certificados de antecedentes penales son un documento en el cual consta toda la información pertinente sobre circunstancias jurídicas dentro de un proceso penal, y constituye un elemento fundamental para el conocimiento del pasado de cada ciudadano y servir de ayuda para procesos legales o penales. La importancia de este documento dentro de la nación argentina y cualquier ámbito internacional radica en prevenir la reincidencia sobre los actos delictivos cometidos.

Por un lado, la exigencia de presentación del certificado para la inmensa mayoría de las actividades sociales, profesionales y laborales tanto privadas como estatales, entorpecen o impiden a quienes fueron penados la obtención de un status fundamental para la pretendida reinserción social. Teniendo en cuenta la incidencia negativa de la existencia de AP, o al menos, de la publicidad de los mismos, se puede afirmar que las consecuencias del delito no se agotan con la pena y muchas veces la pena

¹⁷³ Mouratian, P. *Derecho al trabajo sin discriminación: hacia el paradigma de la igualdad de oportunidades*. Ciudad autónoma de Buenos Aires: Instituto nacional contra la discriminación, la xenofobia y el racismo. 2013. P. 21.

¹⁷⁴ Mouratian, P. *Derecho al trabajo sin discriminación: hacia el paradigma de la igualdad de oportunidades*. Ciudad autónoma de Buenos Aires: Instituto nacional contra la discriminación, la xenofobia y el racismo. 2013. P. 29

*privativa de la libertad se prolonga como una sombra para el condenado durante el resto de su vida.*¹⁷⁵

A pesar de su finalidad bien definida y estructurada y su propósito positivo dentro del sistema jurídico, los certificados de antecedentes penales ciertamente son un documento físico que garantiza un obstáculo difícil de superar para la posible reinserción social de los ciudadanos. Los antecedentes penales implican, para los ciudadanos que lo disponen, que la sociedad sea partícipe de una opinión común en la cual se crea la ideología que los sujetos que cumplieron condena privativa de libertad suelen mantener sus actitudes y acciones basadas en actos delictivos, por lo cual, genera repudio, estigmatización y discriminación sobre la sociedad.

Su origen se basa en la necesidad del Estado de mantener y fijar un control en los ciudadanos, permitiéndose destacar una identificación de los ciudadanos “delincuentes” por lo cual, se pueda mantener un control y vigilancia sobre ellos para evitar la reincidencia en los actos.

Asimismo, la certificación de antecedentes penales (más adelante entendido como CAP) genera un dificultoso camino a través de la reinserción en la búsqueda y obtención de empleos y ofertas laborales. Esta situación en Argentina ha generado gran inconformidad social y un creciente conflicto económico, político y social. Sus diversas modificaciones y reformas aun no llegan a un Estado equilibrado de derecho y justicia.

Para la Argentina, el certificado de antecedentes penales es partícipe directo y habitual en la selección laboral, al igual que en otras naciones. En esta localidad, es sumamente común y rutinario la solicitud de este documento para evaluar y analizar posibles empleados. Se destaca que en las leyes y normativas argentinas, no se le permite el conocimiento sobre si sus trabajadores o futuros trabajadores disponen de antecedentes penales o no¹⁷⁶.

En el ámbito público, la situación no es tan crítica y socialmente discriminatoria como ocurre en los casos de empleadores privados, lo cual, enmarca una llamativa posibilidad de conflictos sociales graves. A primeros indicios, este es el primer paso para generar una selección laboral basada en la discriminación y razón social, determinando una peligrosidad inexistente sobre los ciudadanos con antecedentes

¹⁷⁵ Carnevale, C. *Antecedentes penales y reinserción laboral en Argentina*. Universidad nacional del sur, tesis de magister en derecho con orientación en derecho penal. 2015. P. 7

¹⁷⁶ Carnevale, C. *Antecedentes penales y reinserción laboral en Argentina*. Universidad nacional del sur, tesis de magister en derecho con orientación en derecho penal. 2015. P. 123

penales, ahora bien, no es la única problemática que se reflejara en el presente análisis¹⁷⁷.

La existencia de los antecedentes penales es sumamente amplia y larga, dando sus inicios en el territorio argentino a partir del siglo XX, cuando en el código penal del año 1921 se establecía de un “registro penal” que permitía su visualización a ciertos organismos públicos para el acceso a la información, sin embargo, ya desde sus inicios, marcaba una rigurosa limitante sobre los usos y alcance de esa información obtenida, y la razón por ello era debido a la estigmatización eterna que podía generar en los ciudadanos. Otras leyes de gran renombre que causaron un avance o retroceso sobre este documento y su afectación al sistema laboral, son las siguientes:

Esta norma es la que da origen a la sanción de la ley 11.752 que crea el Registro Nacional de Reincidencia, Estadística Criminal y Carcelaria y que, luego, durante la última dictadura cívico-militar, es modificada por la ley 22.117 (6) y complementada por el dec. 2004/1980. Actualmente el Registro Nacional de Reincidencia funciona en la órbita del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

El CAP es el instrumento que en la actualidad se utiliza para informar si determinada persona fue condenada penalmente, pero también abarca otros actos procesales que deben ser informados al Registro por el Poder Judicial, Unidades Penitenciarias y Policía Federal Argentina¹⁷⁸

El próximo inconveniente a resaltar surge a través de las constantes modificaciones que se les han realizado a las mencionadas leyes, llevando la situación a lo determinado en el artículo 8 del registro nacional, que establece el acceso de las certificaciones de antecedentes penales para cualquier persona, es decir, que cualquier ciudadano está en el derecho y la capacidad de solicitar antecedentes penales de cualquier ciudadano.

Este recurso, mayormente utilizado por jueces, autoridades de fuerzas de seguridad y demás organismos que lo requieran, generalmente era necesario para la atención de necesidades en investigación, protección e información para autoridades extranjeras, sin embargo, su control y limitación es escasa, lo cual, permite la posibilidad de acceder a información privada por parte de terceros sin razón relevante o aparente. Claro está, que la situación para los casos de empleos públicos no resulta tan relevante y determinable como los casos de empleos privados, sin embargo, esto no se debe a que en el caso de los puestos laborables públicos no exista discriminación, sino

¹⁷⁷ Ibidem.

¹⁷⁸ Fihman, R. *Discriminación por antecedentes penales: los casos del empleo en la administración pública nacional y en el sector privado en Argentina*. Argentina: DPyC 2019 (septiembre). 2019. P. 12.

por el contrario, sucede en casos por ejemplo en donde la Administración Pública, a través de su propia ley limita el acceso laboral a las personas con antecedentes penales que se describen.

La norma principal que debe tenerse en cuenta es la ley marco 25.164 de Regulación de Empleo Público Nacional. Esta ley, en su art. 5º, enumera cuáles son los impedimentos para el ingreso a la Administración, entre los cuales pueden mencionarse tres supuestos que revisten especial interés para este trabajo: el del inc. a) aplica para "el que haya sido condenado por delito doloso, hasta el cumplimiento de la pena privativa de la libertad, o el término previsto para la prescripción de la pena"; el b) agrega a "el condenado por delito en perjuicio de la Administración Pública Nacional, Provincial o Municipal"; por último, el c) dispone: "El que tenga proceso penal pendiente que pueda dar lugar a condena por los delitos enunciados en los incs. a) y b) del presente artículo". En síntesis, aquellas personas que tengan un "proceso penal pendiente" o estén condenados por cualquier delito doloso o por cualquier delito en perjuicio del Estado, no pueden ingresar a la Administración.¹⁷⁹

En el caso de los empleos privados, al momento de establecer cualquier contratación, se deben respetar los derechos consagrados en la Constitución¹⁸⁰, y si bien la ley argentina número 20.744, sobre Contratos de Trabajo¹⁸¹ no determina dentro de su estructura la prohibición de discriminación sobre los antecedentes penales en el caso de contrataciones de trabajo, tampoco es válida la discriminación de personas con motivo de sus antecedentes penales.

4.2. La inconstitucionalidad de la solicitud de los antecedentes penales

Durante muchos años se ha inculcado dentro del sistema judicial el ideal resocializador que busca que el individuo genere una rehabilitación sobre sus actos delictivos, destacando las penas y las medidas privativas de libertad de una forma en la cual la función correctiva sea la primordial, de modo tal que los instintos peligrosos y de actos delictivos en los sujetos se controle y de ser posible, se elimine por completo.

La realidad actual es que, a medida que los años van pasando, la sociedad está en un constante y frecuente cambio que conlleva a que el sistema judicial y legal que hace años atrás se implanto en el territorio argentino, hoy quede totalmente descalificado e inadecuado para su aplicación en las situaciones actuales. Ciertamente, el sistema jurídico ha quedado descalificado en cuanto al sistema penal, pues hay que tomar en

¹⁷⁹ Fihman, R. *Discriminación por antecedentes penales: los casos del empleo en la administración pública nacional y en el sector privado en Argentina*. Argentina: DPYC 2019 (septiembre). 2019. P. 23.

¹⁸⁰ Constitución Nacional Argentina, de fecha 15 de diciembre de 1994.

¹⁸¹ Ley número 20.744 sobre Contrato de Trabajo de fecha 27 de septiembre de 1974.

consideración las afectaciones provocadas por las antiguas leyes y la poca practicidad que tienen las medidas correctivas en la actualidad. El sistema de registro y certificación de antecedentes penales, sin lugar a dudas, debe ser mayormente regulado y control por el mismo organismo, y no tanto para su mejoría en la sociedad, sino por el contrario, para implementar medidas que verdaderamente logren los objetivos que la constitución nacional argentina y los convenios internacionales desean aplicar¹⁸².

El cometido de la reinserción social, mantiene constante distintas adversidades para lograr sus objetivos, y el principal de ellos, siempre será el uso de los antecedentes penales para determinar si una persona puede o no acceder a un trabajo.

*La pena se convierte así, en el medio del que dispone la sociedad para eliminar, o, al menos, atenuar sus potenciales fuentes de desestabilización. A ello se añade una faceta de indudable índole moral, en tanto el delincuente es considerado como alguien merecedor de ser reinsertado mediante los mecanismos de reeducación que se ponen a su servicio.*¹⁸³

Si bien es cierto que la discriminación laboral por casos de personas con antecedentes penales es recurrente en la nación argentina, no se puede negar que las acciones y actividades internacionales en pro de evitar esta problemática han permitido la protección de tales derechos. Lo ideal entonces, sería que la situación legal en Argentina cambiara y se adaptara según las formalidades internacionales a la protección de las personas vulnerables con antecedentes penales que no pueden lograr adecuadamente el proceso de reinserción social y laboral.

Del mismo modo debe ocurrir tanto para el empleo público como el empleo privado, de tal manera que se puedan evitar. Sobre esto, destaca el autor Fihman lo siguiente:

En relación con el empleo privado, resulta necesario adecuar la legislación de forma tal que la prohibición de solicitar antecedentes penales constituya el principio general en materia de empleo. Sin embargo, deberían incorporarse excepciones que estén basadas únicamente en el requisito de adecuación medio-fin, y solo cuando la presencia de determinado antecedente penal torne imposible el efectivo cumplimiento de las tareas a desempeñar. En este sentido, sería razonable que la presentación de CAP sea solicitada por el empleador directamente al registro, con la correspondiente reforma legislativa que esto conlleva, de forma fundada en busca de antecedentes penales —que, en razón del principio de inocencia, deberían incluir únicamente condenas— relacionados con delitos

¹⁸² Carnevale, C. *Antecedentes penales y reinserción laboral en Argentina*. Universidad nacional del sur, tesis de magister en derecho con orientación en derecho penal. 2015. P. 17

¹⁸³ *Ibidem*.

*específicos que deben tener un estrecho vínculo con la búsqueda laboral de que se trate.*¹⁸⁴

Ahora, es menester tener una mentalidad y percepción equilibrada para ambas partes y, por lo tanto, resulta necesario, que se investiguen y analicen puntos a favor sobre los empleadores, de modo tal que se les permita una oportunidad de carácter reservada al acceso de información sobre los antecedentes penales de sus trabajadores, esto, vale recordar, sin ningún tipo de facultad o derecho de despido laboral motivado en la información recabada. Más allá de eso, se busca dar una oportunidad sobre las posibilidades de repetición de sucesos punibles que puedan ser evitados, sin generar ningún tipo de discriminación o conflicto laboral que sea infructuoso para ninguna de las partes.

Otros autores, como es el caso de Carnevale¹⁸⁵ se han destacado en hacerle hincapié a las normativas y lineamientos establecidos dentro de la constitución nacional y demás leyes regulares. Así, este autor hace mención a los estigmas que recaen sobre los ex reos, con motivo de los antecedentes penales.

Del mismo modo, se aprecia como en el caso de los tratados internacionales, la ley numero 24.660¹⁸⁶ resulta un claro ejemplo sobre la ejecución de la pena privativa de libertad y su funcionalidad, basada exclusivamente en la reinserción social, promoción y de la comprensión y apoyo de la sociedad, así como también la ley provincial numero 12.256¹⁸⁷ le otorga poder a dicho tratado internacional al determinar el fin último de la ley, la reinserción social de los procesados y condenados con una debida asistencia, tratamiento y control por parte del Estado¹⁸⁸.

*Todos los textos normativos de nuestro entorno cultural han establecido, con diferentes fórmulas, que la resocialización, la reeducación o la reinserción social constituyen el fin primordial de las penas de encierro, por lo que a las democracias que poseen sistemas penales liberales no les está permitido abdicar de los grandes paradigmas resocializadores. En este contexto, a la persona que ingresa a la cárcel, el Estado le debería asegurar por lo menos un derecho: que cuando salga tras haber cumplido su condena, no salga peor de lo que entró y en peores condiciones de desigualdad para llevar una vida digna en libertad.*¹⁸⁹

¹⁸⁴ Fihman, R. *Discriminación por antecedentes penales: los casos del empleo en la administración pública nacional y en el sector privado en Argentina*. Argentina: DPyC 2019 (septiembre). 2019. P. 7

¹⁸⁵ Carnevale, C. Op. Cit. p. 34

¹⁸⁶ Ley número 24.660 sobre Pena privativa de la libertad de fecha 16 de julio de 1996.

¹⁸⁷ Ley número 12.256 de Ejecución Penal de la Provincia de Buenos Aires, de fecha 23 de diciembre de 1998.

¹⁸⁸ Carnevale, C. Op. Cit. p. 38

¹⁸⁹ Carnevale, C. *El estigma de los antecedentes penales en la era digital*. Argentina: DPyC 2019 (agosto). 2019. P. 2

Es así como expresa este autor, que la capacidad en cuanto a resocialización se refiere con los ciudadanos que cumplieron condena, va directamente del Estado, por lo cual, es su finalidad y actividad principal garantizarle a estas personas que el proceso de reinserción a la sociedad posterior a su cumplimiento de condena será efectivo y protegido por la ley, sin embargo, como bien vamos estudiando, se ha detonado el hecho de que la situación real no se refleja así, sino todo lo contrario, la ayuda del Estado en cuanto a la reinserción es mínima, por no decir que inexistente, y la conflictividad que generan los certificados de los antecedentes penales en el asunto, dificulta aún más los fines internacionales de reinserción.

Sabido es que en aquellos países donde los AP son públicos, la discriminación laboral que sufren las personas que han sido sometidas a un proceso es más común. La mayoría de los empleadores consideran que una condena previa es un indicador de un posible mal comportamiento futuro. En los Estados Unidos está criminológicamente demostrado que el hecho de tener antecedentes penales aumenta por sí mismo la dificultad de acceder al mercado laboral. Como afirma Pager (2008), son una nueva forma de estratificación social y constituyen un estigma certificado por el propio Estado.¹⁹⁰

Resulta bastante común que los ciudadanos consideren que la obtención de un certificado de antecedentes penales implica la posibilidad de la reincidencia en actos delictivos, por lo cual, indudablemente, dificulta la consideración sobre una posibilidad de empleo laboral para los sujetos adjudicados a la reinserción social. Esta situación, que conlleva consecuencias indeseables, también crea estigmatizaciones sobre este núcleo de ciudadanos afectados, pues al imposibilitar la obtención de un empleo por los medios legales y la evidente ausencia legal sobre protección para estos ciudadanos, recaer en un acto delictivo es predecible.

De este modo, resalta como una situación evidente, que la falta de principios y normativas legales que destaquen una protección adecuada al principio de la reinserción social de los ex carcelarios ocasiona este tipo de circunstancias y conflictos que solo permiten sucesos negativos sobre la sociedad y los ciudadanos afectados. La validez y la utilización de los antecedentes penales ha generado una notable violación a los principios fundamentales internacionales, y no existe ley aparente en el territorio argentino que regule tal situación.

¹⁹⁰ Carnevale, C. Op. Cit. p. 41

4.2.1. La normativa nacional

Ahora bien, la normativa nacional sobre la solicitud de los antecedentes penales en el proceso laboral es inexistente. De acuerdo a la legislación argentina, no hay una normativa nacional que regule específicamente tales detalles¹⁹¹.

Asimismo, la ley número 22.117¹⁹² lleva un tiempo considerable sin ser analizada, modificada o reformada, lo cual, implica que por más de treinta años el trato respecto a los antecedentes penales y su uso sigue siendo igual. Para mejorar la reinserción social del ex reo, se le debe garantizar su no discriminación por contar con antecedentes penales, por lo que profesionales en el área como Carnevale¹⁹³ determinan que aun a pesar de la amplitud de leyes para alcanzar la reinserción social, determinada en diversas leyes como la ley 24.660, la ley 12.356, la constitución nacional y demás leyes internacionales, esta labor sigue sin alcanzarse en su totalidad, ya que no se tomaron las previsiones necesarias sobre los posibles brotes de discriminación laboral que ocurren con el mal uso de los registros penales.

En varios países de América Latina se advierte que es una práctica común, tanto en el ámbito público como privado, la exigencia del certificado de AP para la obtención de un puesto laboral. En consecuencia, la posibilidad de resocialización de las personas que cometieron delitos —postulado que se encuentra en vigor en virtud de los convenios internacionales de derechos humanos—, es sólo una utopía si no se remueven ciertos obstáculos, uno de los cuales lo constituye la realidad que predomina sobre quienes deben cargar con el estigma del AP. En el ámbito privado muchas veces el estigma y el prejuicio resultan determinantes. Ello genera no sólo una discriminación permitida por el propio Estado, sino que en contrapartida obliga a las personas con AP a acceder sólo a aquellos puestos de trabajo más precarios y temporales (construcción, pesca, etc.), que atentan visiblemente contra el ideal resocializador que se proponen los Estados mediante la ejecución de la pena.¹⁹⁴

A pesar de toda la evaluación, análisis e investigación realizada donde se aprecia claramente la distinción existente entre las legislaciones internacionales y la aplicada en el territorio argentino, aun se sigue manejando el sistema con la mentalidad desde hace más de treinta años. Sin la existencia de posibles factores que permitan un control y regulación mayor sobre las solicitudes de trabajo en la cual los sujetos en proceso de reinserción se ven afectados por razón de la solicitud de certificado de antecedentes

¹⁹¹ Ibídem.

¹⁹² Ley número 22.117 sobre el Registro nacional de reincidencia y estadística criminal y carcelaria de fecha 14 de diciembre de 1979.

¹⁹³ Carnevale, C. *Reinserción laboral y antecedentes penales en la Argentina: una reforma pendiente*. Argentina: RDP. 2017. P. 1

¹⁹⁴ Carnevale, C. Op. Cit. p. 56

penales, no se podrá determinar que en Argentina existe un Estado de derecho que se centra en la protección adecuada de sus ciudadanos, y aún más importante, en la adecuada y oportuna reinserción social de los sujetos que cumplieron sus respectivas penas privativas de libertad¹⁹⁵.

Este asunto sobre la solicitud de los antecedentes penales y la aplicación de normativas abarca mucho más allá del simple hecho de la ausente protección legal para la obtención de un empleo y la adecuada reinserción social. También perjudica considerablemente, la obtención de licencias de conducir. Sin embargo, en este último caso mencionado, existe cierta ventaja y favorecimiento basado en una normativa establecida en función de ello, la ley nacional número 24.449 en su artículo 20¹⁹⁶ que determina que la licencia de conducir de tipo D, es necesario la demostración de los antecedentes penales, y asimismo, resulta obligatorio, el no disponer de antecedentes relacionados con automotores y/o tránsito¹⁹⁷.

A pesar de resulta esta situación planteada una clara representación de discriminación y la imposibilidad de reinserción social, existen mecanismos legales que garantizan una oportunidad en la obtención de licencias de conducir, plasmada en el artículo 208 de la ley provincial número 12.256 de ejecución penal¹⁹⁸ donde se solicita una evaluación y orden por el juez directo. Aun cuando no se puede hablar sobre una protección al derecho de reinserción en su totalidad, existe un avance, tomando en cuenta la poca normativa existente que garantice la protección a dicho principio universal, y, por lo tanto, aún quedan muchas áreas por recorrer¹⁹⁹.

4.3. La vulneración del principio de reinserción social

Según el autor Carnevale²⁰⁰, la estigmatización proviene de Grecia, donde la utilizaban para referir a personas que consideraban “algo malo” o poco habitual según la sociedad. Es por ello que, cuando el ex reo empieza a sufrir discriminación y estigmatización social recurrente, se comienzan a debilitar sus posibilidades de reinserción social.

¹⁹⁵ *Ibidem*.

¹⁹⁶ Artículo 20 de la Ley número 24.449 sobre Ley de tránsito de fecha 10 de febrero de 1995.

¹⁹⁷ Carnevale, C. Op. Cit. p. 61

¹⁹⁸ Artículo 208 de la Ley número 12.256 de Ejecución Penal de la Provincia de Buenos Aires, de fecha 23 de diciembre de 1998.

¹⁹⁹ Carnevale, C. Op. Cit. p. 78

²⁰⁰ *Ibidem*

En la sociedad, muchas personas mantienen estigmas sobre las personas que tienen antecedentes penales, algo que sin lugar a dudas, es un gran obstáculo para la deseada reinserción social por parte del Estado.

Como afirma Pager, los antecedentes penales son una nueva forma de estratificación social y constituyen un estigma certificado por el propio Estado (Pager, 2008). En estos casos, Goffman señala que no se trata en realidad de una persona desacreditada, sino desacreditable.²⁰¹

La reinserción social en el Argentina no ha tenido los resultados esperados, pues la vida social después del cumplimiento de condena no garantiza que la persona que ha salido de prisión cuente con las oportunidades óptimas para integrarse idóneamente a la sociedad. Sobre este asunto, autores profesionales como Ficcardi y Tejada²⁰² destacan un estudio investigativo, basado exclusivamente en los certificados de antecedentes penales como principal factor de exclusión para los ciudadanos que cumplieron condena dentro del ámbito laboral²⁰³.

Estos autores destacaban dentro de su fundamentación que los ciudadanos que han cumplido su condena comprenden un sector vulnerable dentro del campo social por lo difícil que es su inclusión.

También pudiendo trasladar esa misma percepción hacia la actualidad mencionando la estigmatización que prevalece hacia este grupo social, existiendo una fuerte influencia de los medios de comunicación y de las representaciones sociales dominantes que agravan la situación de vulnerabilidad ya vigente y tienden a excluir a estos sujetos.²⁰⁴

Del desarrollo de dicha investigación, realizada por los autores mencionados, destacan diversos aspectos evidenciados desde el análisis elaborado hasta los resultados obtenidos por los sujetos en estudio²⁰⁵. Dentro de tales aspectos, se hace mención de la privacidad y publicidad del certificado de antecedentes penales, donde detallan que dicho documento se mantiene dentro del Registro Nacional de Reincidencia y la división de Antecedentes de las policías provinciales donde limitan y prohíben a priori la publicidad de los antecedentes de una persona a excepción de ser un trámite personal o de la acreditación bajo mandato conferido a un tercero interesado.

²⁰¹ *Ibíd*em

²⁰² Ficcardi, F. y Tejada, R. *Antecedentes penales: ¿la condena perpetua de las personas privadas de la libertad?* Cuarto encuentro nacional de jóvenes investigadores línea 42. 2015.

²⁰³ *Ibíd*em

²⁰⁴ Ficcardi, F. y Tejada, R. Op. Cit. p. 12

²⁰⁵ *Ibíd*em.

Para el marco legal argentino, los CAP se consideran de carácter privado y reservado exclusivo para el solicitante, variando de ser el ciudadano afectado, la procuraduría o cualquier otro ente público u organismo que así lo requiera.

En el territorio argentino, se mantiene el paradigma por el cual, la información restringida favorece el desarrollo post condenatorio del sujeto, esto le permite una apreciación basada en la corrección de las acciones penales sin menoscabar los derechos del sujeto a una inclusión social posterior a su condena. Sin embargo, como bien se ha desarrollado, la situación real no es la que se refleja en el ámbito legal.

Lo cierto es que fuera del principio directivo en esta materia existe una disociación entre lo que se quiere y lo que efectivamente sucede. La realidad demuestra que los empleadores habitualmente exigen a sus posibles subordinados tanto el certificado de antecedentes penales como así también la planilla prontuaria y entonces se quiebra el paradigma porque aún de acceso privado el CAP pasa a ser un requisito para sobrellevar un futuro.²⁰⁶

Dentro del estudio elaborado por los autores en mención se hace referencia a distintos aportes efectuados por funcionarios estatales de Argentina, como es el caso de la Jueza de Ejecución Penal de la Provincia de San Juan, la Dra. Margarita Camus, quien determina que los certificados de antecedentes penales deberían ser de uso exclusivo para el poder Judicial a los efectos de la reincidencia, sin embargo, su publicación y acceso a terceros para motivos diversos a los necesarios, es irrelevante y ocasiona conflictos en materia legal y social.

Del mismo modo ocurre con la opinión del Comisario general retirado Jorge Mario Tejada, quien expone que los certificados de antecedentes penales, indudablemente resultan un elemento fundamental y contundente para el trabajo sobre las fuerzas de seguridad y la administración de la justicia, sin embargo, la utilización de dicha información para factores que puedan perjudicar o impedir la reinserción social es una condición negativa que requiere de urgente solución.

Ambas posturas tanto de la jueza como del comisario revelan que el CAP no es un instrumento que por su naturaleza deba ser pedido por los empleadores, no al menos, en casos de que tenga una competencia directa con el área de trabajo. Así lo expresa el Crio. Tejada cuando menciona que “hay casos en los que se ha suspendido empleados por razones de antecedentes, por ejemplo, en las empresas de seguridad privada. Incluso se han retrotraído tanto en el tiempo que superan el tiempo establecido por la reincidencia”.²⁰⁷

²⁰⁶ Ficcardi, F. y Tejada, R. Op. Cit. p. 18

²⁰⁷ Ibídem.

Reflejado de este modo se logra evidenciar como los certificados de antecedentes penales pueden recorrer bajo un camino de doble vía, en la cual, se puede ver utilizado y solicitado por los empleados para una completa vinculación con alguna tarea en específica sin recaer en acciones de estigmatización o la total prohibición de su exigencia para el mantenimiento de la información bajo usos estrictamente necesarios por los organismos del Estado competentes.

Otra de las consideraciones destacadas a partir del análisis de resultado se basa en el certificado de antecedentes penales como una “condena perpetua”, pues resulta necesario tomar en cuenta que la duración de este instrumento no se encuentra regulada bajo ninguna normativa legal, lo cual se traduce en un problema contundente. La tendencia a mantener tal condición de perpetuidad sobre los antecedentes penales es relevante en razón de que perjudica considerablemente factores de reinserción social sobre las consideraciones que tienen los ciudadanos sobre ellos. Disponer y mantener una condición de ex carcelario inevitablemente perjudica la condición social que puedan disponer los ciudadanos²⁰⁸.

4.3.1. El estigma de la cárcel

La estigmatización, es un concepto que data desde los antiguos griegos. Su perpetuidad en el tiempo deriva de la intención de la sociedad en querer cambiar la situación. Cada día, el estigma se puede ver reflejado en millones de situaciones que colocan en desventajas a un cierto núcleo de ciudadanos, sin embargo, en este caso, se habla estrictamente de la estigmatización que genera la cárcel sobre la vida de los ciudadanos que ya cumplieron su condena y están en proceso de reinserción social dificultosa.

Sobre este asunto de la estigmatización, está la construcción del estigma elaborado Carnevale²⁰⁹ quien estudia el estigma de la cárcel y su dificultad en el ámbito laboral, considerando que los antecedentes penales marcan a los ciudadanos, a pesar de que este ya “pagó” la pena que se le impuso por los delitos que perpetró, algo que dificulta su inclusión en la sociedad. Asimismo, Goffman, considera que la estigmatización pasa por un proceso de tres fases sobre su construcción.

²⁰⁸ Ibidem.

²⁰⁹ Carnevale, C. Op. Cit. p. 49.

El primer rango constructivo del estigma deriva de la identidad social, y hace referencia a la presencia de rasgos y condiciones que impiden que la vida y relación social de un ciudadano se vea difícilmente completada. Se caracterizan estos rasgos o condiciones de gran relevancia a un nivel considerable donde la atención de la sociedad puede verse afectada y por ello, generar un rechazo o alejamiento como primer instinto. Estos rasgos en su gran mayoría condicionan su vida, relación y desarrollo del sujeto, tal como ocurre en el caso de los sujetos ex carcelarios que cumplieron su condena respectiva y ahora disponen de un documento de registro de antecedentes penales. Este documento, indudablemente, es esa condición que marca y hace la diferencia entre el ciudadano y la sociedad general, lo cual, le hace ser diferente y discriminado sobre otros.

El segundo rasgo está denominado como identidad personal, lo cual hace referencia a la información sobre la condición y/o rasgo de la persona y a la forma en la cual, las personas puedan tener adquisición sobre ella. Esta información, cuando se utiliza para determinar si la persona puede o no acceder a un puesto de trabajo, impulsa la estigmatización a un mayor alcance, lo que dificultaría la situación social y estabilidad del afectado.

El segundo momento tiene lugar con la identidad personal que se da respecto del control de la información en el manejo del estigma. El problema no consiste en manejar la tensión que se genera durante los contactos sociales, sino más bien en manejar la información que se posee acerca de su deficiencia. Exhibirla u ocultarla; expresarla o guardar silencio; revelarla o disimularla; mentir o decir la verdad; y en cada caso ante quien, como, donde y cuando. La información de la “deficiencia” del sujeto que ha pasado por la prisión posee un formato que no le permite disponer libremente de ella. En forma legal, cualquier tercero puede constreñir al sujeto a que exhiba esa información de interés principalmente judicial, pero que trasciende esa esfera cuando la sociedad pretende construir un determinado perfil, valiéndose de esta información sensible y condicionante.²¹⁰

El tercer rasgo característico y último de la lista de Goffman, es la identidad del yo, que hace referencia directa a la situación personal y directa del afectado por las situaciones sociales de estigma que está viviendo. En el caso de las personas con antecedentes penales, en diferentes oportunidades se ha logrado apreciar su situación vivida y que refleja las condiciones sociales desventajosas, por lo que la sociedad debe

²¹⁰ Carnevale, C. Op. Cit. p. 89.

mantener una conducta resocializadora adaptada a las condiciones que desde el Estado se le ofrece a los ciudadanos que han cumplido su condena²¹¹.

La estigmatización de los ciudadanos que cumplieron condena privativa de libertad es una situación que les afecta para el resto de sus vidas, y difícilmente logran coincidir en una vida común y tranquila sin poder contar con los medios y las herramientas necesarias por parte del Estado, lo cual perjudica considerablemente la obtención de los resultados deseados.

Ciertamente, es un trabajo de ambas partes en el cual, el ciudadano cumple con respetar las penas impuestas y culminar eficientemente su tiempo de condena, y es necesario de parte del Estado que le garantice a los ciudadanos que su condena cumplida da un paso al frente para que las personas puedan lograr su reinserción social de manera eficiente como un derecho fundamental establecido en normas nacionales e internacionales²¹².

Por tal razón, es necesario que el estado también intervenga en la situación y ponga a disposición de los ciudadanos todas las herramientas y mecanismos que sirvan para salvaguardar y proteger este derecho frente a cualquier adversidad que se pueda presentar, y entre ellas, aplica igualmente la solicitud informal (porque no está permitida en ninguna normativa) de los antecedentes penales en diferentes situaciones sociales y laborales²¹³.

4.4. La situación en el empleo público y en el sector privado

El conflicto de los antecedentes penales dentro del rango de la situación laboral es contundente, tanto para el ámbito público, el cual determina explícitamente en sus normativas legales las consideraciones y prohibiciones en el acceso laboral para las personas con antecedentes penales que allí se determine, y para el ámbito privado, que ha manejado la situación de ausencia legal con ventaja al tener acceso libre y público a los antecedentes penales de cualquier ciudadano, lo cual, le da un paso adelante para la evaluación, consideración y decisión final del empleo.

Sabido es la dificultad que significa la obtención de un trabajo luego del tránsito por una cárcel, principalmente por la exigencia del certificado de AP. Nuestro país presenta una deficiencia en los programas de seguimiento por medio de Patronatos de Liberados que funcionan con escaso personal,

²¹¹ Ibidem.

²¹² Ibidem.

²¹³ Ibidem.

*poco presupuesto, sumado a la indiferencia judicial y política. Las medidas tendientes a paliar esta situación (leyes de cupos y beneficios para quienes contraten a ex presos) no han dado ningún resultado. Existen muy pocas ONG interesadas en el tema y la reinserción laboral no se encuentra en la agenda política de ningún partido político.*²¹⁴

Definitivamente, en ambas áreas, los ciudadanos ex carcelarios se encuentran difícilmente afectados por la ausencia legal en cuanto a su protección al derecho de reinserción, para lo cual, es necesaria una intervención de parte del Estado para modificar y controlar la situación de discriminación laboral actual.

Es así como la situación, a lo largo de los años ha retomado mayor conflictividad y amplitud, lo cual a últimas instancias, era necesaria la participación legal del Estado, acción que fue realizada el 05 de febrero del año 2018, cuando se creó la modificación de la resolución del Ministerio de trabajo, empleo y seguridad social N° 270 de fecha 13 de abril del 2015²¹⁵ con la siguiente adecuación:

Artículo 1.- Sustituyese el artículo 3° de la Resolución del MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL N° 270 del 13 de abril de 2015 por el siguiente:

*Artículo 3.- Las ofertas de empleo no podrán contener restricciones por motivos tales como raza, etnia, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, genero, posición económica, condición social, caracteres físicos, discapacidad, residencia, responsabilidades familiares o antecedentes penales de quienes hayan cumplido la totalidad de su condena.*²¹⁶

Esta resolución N° 11 elaborada por el ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social en conjunto con las recomendaciones de la Procuración penitenciaria de la nación a través de su resolución N° 855 del 10 de febrero del año 2017²¹⁷, fue impartida a través de las siguientes motivaciones legales, donde se destacan en primer lugar la explícita condición de la ley N° 25.326²¹⁸ sobre el uso y disposición de los datos personales sin consentimiento, determinando que en dicha ley menciona la prohibición expresa de proporcionar datos “sensibles” que puedan perjudicar al ciudadano afectado, así como también, dicha prohibición se extiende a organismos que hagan uso y resguardo de tal información, tales como bancos, registros, etc.

²¹⁴Carnevale, C. Op. Cit. p. 96.

²¹⁵ Modificación de la resolución del Ministerio de trabajo, empleo y seguridad social N° 270 de fecha 13 de abril del 2015.

²¹⁶ Artículo 1 y 3 de Modificación de la resolución del Ministerio de trabajo, empleo y seguridad social N° 270 de fecha 13 de abril del 2015.

²¹⁷ Resolución N° 855 del 10 de febrero del año 2017.

²¹⁸ Ley número 25.326 sobre Habeas data de fecha 02 de noviembre del 2000.

En segundo lugar, dispone la resolución la consideración del artículo 23 de la ley N° 22.520²¹⁹ que determina la competencia del Ministerio de trabajo, empleo y seguridad social sobre la protección de los derechos de los trabajadores, así como también la facultad y obligación de garantizar una igualdad de oportunidades y de trato sobre el acceso al empleo para todos y cada uno de los ciudadanos sin distinción alguna. Con base a estas dos primeras consideraciones, el organismo mencionado determina a través de la resolución 270²²⁰ en modificación, que las oficinas de empleos municipales se encuentra en la obligación y el compromiso de no suministrar información o datos personales que puedan ser objeto de discriminación sobre los postulantes²²¹.

Es así como, a través de los años y con el aumento incesante de las conflictividades reflejadas sobre este tema, se han visto grandes oportunidades y nuevas alternativas a través de los avances legales que el Estado recientemente ha logrado disponer, siendo un paso fundamental que la discriminación laboral sea totalmente eliminada por motivos relativos a los antecedentes penales de las personas, lo cual, a su vez, garantiza la posibilidad de una tan deseada reinserción social en el territorio argentino²²².

Ciertamente después de tanto tiempo en esta circunstancia, la mejor decisión y acción que ha podido tomar el Estado en este tema, ha sido la aplicación de dicha modificación en el marco legislativo, pues así, se determina y corta de raíz uno de los mayores problemas en la reinserción social de los ciudadanos ex carcelarios, lo cual le permite llegar más lejos de la situación, permitiéndoles alcanzar a un nivel laboral que le garantice su vida plena.

De este modo, sin lugar a dudas, el interés propio del Estado queda por debajo del interés y necesidad de la sociedad en que se le garantice un correcto camino con todas las herramientas necesarias hacia la reinserción social plena.

²¹⁹ Artículo 23 de la ley número 22.520 sobre ley de ministerios de fecha 23 de diciembre de 1981.

²²⁰ Resolución 270 sobre secretaria de empleo público de fecha 29 de agosto de 2019.

²²¹ Carnevale, C. Op. Cit. p. 103.

²²² *Ibíd.*

Capítulo 5: Derecho al Olvido y el cumplimiento efectivo de la sentencia

Introducción

La globalización y los avances de los medios tecnológicos promueven en el ser humano la expansión en sus relaciones jurídicas superando las barreras del idioma, la geografía e incluso el transcurrir del tiempo, facilitando el acceso a todo tipo de información por décadas. En los últimos años ha sido objeto de debate en el mundo jurídico la presunta violación al derecho a la privacidad y a la intimidad que alegan las personas que han sido sujetos activos del delito en el pasado, a pesar del transcurso del tiempo, debido a la preservación, almacenamiento y difusión de las noticias atinentes a los juicios y condenas que recibieron producto de la comisión del delito través de navegadores web y sistemas informáticos que son del acceso al público.

Surge la necesidad en quienes en algún momento de sus vidas cometieron hechos delictivos de eliminar las noticias sobre el evento, transcurrido un determinado tiempo, e incluso la información respaldada ante los sistemas del Estados respecto a las condenas y los delitos respectivos, justificado en el legítimo derecho a la privacidad, al honor, la reputación y la autodeterminación de la información, a los fines de poder continuar con sus vidas y cumplir plenamente con el proceso de reinserción social.

En el derecho penal, la responsabilidad penal del sujeto activo del delito cesa con el cumplimiento de la condena impuesta, sin embargo, los estigmas sociales perduran para toda la vida, toda vez que el individuo queda fichado por la existencia de antecedentes penales, lo cuales reposan en el sistema de registro del Estado de la comisión del delito, lo que limita la reinserción laboral del sujeto, violentando derechos de orden económico y social tales como el derecho al trabajo, a la no discriminación y a un trato digno e igualitario.

La ponderación de derechos fundamentales constituye una solución de orden lógico a los fines de tutelar eficazmente las relaciones jurídicas de los sujetos, en consecuencia, la presente investigación persigue determinar las notables connotaciones de tipo pragmático y académico que se han construido por vía legal y jurisprudencial en relación al derecho al olvido y su vinculación a los antecedentes penales como documento público contentivo de información sobre el delito cometido y el *quantum* de la pena cumplida, y que tiene importante repercusión en el desarrollo psico-social de su titular, tomando en consideración la transcendencia jurídico-social del derecho a la

autodeterminación informativa, cuya exigibilidad se ejerce a través de la acción de *habeas data*.

5.1. Concepto de derecho al olvido

Los hechos o circunstancias que acontecieron en el pasado con ocasión al comportamiento reprochable en materia penal, civil, mercantil, tributaria de determinadas personas y que afectan en la actualidad su honor, reputación, influyendo negativamente en su desenvolvimiento social, y que a su vez constituye información que está al alcance del dominio público en virtud de los avances tecnológicos, en la actualidad encuentran resguardo y tutela por vía jurisprudencial e incluso legal en varios ordenamientos jurídicos del mundo a partir del reconocimiento del derecho al olvido.

El derecho al olvido, no tiene una aceptación unánime en la doctrina, algunos juristas consideran que su reconocimiento por parte de los distintos ordenamientos jurídicos del mundo, implicaría una violación a principios de orden público, que tienen por finalidad preservar la seguridad pública y afectaría en consecuencia el derecho a la información histórica de la sociedad, poniendo en riesgo los importantes avances que la tecnología ha significado en el campo de la libertad de expresión y el derecho al acceso a la información.

El derecho al olvido es definido por Leturia citando a Fleisher, partiendo de la expresión inglesa “*The right of to be forgotten*”, como: “*el derecho al olvido como el fundamento jurídico que permite que ciertas informaciones del pasado no sean actualmente difundidas cuando son capaces de provocar más daños que beneficios.*”²²³

En este orden de ideas, resulta pertinente traer a colación el concepto de derecho al olvido del autor Bueno quien lo define como “*el principio por el cual ciertas informaciones deben ser eliminadas de los archivos trascurrido un determinado tiempo desde el momento que ocurrió el hecho a que se refieren, para evitar que el individuo quede preso de su pasado.*”²²⁴; la información que atenta contra la reputación y el honor, puede por lo tanto vulnerar y limitar el libre desenvolvimiento de la personalidad de los individuos; en consecuencia el derecho olvido encuentra su justificación lógica en la necesidad de preservar la integridad físico, moral y mental actual del individuo cuando los hechos y conductas transgresoras del orden jurídico y que ocurrieron en su

²²³ Leturia, F. Fundamentos jurídicos del derecho al olvido. Revista Chilena de Derecho, vol. 43 N° 1. 2016 p. 92

²²⁴ Bueno, H. Acción de Habeas data y derecho al olvido. Publicado en: SJA 29/04/2015, 29/04/2015, 21 Cita Online: AR/DOC/4735/2015. p. 3.

pasado no coinciden con su presente, en palabras de Alsina²²⁵ el derecho al olvido además de un principio es a su vez “*un derecho natural indispensable para que el peso de un pasado no destruya al hombre, haciéndole perder el sentimiento de su libertad al impedirle rehacer su vida.*”

En atención a lo anterior, se aprecia que el derecho al olvido -“*right to oblivion*” “*droit à l'oubli*”- constituye por lo tanto un derecho fundamental que faculta a un sujeto a exigir al Estado y a cualquier persona natural o jurídica de derecho privado a partir de un pronunciamiento jurisdiccional, la rectificación o eliminación total o parcial de datos de información que se ha mantenido en un lapso prolongado de tiempo en el dominio de la población, a través de medios tecnológicos y que repercuten negativamente en la honra, la privacidad y la reputación.

En tal sentido, el derecho al olvido estaría vinculado al derecho a la privacidad y a la protección de la autonomía personal en contraposición al derecho a la libertad de expresión y al acceso a la información, tal y como lo expone el autor Leturia citando a Palermo, al determinar que el derecho al olvido constituye:

*(...) solo una fórmula más clara y didáctica para legitimar restricciones a la libertad de expresión e información en beneficio de otros derechos (honra, intimidad, privacidad, derecho a la resocialización, protección de la autonomía personal, protección de las normas de un juicio justo, entre otras), que surge como respuesta natural a una situación de conflicto entre dos pretensiones incompatibles. En todas estas situaciones, el elemento “temporal” es central, distinguiéndolo de otros ejercicios de ponderación que también imponen límites o contornos específicos a la libertad de expresión.*²²⁶

La jurista Palermo conceptualiza el derecho al olvido como “*el justo interés de cada persona de no quedar expuesto en forma indeterminada al daño que impone a su honor y a su reputación la reiterada publicación de una noticia legítimamente divulgada en el pasado*”²²⁷. Cabe destacar que de la evolución jurídica del derecho al olvido y su relación con el derecho a la privacidad y a la intimidad derivó la definición del derecho de autodeterminación informativa de las personas como fundamento en el control y la protección de los datos de información personales.

Por su parte, la doctrina ha reconocido que el derecho de autodeterminación informativa, implicaría el derecho que posee toda persona de controlar los datos

²²⁵ Bueno Op. Cit. p. 3

²²⁶ Leturia Op. Cit. p., 96

²²⁷ Palermo, P. Diffamazione e diritto all'oblio: equilibrio “elastico” tra tutela penale dell'onore e diritto di cronaca giudiziaria, Rivista Penale, vol. 136, Fascículo 3. 2010. p. 279

relativos a su existencia y hechos que la involucran, en este sentido, Leturia lo reconoce como: “*el derecho de todo individuo a proteger los datos personales que a él refieren y determinar, libremente y de manera autónoma, su reserva o destino y qué acciones pueda realizarse con y sobre ellos.*”²²⁸

Tomando base en criterio de Balzan se precisa que la autodeterminación informativa de las personas posee un límite material, desde la dimensión sustancial sobre la protección de datos personales, implicaría que todo sujeto sea persona natural o jurídica requiere del consentimiento del titular de los referidos datos para su manejo y difusión; en lo relativo a la dimensión material, implica la existencia de instrumentos y vías procesales idóneas y expeditas para tener acceso legítimo a los órganos de justicia a los fines de hacer valer sus pretensiones atinentes a la protección y resguardo incluso eliminación total o parcial de la información que pudiese ocasionar perjuicio económico y/o moral en su integridad con sujeto de derecho.²²⁹

Asimismo, Carranza considera que el término derecho a la autodeterminación informativa consiste: “*en la posibilidad que tiene el titular de los datos personales de controlar quiénes serán destinatarios de dicha información y qué uso le darán, y se ejercita genéricamente a través de los derechos de acceso, rectificación y cancelación, hipótesis comprendidas en el radio de acción del hábeas data.*”²³⁰ Es decir, lo considera un “*bien jurídico protegido por el hábeas data, (...) un derecho distinto*”²³¹ de los derechos fundamentales tales como el derecho a la intimidad, el honor y, el derecho a la identidad.

En este orden de ideas, para el jurista Carranza el derecho al olvido tiene por finalidad proteger los derechos individuales de una persona determinada “*...permitiendo la supresión del dato caduco.*”²³² Por cuanto, cierta información deben ser eliminada de los sistemas de registro luego que pase un determinado tiempo desde que acaeció el hecho a que se refieren. Asimismo, destaca el referido autor que el derecho al olvido, “*no existe en un sentido jurídico estricto, por sí mismo. Es sólo una facultad de persona*

²²⁸ Leturia Op. Cit. p. 96

²²⁹ Balzan, V. El hábeas data como proceso constitucional autónomo. Protección del derecho a la autodeterminación informativa. Publicado en: La Ley 21/11/2012, 21/11/2012, 1 - La Ley 21/11/2012, 1 - La Ley 2012-F, 1052 Cita Online: AR/DOC/5187/2012., p.1

²³⁰ Balzan Op. Cit., p. 13

²³¹ Ibidem.

²³² Carranza, L. ¿Existe un derecho al olvido en materia de datos? Publicado en: DJ2000-3, 787. Cita Online: AR/DOC/6921/2001; p. 2

*a quien se refieren dichos datos, nacida a consecuencia de la pérdida del derecho de difusión de los mismos por parte de un registrador o difusor de datos.”*²³³

El derecho al olvido constituye un derecho humano y su existencia se justifica en la necesidad de garantizar a los sujetos de derechos el control de su información, la cual es almacenada, difundida a través de plataformas tecnológicas; así como, la protección de sus derechos fundamentales tales como: el derecho a la privacidad de los datos de información de los cuales son titulares, dignidad humana, trato igualitario, derecho al debido proceso y a la imparcialidad del juzgador.

5.2. El hábeas data y el derecho al olvido

El término *habeas* etimológicamente, parte de la segunda persona del presente subjuntivo *habeo*, *habere*, que significa: en posesión y *data*, deriva de *datum*, que significa hechos, conceptos o instrucciones, vinculado a la comunicación y procesamiento por medios telemáticos. En tal sentido, *habeas data* significa que poseen los datos o los registros.

En cuanto al *habeas data* es un proceso constitucional autónomo, independiente de la acción de amparo constitucional. La finalidad del *habeas data* radica en la protección del derecho humano a la autodeterminación informativa, así como, de otros derechos fundamentales (derecho a la privacidad, a un trato digno e igualitario, derecho a la identidad, entre otros), su naturaleza jurídica tiene múltiples acepciones, siendo reconocido por la doctrina como acción, derecho, garantía, una herramienta procesal destinada a hacer efectivo el ejercicio de un derecho; incluso ciertos autores consideran que se trata de ambos (derecho y garantía) y para otros es un derecho humano de tercera generación²³⁴.

En este orden de ideas, el autor Bueno define al *habeas data* como una acción que:

*(...) tiene por objeto tomar conocimiento de los datos que del actor posee un archivo o base de datos públicos o privados y la finalidad para la cual se emplearán esos datos. Asimismo, prevé que, en caso de falsedad o discriminación, podrá exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de ellos.”*²³⁵

El *habeas data* surge como protección de los derechos de las personas frente al uso indiscriminado e irresponsable de un dato o conjunto de datos de información

²³³ Carranza Op. Cit. p. 3

²³⁴ Bueno Op. Cit. p. 15

²³⁵ *Ibidem*.

capaces de vulnerar los derechos fundamentales tales como el derecho a la privacidad, a la intimidad, la reputación y al honor, de una persona o grupo de personas. Por lo tanto el *habeas data* es el medio procesal por excelencia para hacer valer el derecho al olvido en juicio conjuntamente con todos aquellos derechos fundamentales conexos a este.

5.2.1. Tipos de Habeas data

Tomando base en el criterio del jurista Bueno²³⁶ citando Pedro Sagüés se distinguen las siguientes subcategorías de *habeas data*:

a) Habeas data informativo: es una acción que tiene por finalidad el acceso a la base de datos a fin de determinar la naturaleza y origen de la información archivada. Este tipo a su vez distingue cinco (5) subtipos:

a.1. Habeas data exhibitorio: es una acción que tiene por finalidad conocer la información que se encuentra registrada en un determinado sistema.

a.2. Habeas data finalista: es una acción que tiene por finalidad determinar el origen, sujetos involucrados y el propósito de la información que se encuentra registrada en un determinado sistema.

a.3. Habeas data autoral: es una acción que tiene por finalidad inquirir quién obtuvo los datos que se encuentran registrados.

a.4. Habeas data impropio: es una acción que tiene por finalidad permitir el acceso a información pública cuando no se ha sido permitido por quien tiene dominio del registro.

b) Habeas data aditivo: es una acción que tiene por finalidad agregar más datos de los que figuran en el registro respectivo. A su vez se subdivide en dos (2) subcategorías:

b.1. Habeas data actualizador: es una acción destinada para actualizar los datos antiguos.

b.2. Habeas data inclusorio: es una acción destinada a incluir en un registro al sujeto o grupo de sujetos que fueron omitidos.

c) Habeas data rectificador o correctivo: es una acción destinada a corregir o

²³⁶ *Ibíd.*

d) Habeas data reservador: es una acción destinada a asegurar que un dato o grupo de datos legítimamente registrados sea proporcionados sólo a quienes se hallen legalmente autorizados para ello.

e) Habeas data exclutorio o cancelatorio: es una acción destinada a eliminar la información de un determinado registro.

f) Habeas data público: es una acción destinada a determinar que los habitantes de una ciudad puedan tener acceso a toda la información de la gestión del sistema gubernamental de ese espacio territorial.

La Constitución Nacional argentina en su artículo 43 en su segundo aparte establece:

(...) Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

Por su parte, la Ley 25.326 de Protección de los Datos Personales, dictada para desarrollar la norma constitucional, consagra expresamente a partir de su artículo 33 la acción de protección de los datos personales o de habeas data. Afirma el jurista Balzan que el habeas data constituye una acción autónoma, no es una especie dentro del amparo constitucional, ni constituye un recurso procesal excepcional, por cuanto lo caracteriza de la siguiente manera:

Tampoco puede requerirse la acreditación de la inexistencia de vía judicial más adecuada, porque justamente el proceso de hábeas (sic) data es la vía idónea y propia para la protección del bien jurídico particular y específico que, desde nuestra óptica, procura cautelar: el derecho de autodeterminación informativa.

(...) el proceso en cuestión tiene un objeto preciso y concreto que consiste esencialmente en permitir que el interesado controle, inter alia, la veracidad de su información personal y el uso que de ella se haga.

(...) Es, por el contrario, una vía principal y directa en su espacio de incumbencia protectiva: el derecho de autodeterminación informativa, tópico que retomaremos infra.²³⁷

Cabe destacar que la acción de *habeas data* regulada por vía legislativa y jurisprudencial por los distintos ordenamientos jurídicos que convergen en la comunidad internacional, procura la protección integral de los datos personales

²³⁷ Balzan Op Cit. p. 9

asentados en archivos, registros, bancos de datos u otros medios técnicos de tratamiento de datos y, garantiza el pleno ejercicio del derecho al olvido y a la autodeterminación informativa, así como, de los derechos fundamentales tales como son el derecho a la intimidad, a la privacidad, al honor, a la reputación, a la dignidad, a la identidad, a la no discriminación, a un trato igualitario, al trabajo digno, a la procreación, entre otros²³⁸

En consecuencia, el *habeas data* como acción autónoma e independiente al amparo constitucional, constituye el medio procesal idóneo y expedito para hacer valer en juicio el derecho al olvido, es decir, el derecho a exigir la eliminación total o parcial de datos de información que generan perjuicio de diversa índole en la esfera de derechos en un determinado individuo o grupo de individuos y que se ha mantenido archivada en sistemas de información telemáticos en el transcurso de un tiempo determinado.

5.3. Posturas críticas al derecho al olvido

El derecho al olvido y el derecho a la autodeterminación informativa, constituyen un límite al derecho a la libertad de expresión y al acceso a la información por cualquier medio físico o telemático. Se justifica en la necesidad de resguardar la vida privada y el honor de las personas. Sin embargo, para una importante corriente doctrinaria detractora del reconocimiento y amparo por vías legales de este derecho, postulan que su regulación sin un estudio previo de sus consecuencias, constituye una herramienta que atenta contra el futuro de la sociedad y vulnera significativamente el derecho a la libertad de expresión que se sustenta en el deber que tiene el Estado de mantener informados de todos aquellos hechos y circunstancias que pudieron o pueden afectar los intereses públicos del conglomerado social, otorgando erróneamente primacía a los derechos individuales. A este respecto la jurista Faliero plantea que:

*El derecho al olvido digital como hoy lo conocemos se erige como una peligrosa herramienta, que implementada sin verdadero control, criterio y regulación omnicomprensiva de todas sus aristas, es capaz de esconderle a la sociedad el pasado real de todo lo bueno y todo lo malo que en ella ocurrió, comprometiendo inexorable y negativamente su futuro.*²³⁹

Esto de modo riguroso ha de comprenderse en primer lugar como el deber que tiene cada Estado, de respetar los diversos derechos que tienen los ciudadanos conforme a los lineamientos normas establecidas y el derecho al olvido es un derecho humano propio de la dignidad de cada individuo. Es por ello, que este derecho amerita una especial protección sobre la información íntimamente conectada a la trascendencia

²³⁸ Faliero, J. El derecho al olvido y sus peligros. Aportes y reflexiones. Publicado en: DFyP 2018 (abril), 04/04/2018, 160. Cita Online: AR/DOC/3336/2017. p. 15.

²³⁹ Faliero Op. Cit. p. 2.

pública de los hechos divulgados y al interés social y de orden público, los cuales como producto del tiempo y de los procesos de transformación social, pueden acentuarse, atenuarse o simplemente se pierde la necesidad social de transmitir cierta información, retomando las personas el control de su información y la privacidad de su vida.

Resulta pertinente precisar los argumentos que difieren en el reconocimiento legal y jurisprudencial del derecho al olvido:

5.3.1. Primacía del Interés público

El Estado tiene por finalidad la defensa y protección del bienestar común y los intereses de carácter colectivo, a los fines de garantizar el desarrollo sustentable presente y futuro de las sociedades. El derecho a la libertad de expresión y el acceso a la información garantizan que toda sociedad tiene a su alcance el conocimiento sobre aquellos hechos históricos y circunstancias -sin que haya en principio censura u omisión de los detalles- que se suscitan en el mundo y afectan el desarrollo integral del conglomerado social.

El registro, almacenamiento y difusión de los datos de información de interés público o periodístico es totalmente legítimo en virtud del reconocimiento del derecho a la libertad de pensamiento, expresión y prensa y por la práctica socialmente aceptada que contempla como impretermitible dentro de los sistemas democráticos propios de un Estado de derecho y de justicia el amparo y respeto del derecho de acceso a la información. En tal sentido, la mayoría de los Estados han consentido en reconocer que todo individuo tiene derecho al acceso a la información, a divulgarla y a ser informado de los acontecimientos suscitados.

En este orden de ideas, a nivel internacional las distintas organizaciones del mundo globalizado ha comenzado a reconocer el relevante valor que tiene el Internet y el uso de la tecnología en el crecimiento exponencial de las nacionales, La Organización de los Estados Americanos (OEA), en la Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet de fecha 1º de junio de 2011, señaló “*que la libertad de expresión se aplica a Internet del mismo modo que a todos los medios de comunicación*” y reconoció que:

Los Estados tienen la obligación de promover el acceso universal a Internet para garantizar el disfrute efectivo del derecho a la libertad de expresión. El acceso a Internet también es necesario para asegurar el respeto de otros derechos, como el derecho a la educación, la atención de la salud y el

*trabajo, el derecho de reunión y asociación, y el derecho a elecciones libres*²⁴⁰

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 13), Organización Naciones Unidas a través de su Consejo de Derechos Humanos, mediante la resolución “Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet”, de fecha 29 de junio de 2012, párrafo 1º y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría especial para la libertad de expresión, titulada “Libertad de expresión e internet”, de fecha 31 diciembre de 2013, párrafo 2º, reconocieron respectivamente, que el derecho a la libertad de expresión incluye plenamente a las comunicaciones, ideas e informaciones que se difunden y acceden a través de Internet²⁴¹.

En consecuencia, solo es posible el reconocimiento y amparo del derecho al olvido cuando los intereses a tutelar son de orden privado y no reviste un perjuicio presente o futuro para la sociedad, es decir, no colide contra intereses de carácter público y social. De este modo, se garantizará el respeto del derecho al olvido y a su vez, se salvaguardará el orden público y el derecho a la información.

Es por ello que, no se es posible suprimir datos personales cuando estos sean necesarios para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y el derecho a la información, tal como sucede en casos donde se cumple una obligación legal.

Estima Faliero que la protección de los datos no pretendía en sus inicios proteger o remover datos de información de interés colectivo:

El marco de protección de datos personales fue creado con la finalidad de tutelar los datos del individuo frente a los abusos que este pudiera sufrir de las tareas inherentes que se efectúan en el procesamiento y almacenamiento de datos en nuestra era moderna, a través de las bases de datos.

*Jamás fue del espíritu de estas normas perseguir la protección y remoción de datos contenidos en información de interés público ni periodístico, para lo que existen otras herramientas jurídicas diversas que se ejecutan fundadas en el ejercicio de otros derechos diversos al de autodeterminación informativa y en cuyos juicios de ponderación, privacidad e intimidad, se sopesan otros derechos diversos, tales como los de libertad de expresión y pensamiento, y aquellos sobre los que se profundizará en el apartado siguiente.*²⁴²

²⁴⁰ Faliero Op. Cit., p.6

²⁴¹ Basterra, M. El derecho al olvido en materia penal. Visión de la Corte Suprema de Chile. Publicado en: La Ley 14/03/2016, 14/03/2016, 8 - LA LEY 2016, B -170 Cita Online: AR/DOC/677/2016. pp. 2-3.

²⁴² Faliero Op. Cit. pp. 7-8

El derecho al olvido encuentra su límite en la naturaleza de los intereses que pueden ser afectados con la eliminación, rectificación de los datos de información los cuales no pueden revestir un carácter público, es decir, que toda información publicada en el pasado solo sería posible su eliminación, rectificación total o parcial cuando no estén revestidos de un interés social y no tuvieran la capacidad de perjudicar el honor y la reputación de la persona.

5.3.2. Seguridad pública.

La ponderación de derechos fundamentales constituye una solución de orden lógico basado en la dogmática jurídica a los fines de tutelar eficazmente las relaciones jurídicas de los sujetos, tomando en consideración la transcendencia jurídico-social de los derechos fundamentales al derecho al olvido y el derecho a la autodeterminación informativa, como bienes jurídicos tutelado por el hábeas data, destinado a garantizar la dignidad, el honor y la reputación de aquellas personas que han cometido en el pasado algún delito y por el cual ya cumplieron condena ante la sociedad y el sistema de justicia.

El derecho penal tiene un especial interés en aplicar la sanción al sujeto activo del delito, por lo tanto a través del *ius puniendi*, tutela bienes jurídicos tales como la vida, la libertad, la integridad física y moral de las personas, el patrimonio; cuando la responsabilidad penal cesa a través del cumplimiento de la condena, el Estado tiene el deber jurídico y social de rehabilitar y reinserir socialmente al sujeto; sin embargo, en el sistema penal del Estado de la comisión del hecho punible, queda archivada la historia criminal del individuo, lo cual es susceptible de revisión por cualquier persona siempre que este autorizada y tenga acceso a la información, en la actualidad la naturaleza de estos datos de información por su posible difusión por medios digitales y telemáticos incide en la esfera personal de su titular, perjudicando su reputación y la posibilidad de rehabilitación y inserción en la sociedad²⁴³.

Los delitos contra las personas, la nación, y el patrimonio, son los que revisten un especial interés ya que el sujeto activo del delito representa en ocasiones para la sociedad un agente capaz de amenazar la seguridad pública, ya que existe la posibilidad de que reincida en la conducta penalmente sancionada²⁴⁴.

El reconocimiento del derecho a la autodeterminación informativa y el derecho al olvido, no puede prescindir del importante rol que cumple el Internet y los medios

²⁴³ Ibidem.

²⁴⁴ Ibidem.

telemáticos en relación con la libertad de expresión y el derecho al acceso a la información. El derecho al olvido colide con otros intereses jurídicos de carácter público social que inciden en la seguridad pública de las personas (libertad de expresión, acceso a la información, seguridad pública), obligando al Estado y a sus jueces a un nuevo ejercicio de ponderación. El Estado de derecho y de justicia postula mecanismos de prevención de la pena que deberían ser concertados armónicamente y en conjunto a políticas y prácticas de seguridad y protección de la sociedad, a través de la creación por ejemplo de bancos de registros de delincuentes sexuales y pedófilos, registro público de antecedentes penales.

Constituye la seguridad pública de la sociedad un interés público que prima respecto del interés privado a la privacidad de información de un solo individuo; sin embargo, existen delitos cuya naturaleza infractora puede por el transcurso del tiempo perder total incidencia en la sociedad como consecuencia de las reformas legislativas que declaren la conducta reconocida en principio antijurídica, totalmente permisible y aceptada con posterioridad.

Tal como ha ocurrido con la legalización del consumo, transporte, distribución mínimo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, del aborto, del matrimonio poligámico, en estos supuestos la seguridad pública de la nación evidentemente ya no se encuentra afectada motivado a que el Estado ha aceptado y permitido la conducta que en el pasado resultaba transgresora, sin embargo, la información de los hechos, del juicio y de las condenas persisten y afectan la reputación, la privacidad e intimidad del sujeto titular de los datos.

La seguridad pública constituye un límite al derecho al olvido y brinda al Estado la potestad de negar cualquier solicitud que pretenda eliminar, rectificar total o parcialmente datos de información que la debiliten o coloquen a la sociedad y a la nación en situación de riesgo tanto en el presente como en el futuro; sin embargo, el Estado a través de sus jueces está en el deber previo a la inadmisibilidad de la acción de habeas data o cualquier acción interpuesta por la parte interesada, de ponderar si los hechos o circunstancias atentan verdaderamente contra la seguridad pública o han perdido por el transcurso del tiempo, su incidencia, revistiendo un interés meramente privado, cuya difusión y almacenamiento en sistemas telemáticos resulta perjudicial a la honra y la reputación, el derecho a la privacidad del solicitante.

5.3.3. La publicidad de la labor jurisdiccional y la publicidad de la conducta delictiva.

En la actualidad el Estado a través del uso de medios digitales y telemáticos, difunde la labor que realizan sus órganos y entes en aras de informar al colectivo, brindar confianza sobre el nivel de imparcialidad y justicia y la eficiencia de sus procesos en curso. Para el poder judicial, la publicidad procesal constituye un principio del proceso que se vincula a la necesidad que tiene el Estado de mantener informada a las partes en juicio y a los terceros (sociedad) de todos aquellos procesos judiciales (contenciosos y no contenciosos) que se desarrollan y que pueden tener una incidencia directa o indirecta en la sociedad.

Partiendo del criterio de Leturia puede distinguirse entre la publicidad de las actuaciones procesales y la publicación que realizan los medios de comunicación a partir del derecho a la libertad de expresión.

El autor en referencia destaca que la publicidad procesal y la publicidad de los medios de periodísticos obedecen a objetivos diferentes, lo que queda en evidencia cuando comúnmente las sentencias no son objeto de publicidad en prensa por no representar un interés mediático. La publicidad del proceso y de la sentencia pierden por el transcurso del tiempo su valor y ceden frente a otros derechos, una vez que los objetivos que se buscaban hayan sido satisfechos²⁴⁵.

En aras de preservar el derecho a la privacidad y a la intimidad el poder judicial en algunos sistemas jurídicos ha optado por prohibir la reproducción de los nombres y demás elementos característicos de los condenados rehabilitados, hasta la prohibición absoluta de divulgar ciertos antecedentes carentes de interés para la sociedad, tomando base en el principio de ponderación de los intereses públicos e intereses privados.

Los jueces de la era digital enfrentan varios desafíos: primeramente la de ponderar entre el derecho que tiene la sociedad a ser informada sin ningún tipo de censura sobre los juicios que se realizan en sus estrados y el derecho a la privacidad, a la reputación y al honor de quien participa como parte procesal en el proceso judicial y resulta condenado o por el contrario absuelto por cuanto no fue posible probar su responsabilidad penal en el hecho o hechos punibles y, segundo la dificultad en el control de la difusión de la información sobre las condenas²⁴⁶.

²⁴⁵ *Ibidem*.

²⁴⁶ *Ibidem*.

Los antecedentes penales, en todos los ordenamientos jurídicos, constituyen un documento público emitido por la autoridad competente mediante el cual se detalla la actividad judicial y policial en la que se ha visto involucrada una determinada persona, cada sistema judicial contempla sus debidas restricciones al acceso a la información que en ellos son contenidos, ponderando según su sistema normativo de valores tutelados los intereses públicos y privados en aras de preservar por un lado el derecho al acceso a la información que todo individuo y sociedad tiene y por el otro el derecho a la intimidad del titular del documento, reconociendo la existencia de límites entre el derecho de la libertad de expresión, la transparencia judicial, la prevención, la seguridad individual y social con la debida protección de la intimidad, la dignidad y la reinserción social del individuo.

El derecho al olvido, que implica la posibilidad de solicitar ante un juez, la eliminación, rectificación total o parcial de datos de información que han caducado y resultan totalmente irrelevante su conocimiento y difusión, que generan perjuicio en su titular, encuentra un límite en la magnitud de los intereses que pueden verse afectados de orden público y social, y a la vez, en la labor que realizan los órganos del Estado, quienes están en el deber de informar a la colectividad a través de los juicios que se realizan y son difundidos con el avance de globalización por medios telemáticos, así como, la difusión de conocimiento jurídico que sirve de precedente jurisprudencial a otros fallos en el futuro y es empleado en universidades por estudiantes de derecho, docentes, investigadores, abogados litigantes para la construcción de un derecho armónico.

En consecuencia, la publicidad de la labor judicial y la publicidad de la conducta delictual son un argumento que eventualmente puede limitar el reconocimiento del derecho al olvido en la medida que los intereses tutelados sean de carácter público y social²⁴⁷.

5.4. El antecedente chileno sobre derecho al olvido y antecedentes penales. ¿Es posible aplicarlo en Argentina?

La excesiva protección y regulación de los derechos fundamentales tales como el derecho a la libertad de expresión y al acceso a la información por cualquier miembro de la sociedad basado en los principios de igualdad y no discriminación, adminiculados al uso de medios telemáticos o tecnológicos, en determinadas circunstancias resultan

²⁴⁷ *Ibidem*.

incompatibles y nugatorios a los derechos personalísimos a la privacidad y a la intimidad.

El derecho al olvido constituye un derecho humano que implica que a partir del dictamen de una sentencia definitivamente firme, un sujeto de derecho puede exigir la rectificación, eliminación total o parcial de datos de información caducos, que se han mantenido en un lapso prolongado de tiempo en el dominio de la población, a través de medios tecnológicos y que repercuten negativamente en la esfera patrimonial, la honra, la privacidad y la reputación de las personas.

En el ordenamiento jurídico chileno, a partir del fallo proferido por la Tercera Sala de la Corte Suprema de Chile, en un pronunciamiento donde hubo posiciones disidentes entre sus jurisdicentes, reconoció el derecho al olvido, declarando con lugar el *petitum* del demandante y ordenando al demandado la eliminación del registro telemático la noticia que desfavorecía al actor, dentro del lapso de tres (3) días²⁴⁸.

En este sentido, en el fallo de la Suprema Corte chilena -apoyando por mayoría el concepto del derecho al olvido- sostuvo que el lapso de más de diez (10) años transcurridos desde la fecha de la noticia, resultaba un plazo suficiente para resolver eliminar la noticia, en favor de quien había delinquido, a los fines de garantizar su derecho a mantener una vida privada, en defensa del honor, y su reinserción a la vida en sociedad a través del “olvido” informático de los registros de quien resultó afectado.

Cabe destacar la posición contraria de la Magistrada Señora María Eugenia Sandoval G. quien, rechazó la solicitud del actor al considerar que el demandado no había incurrido en un acto ilegal o arbitrario que lesione sus derechos humanos. Destacó que el recurrente fue condenado en el año 2011, cumplió con la condena impuesta en el año 2013, el delito era de interés público y social, por lo que la noticia publicada cuya eliminación se solicitó, constituye hecho que consta en un expediente judicial por lo tanto es de carácter público.²⁴⁹

En este orden de ideas, cabe precisar que es la primera vez que el sistema de justicia chileno reconoce el derecho al olvido, sentando un precedente para casos similares o análogos que se presente en el futuro, dado que no contemplan una ley que regule expresamente el derecho al olvido. En el sistema jurídico argentino la Ley de Protección de Datos Personales, regula incipientemente el control de los datos de

²⁴⁸ Ibidem.

²⁴⁹ Basterra Op. Cit. p. 15.

información, a través del ejercicio del llamado derecho de “conservación anonimizada”, por lo que tampoco regula expresamente el derecho al olvido²⁵⁰.

Los Estados a través de sus órganos de justicia, aun cuestionan la solicitud de eliminar datos de información de una persona y, son cautelosos cuando tal petitorio versa sobre los llamados antecedentes penales, por su parte la jurista Faliero, quien está en contra del derecho al olvido y estima que debe prevalecer el bien común respecto de los derechos individuales, reconoce la necesidad frente a la postura de no eliminar datos sensibles, el derecho a la "conservación anonimizada", que implica garantizar el resguardo del dato, cubriendo los fines de conservación y preservación, respetando el derecho a la intimidad del titular a través del anonimato del dato de información, sustrayendo del mismo la individualización de su titular.²⁵¹

En este orden de ideas, resulta pertinente precisar el concepto de antecedentes penales entendido por el autor Carnevale como: *“el instrumento de constatación de circunstancias jurídicamente relevantes vinculadas a un proceso penal. De este modo, se convierten en un elemento fundamental no solo de conocimiento del pasado, sino de valoración para el presente con consecuencias para el futuro.”*²⁵²

La reinserción de los individuos que han sido objeto de condena, su dificultad radica en la obtención de un empleo digno, el patrono puede exigir el antecedente penal como requisito para determinar la idoneidad y suficiencia moral de su futuro trabajador. El trabajo constituye un derecho fundamental la Constitución Nacional argentina, prevé en su artículo 14 el derecho a trabajar a todos los habitantes de la Nación, asimismo, ha sido reconocido en las distintas convenciones internacionales tales como: Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 23 numeral 1º), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo 14), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 6 y 7).

De acuerdo con la legislación argentina y las orientaciones de los principales organismos internacionales, el trabajo penitenciario es un derecho de los internos que tiene como objetivo facilitar la reinserción social. La regulación sobre derecho al trabajo en materia penitenciaria se encuentra inspirado en la directriz constitucional de reinserción social como objetivo de la ejecución de la pena privativa de la libertad.

²⁵⁰ Ibídem.

²⁵¹ Faliero Op. Cit. p. 11

²⁵² Carnevale, C. Tesis de grado Antecedentes penales y reinserción laboral en Argentina. Universidad Nacional del Sur. Bahía Blanca, Argentina 2015. p. 7

De estas normas se desprende un derecho al trabajo que no discrimina a aquellos trabajadores que hayan estado sometidos a un proceso penal. Sin embargo, las personas con antecedentes penales sufren el menoscabo de sus derechos en virtud de que sus cualidades o habilidades son excluidas dando mayor relevancia a la condición moral del sujeto, afectando su dignidad y reputación²⁵³.

Cabe destacar que la ley argentina en materia laboral le reconoce la potestad al patrono de solicitarle a su futuro trabajador el documento contentivo de antecedentes penales, lo que afecta negativamente en el proceso de reinserción. Según el jurista Carnevale el manejo por parte del Estado de los antecedentes penales y los registros públicos que controlan y almacenan información sobre el comportamiento criminal de las persona constituyen una *“decisión político criminal acerca de si debe tratarse de una información pública, accesible a cualquiera, o bien ser parcial o totalmente confidenciales”*²⁵⁴, se aprecia por lo tanto que los antecedentes penales y los registros de información criminal tienen importantes implicaciones para el futuro de la persona que ha sido condenada en el pasado.

Todos los Estados regulan su registro de antecedentes penales conforme a su decisión política de priorizar en algunos, el interés público considerando pertinente la difusión de la información basados en el derecho a libertad de expresión y el derecho al acceso a la información y, otros ordenamientos jurídicos han considerado dar prioridad a la reinserción social del sujeto y estiman conducente preservar su privacidad. Los órganos competentes sobre los cuales recae la competencia y control de la información plasmada en los antecedentes penales principalmente son: la Policía, los tribunales de justicia y ciertos organismos gubernamentales creados para tal finalidad de sistematizar, archivar, actualizar información criminal.

Destaca Carnevale, que la solicitud de los antecedentes penales puede ser realizada por el titular o incluso los futuros empleadores. Todos los Estados han coincidido en establecer plazos de caducidad del registro de información y es directamente proporcional a la naturaleza del tipo de delito. En la mayoría de los Estados la vigencia del registro caduca con la muerte del titular.

Los antecedentes penales tienen como función la siguiente:

- Determinar reincidencia como circunstancia agravante en juicios posteriores.

²⁵³ Ibidem.

²⁵⁴ Carnevale Op. Cit. p. 33

- Determinar la conducta desplegada por el condenado en los casos en que se pretenda algún beneficio procesal respecto a la suspensión de la ejecución de la pena.
- Constituyen una herramienta para proteger a la sociedad y la seguridad pública, son del dominio público en aquellos sistemas donde priman los intereses de carácter público y se protege de forma especial el derecho a la libertad de expresión.
- Evitar que las personas con antecedentes penales puedan ocupar determinados puestos de trabajo, profesiones e industrias e incluso postularse a cargos público dentro los órganos y entes del Estado.
- Pueden o no existir restricciones en el contenido, se indica principalmente: el *quantum* de las condenas y sanciones, beneficios procesales, pudiendo incluir, citaciones ante los Juzgados, investigaciones en trámite.
- Los antecedentes penales no deberían incluirse en su información delitos menores conocidos también como faltas.

En este orden de ideas, en el ordenamiento jurídico argentino, en la ley 23.057, artículo 51, protege el derecho a la intimidad y la privacidad los datos de información de aquellas personas cuyo proceso penal ha terminado por sobreseimiento o sentencia absolutoria, al consagrar:

Todo ante oficial que lleve registros penales se abstendrá de informar sobre datos de un proceso terminado por sobreseimiento o sentencia absolutoria. En ningún caso se informara la existencia de detenciones que no provengan de la formación de causa, salvo que los informes se requieran para resolver un habeas corpus o en causas por delitos de que haya sido víctima el detenido.

El registro de sentencias condenatorias caducara a todos sus efectos:

- 1. Después de transcurridos diez años desde la sentencia (artículo 27) para las condenas condicionales;*
- 2. Después de transcurridos diez años desde su extinción para las demás condenas a penas privativas de la libertad;*
- 3. Después de transcurridos cinco años desde su extinción para las condenas a pena de multa o inhabilitación.*
- 4. Cuando declaren la extinción de las penas en los casos previstos por los artículos 65, 68 y 69.*

La violación de la prohibición de informar será considerada como violación de secreto en los términos del artículo 157, si el hecho no constituyere un delito más severamente penado.²⁵⁵

La publicidad del antecedente penal genera perjuicios patrimoniales y morales en el titular; cabe destacar que en el ordenamiento jurídico argentino, no existe un

²⁵⁵ Artículo 51 de la ley 23.057. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

dispositivo normativo que regule expresamente el derecho al olvido, es decir, el derecho a la rectificación o eliminación de los datos de información caducos contenidos en los sistemas públicos y privados, a través de la acción de *habeas data*.

La falta de actualización y eliminación automática o periódica de datos sensibles, genera una permanente afectación en la esfera de derechos de las personas cuyas posibilidades de reinserción a la sociedad son disminuidas como consecuencia de la discriminación, violentando el derecho al trabajo o ejercer el comercio, así como, el derecho al honor, la privacidad, inclusive el derecho de circular libremente²⁵⁶.

Considera Carranza, que los datos de información no caducan, en tal sentido, el jurista ha expresado que caduca el asiento donde reposan, siendo el principal efecto de la caducidad, la imposibilidad jurídica de que terceros puedan tener acceso a la información e incluso transmitirlo:

(...) el dato caduco resulta ser aquél que por efecto del transcurso del tiempo, ha perdido virtualidad, resultando al presente intrascendente a los efectos de cualquier efecto jurídico relativo a la ejecutabilidad del acto que informa.

...resulta ser el registro en donde se asienta el dicho dato, y no el dato en sí, lo que resulta susceptible de caducidad. Pues al dato en sí, el paso del tiempo no lo afecta, por ser el mismo una información de un determinado hecho del pasado. El dato es algo objetivo, y por tanto, existe o no, pero no vemos posible que por tal naturaleza resulte susceptible de caducar.

*Sí, en cambio, el tiempo afecta a los registros en donde se asientan los mismos, pues el almacenamiento de datos, ya fuere por una persona pública o privada, siempre responde a un interés susceptible de decaer o desvanecerse por el transcurso del mismo.*²⁵⁷

Reconoce Carnevale que el único mecanismo procesal idóneo y expedito resultaría ser la acción de *habeas data*, tomando base en lo establecido por la Ley 25.326 de Protección de datos personales respecto a la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de datos personales contenidos en el Registro Nacional de Reincidencia. La citada Ley consagra en el artículo 13, que el interesado debe agotar previamente la vía administrativa, solicitando la información sobre sus datos personales incluidos en los bancos de datos, el responsable o usuario debe proporcionar la información solicitada dentro de los diez (10) días siguientes de haber sido intimado fehacientemente. Vencido el plazo sin que haya habido pronunciado del órgano administrativo o, evacuado el informe correspondiente, este se estimare insuficiente, quedara habilitado el interesado para ejercer la acción de *habeas data* prevista en la ley.

²⁵⁶ Carnevale Op. Cit. p. 34

²⁵⁷ Carranza Op. Cit. p. 15

Cabe destacar un fallo de la Sala Quinta de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, mediante la cual revocó la decisión de una jueza que denegó la acción de *habeas data* interpuesta y, en consecuencia declaró con lugar la acción ordenando la eliminación de los antecedentes penales de una persona cuya causa penal fue declarada sobreseída, pero cuyos datos doce (12) años después continuaban en el Registro de Reincidencia. La parte accionante argumentaba que necesitaba su eliminación por los perjuicios económicos y morales que eventualmente podrían ocasionarle al momento de buscar empleo, debido a que sus futuros patronos iban a requerir de los antecedentes penales y que la información contenida en ellos era irrelevante a los fines de cualquier investigación, asimismo, no garantizaba ni protegía los derechos de terceros²⁵⁸.

Resulta pertinente precisar que la jueza cuya sentencia fue revocada, rechazó la acción de *habeas data* en primera instancia, motivando en su fallo que no estaba habilitada la vía judicial elegida, ya que la parte actora no había agotado la vía administrativa por cuanto no solicitó la rectificación de los datos contenidos en el Registro Nacional de Reincidencia.

Mediante sentencia posterior, por los camaristas Pablo Gallegos Fedriani, Jorge Alemany y Guillermo Treacy, fundamentaron que:

*...la acción de habeas data tiene cinco objetivos principales: a) que se pueda acceder al registro o banco de datos; b) que se actualicen datos atrasados; c) corregir información inexacta; d) que se asegure la confidencialidad de cierta información legalmente colectada, pero que no debería trascender a terceros; y e) cancelar datos que hacen a la llamada información sensible (ideas religiosas, políticas o gremiales), potencialmente discriminatoria o que vulnera la privacidad del registrado.*²⁵⁹

En atención a lo anterior, los magistrados señalaron que la Ley 25.326 establece que

*El responsable o usuario del banco de datos, debe proceder a la rectificación, supresión o actualización de los datos personales del afectado, realizando las operaciones necesarias a tal fin en el plazo máximo de cinco (5) días hábiles de recibido el reclamo del titular de los datos o advertido del error o falsedad*²⁶⁰.

²⁵⁸ Carnevale Op. Cit. p. 35

²⁵⁹ Carnevale Op. Cit. pp. 104-105

²⁶⁰ Ley 23.057. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

Por lo que “*el incumplimiento de esta obligación dentro del término acordado, habilitara al interesado a promover sin más la acción de protección de los datos personales o de habeas data prevista en la presente ley*”²⁶¹.

En ese sentido, el Tribunal de Alzada tuvo en cuenta el hecho que los empleadores pueden requerir informes de antecedentes penales salvo en los casos contemplados en el artículo 51 del Código Penal argentino, el Registro cumplió con lo requerido brindando la información en inobservancia del contenido normativo previsto en el artículo 51 que prohíbe expresamente: “*...informar sobre datos de un proceso terminado por sobreseimiento o sentencia absolutoria*”, la Cámara consideró admisible la acción de habeas data. Concluyó que:

*Ello es así, pues la interpretación contraria, es decir, la declaración de inadmisibilidad formal de la acción, fundada en la necesidad de acudir a reclamos o recursos administrativos, u otras vías administrativas o judiciales, comportaría un injustificado rigor formal, ya que la institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos más que una ordenación o resguardo de competencias.*²⁶²

En base a los argumentos esbozados, se precisa que el derecho al olvido y el derecho a la autodeterminación informativa, constituyen derechos humanos de carácter individual que facultan a un sujeto de derecho a exigir la rectificación, eliminación total o parcial de datos de información caducos, que transcurrido un tiempo determinado continúan al alcance de la población, a través de sistema telemáticos; datos de información que inciden negativamente en la esfera patrimonial, en la honra, la privacidad y la reputación de las personas.

Se aprecia que el sistema de justicia argentino en la actualidad no ampara ni reconoce el derecho al olvido expresamente; sin embargo, eventualmente en el futuro podría tomando base en el fallo *ut supra* comentado, a los fines de reconocer el derecho al olvido en lo relativo a la eliminación o rectificación de los datos de información, tomando en consideración la naturaleza de los derechos tutelados. En consecuencia, para que prospere el resguardo del derecho al olvido, los intereses deberán ser de carácter privado, tomando en cuenta el elemento temporal, es decir, que debe haber transcurrido un tiempo significativo de la ocurrencia del hecho, como pudo verificarse

²⁶¹ Ley 23.057. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

²⁶² Carnevale Op. Cit. p. 106

en el fallo de la Suprema Corte chilena y que el reconocimiento del derecho individual no implique la vulneración de intereses públicos o de carácter colectivo²⁶³.

Respecto a los antecedentes penales, como documento público contentivo del historial criminal de una persona determinada emanada del Estado y el derecho al olvido, resulta pertinente una ponderación de los derechos fundamentales que tutela el Estado respecto a cada caso; los registros públicos de información relativos al comportamiento criminal y los antecedentes penales responden a una necesidad de control por parte del Estado y, de información y seguridad pública respecto a la sociedad, sin embargo, la información contenida en ellos puede ser falsa o contemplar hechos que no son considerados antijurídicos producto de la despenalización de la conducta. En tal sentido, se aprecia que el antecedente penal podría según las circunstancias generar un perjuicio que faculte al individuo a exigir el olvido digital de la información, ejerciendo su legítimo derecho de autodeterminación de la información, en aras de preservar su privacidad y su reputación a través de la acción de *habeas data*²⁶⁴.

²⁶³ Carnevale Op. Cit. p. 107

²⁶⁴ Carnevale Op. Cit. p. 108

Conclusiones finales

La libertad de expresión no impide ni disminuye la protección constitucional del ámbito de la intimidad; el ejercicio de los derechos a expresar las opiniones públicamente y acceder a la información, implica aplicar la razonabilidad en paralelo al principio de la legalidad que impone la Constitución. No hay conflicto entre derechos que permitan al individuo resguardar su privacidad frente a terceros y su propio derecho a la información, cuando se trata de datos personales de carácter sensible —en los términos de la Ley N° 25.326²⁶⁵— cuya publicidad constituya una vulneración del derecho a la intimidad y al honor.

Corresponde entonces a los Estados proteger el derecho fundamental a la privacidad, sin que ello conlleve limitaciones abusivas al derecho de información, de esta manera se fortalece la sociedad en su conjunto, brinda paz social y se mejora el funcionamiento de las instituciones pues darán cumplimiento cabal a sus funciones.

La propia Convención Americana Sobre los Derechos Humanos consagra en su artículo 5.6²⁶⁶ que las penas privativas de libertad tendrán como especial finalidad la reforma y la readaptación social de los sujetos que se configuran como condenados. Por otro lado, en artículo 10.3²⁶⁷ del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que el régimen penitenciario consista en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados.

El estigma que se genera en el sujeto que pasó por un proceso penal, debe manejar la tensión del entorno social y una información que lo marca, situación que se complica por la falta de control sobre su disposición. Se advierte una contradicción entre el fin de la reinserción como lo es evitar la reincidencia y la negativa a ofrecer una oportunidad de trabajo por temor a la comisión de otro delito, situación ligada a la identidad y la discriminación más que a la conducta del individuo.

Por lo que se confirma la hipótesis de investigación, puesto que la divulgación de los antecedentes penales de las personas que han salido de prisión, violenta el derecho a la intimidad y comprende un obstáculo para su reinserción en la sociedad.

²⁶⁵ Ley 25.326. Protección de los datos personales. Boletín Oficial del 02/11/2000.

²⁶⁶ Artículo 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Asamblea de Estados Americanos. San José de Costa Rica. 1969.

²⁶⁷ Artículo 10. 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución 2200 A (XXI) 16 de diciembre de 1966.

La condena reflejada en el registro, tiene impacto en el individuo más allá de la pena cumplida, dada su relevancia en las actividades que deberían contribuir a la reinserción social, dificultándole al ciudadano encontrar un trabajo digno. Sin lugar a dudas, los actos de discriminación en el ámbito laboral generan conflictos y consecuencias inclusive graves dentro de la estabilidad emocional de la persona, puede perjudicar considerablemente la motivación personal, aumentar las tensiones dentro y fuera del trabajo si así aplicare, generar conflictos dentro del área de trabajo o inclusive en el hogar, y traer consecuencias significativas para la persona afectada, sus familiares allegados y para el ambiente de trabajo.

Debido a ello, resulta necesario modificar la Ley 25.326, a los fines de proteger la información de los ciudadanos que han cumplido sus penas de prisión, a los fines de tutelar su óptima reinserción en la sociedad. De este modo, es pertinente que la Ley 25.326 incluya los registros de antecedentes penales de los ciudadanos como datos sensibles, de modo que se prohíba su solicitud en ámbitos susceptibles de haber discriminación como el laboral, para así proteger la privacidad de los datos de la persona y evitar que el estigma de haber cometido un delito por el cual se pagó una pena, sea un obstáculo para la reinserción del ciudadano en la sociedad.

San Isidro, 1 de Septiembre de 2020.

Sr. Decano de la

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la

Universidad Abierta Interamericana

Dr. Marcos Córdoba:

Tengo el agrado de dirigirme a usted, en mi carácter de profesor adjunto de la materia Derecho Penal de la Universidad Abierta Interamericana, a fin de hacerle saber que el trabajo final de la alumna Sofia Nahir Alliot, DNI 39457376, fue confeccionado bajo mi supervisión.

Sin otro particular, saludo a usted muy atentamente.



Hernán S. Archelli

Bibliografía

Doctrina

- Andrea, L. La Pena Constitucional y su determinación. Argentina. S/D.
- Argenti, N. y Blanco, N. La sentencia y la selección punitiva: penas de reclusión, prisión y perpetuas. La Ley, N° 3664. 2015.
- Bancomundial.org. Trabajar desde la prisión, una salida para miles de reclusos en Latinoamérica. Disponible en: <https://www.bancomundial.org/es/news/feature/2014/03/12/peru-trabajar-desde-laprision-una-salida-para-miles-de-reclusos-en-latinoamerica>. 2014.
- Balzan, V. El hábeas data como proceso constitucional autónomo. Protección del derecho a la autodeterminación informativa. Publicado en: La Ley 21/11/2012, 21/11/2012, 1 - La Ley 21/11/2012, 1 - La Ley 2012-F, 1052 Cita Online: AR/DOC/5187/2012.
- Basterra, M. El derecho al olvido en materia penal. Visión de la Corte Suprema de Chile. Publicado en: La Ley 14/03/2016, 14/03/2016, 8 - LA LEY 2016, B -170 Cita Online: AR/DOC/677/2016.
- Bidart Campos, G. Presunción de inocencia, derecho al honor, derecho a la información y libertad de prensa [Internet]. Argentina: Sistema Argentino de Información Jurídica. Diciembre 1995 [citado el 2020 Abril 09]. Disponible en: DACJ960133
- Bueno, H. Acción de Habeas data y derecho al olvido. Publicado en: SJA 29/04/2015, 29/04/2015, 21 Cita Online: AR/DOC/4735/2015.
- Caffarena, B. M., Caamaño C., Perano, J., Van den Dooren, S., Espinoza, O., Salinero, A. (2014) Ejecución de la pena privativa de libertad: una mirada comparada. Madrid, España: Eurososocial.
- Carnevale, C. Antecedentes Penales y Reinserción Laboral [Internet]. Argentina: Universidad Nacional Del Sur (Tesis de Grado). 2015 [citado el 2020 Abril 09].
- Carnevale, C. El estigma de los antecedentes penales en la era digital. Argentina: DPyC 2019 (agosto). 2019.
- Carnevale, C. Tesis de grado Antecedentes penales y reinserción laboral en Argentina. Universidad Nacional del Sur. Bahía Blanca, Argentina 2015.
- Carolina ALK. La reinserción laboral de las personas con antecedentes penales como aplicación del derecho constitucional a la no discriminación. Ecuador; 2017.

Recuperado de <http://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/8233/1/TUBAB028-2017.pdf>

- Celis, M. La protección de la intimidad como derecho fundamental de los mexicanos [Internet]. México: Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Protección de la persona y derechos fundamentales. 2006 [citado el 2020 Abril 09]. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2253/9.pdf>
- Conde, A. Del Derecho Humano a buscar y recibir información, disposiciones normativas especiales y control democrático [Internet]. Argentina: Thomson Reuters. 2016 [citado el 2020 Abril 09]. Disponible en: AP/DOC/180/2016
- Crespo, E. Constitución y Sanción Penal. DPyC (agosto), 3. 2015.
- Crisafulli, L. Reglas para la construcción de un Estado de Derecho o los intentos para encerrar a la fiera. La Ley, N° 965. 2012.
- Díaz.Cafferata, S. El derecho de acceso a la información pública. Situación actual y propuestas para una Ley [Internet]. Argentina: Lecciones y Ensayos, Nro. 86. 2009 [citado el 2020 Abril 09]. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/86/06-ensayo-diaz-cafferata.pdf>
- Echeverría, G. El acceso a la información pública. El derecho y sus límites [Internet]. Argentina: Sistema Argentino de Información Jurídica. Noviembre 2012 [citado el 2020 Abril 09]. Disponible en: DACF120209
- Fihman, R. Discriminación por antecedentes penales: los casos del empleo en la administración pública nacional y en el sector privado en Argentina. Argentina: DPyC 2019 (septiembre). 2019. P. 1
- Ficcardi, F. y Tejada, R. Antecedentes penales: ¿la condena perpetua de las personas privadas de la libertad? Cuarto encuentro nacional de jóvenes investigadores línea 42. 2015. P
- González, P.A. y Narvarte, G.A. Inclusión Social Generadora. Recuperado de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/miscelaneas/48394-informe-general-empresauruguay-inclusion-social-generadora-trabaja>. 2015.
- Jacobs ELyJB. Reinserción laboral y antecedentes penales Cataluña; 2011. Recuperado de <http://criminnet.ugr.es/recpc/13/recpc13-09.pdf>
- Kent, J. La animosa intención de expandir medidas alternativas a la prisión. Un arriesgado empeño, en función de las carencias anejas a los estamentos de vigilancia comunitaria. La Ley, N° 4489. 2012.

- Larrauri E. Antecedentes penales; 2015. Recuperado de <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/download/2481/1365>
 - Leturia, F. Fundamentos jurídicos del derecho al olvido. Revista Chilena de Derecho, vol. 43 N° 1. 2016.
 - Lainatti, M. Ejecución penal y prisión domiciliaria: un enfoque crítico en torno al rol de los organismos de asistencia y tratamiento. La Ley, N° 629. 2017
 - Marcela Gutiérrez Quevedo ÁMOD. Política criminal y abolicionismo, hacia una cultura Colombia; 2015. Recuperado de <http://books.openedition.org/uec/pdf/2251>
 - Martínez-Conde, M.J. Las exitosas cárceles donde los presos trabajan, hacen deporte y tienen tiempo libre. Disponible en: <https://www.eldefinido.cl/actualidad/mundo/8851/Las-exitosas-carceles-donde-lospresos-trabajan-hacen-deporte-y-tienen-tiempo-libre/.2017>.
- Mouratian, P. Derecho al trabajo sin discriminación: hacia el paradigma de la igualdad de oportunidades. Ciudad autónoma de Buenos Aires: Instituto nacional contra la discriminación, la xenofobia y el racismo. 2013.
- Masciotra, M. La acción de hábeas data: una garantía instrumental tuteladora de derechos fundamentales [Internet]. Argentina: Sistema Argentino de Información Jurídica. 2008 [citado el 2020 Abril 09]. Disponible en: DACF080126
 - Masciotra, M. Las bases de datos periodísticos y su inconstitucional exclusión del ámbito de la protección de los datos personales [Internet]. Argentina: Sistema Argentino de Información Jurídica. 2004 [citado el 2020 Abril 09]. Disponible en: DACC040052
 - Mendel, T. El Derecho a la información en América latina: comparación jurídica [Internet]. UNESCO Office Quito and Regional Bureau for Communication and Information in Latin America and the Caribbean. 2009 [citado el 2020 Abril 09]. Disponible en: EC/2008/CI/PI/13
 - Morgan. Empleo penitenciario: así se trabaja en algunas prisiones del mundo. Chile: Disponible en: <https://www.biobiochile.cl/noticias/sociedad/curiosidades/2017/10/21/empleopenitenciario-asi-se-trabaja-en-algunas-prisiones-del-mundo.shtml>. 2017.
 - Olie, A. Prisión perpetua. Leyendo entre líneas dos fallos del Tribunal de Impugnación Penal de la Provincia de la Pampa. La Ley, N° 611. 2014.
 - Palazzi PA. Derecho al olvido en internet e información sobre condenas penales (a propósito de un reciente fallo holandés); 2014. Recuperado de <https://drive.google.com/open?id=19q2KXJ7IX7t8ID3vRNdg5vtO6m1uWXZ>

- Palermo, P. Diffamazione e diritto all'oblio: equilibrio "elástico" tra tutela penale dell'onore e diritto di cronaca giudiziaria, *Rivista Penale*, vol. 136, Fascículo 3. 2010.
- Parrilli, R. Los sistemas de video vigilancia, el derecho a la privacidad, la imagen y la protección de datos personales [Internet]. Argentina: Thompson Reuters. 2011 [citado el 2020 Abril 09]. Disponible en: AP/DOC/2632/2011
- Quiñonez, G y Quiñonez; H. El derecho humano a la resocialización ante las recientes reformas legales. Aspectos sustantivos y procesales. *Pensamiento Penal*. Argentina. 2018.
- Racca, I. La resocialización como fin de la pena privativa de la libertad: análisis del último legado del positivismo criminológico. Buenos Aires, Argentina: Universidad de Buenos Aires. 2014.
- Roca de Estrada, P. Derecho a la intimidad de niños, niñas, adolescentes, y medios de comunicación [Internet]. Argentina: Sistema Argentino de Información Jurídica. Febrero 2002 [citado el 2020 Abril 09]. Disponible en: DACF010054
- Sarkin, J. Las cárceles en África: una evaluación desde la perspectiva de derechos humanos. *Sur, Revista Internacional de Direitos Humanos*. vol.5 no.9 São Paulo. ISSN: 1983-3342. 2018.
- Scanavino, F. Derecho a la Intimidad vs Derecho a la Información. Antagonismo o Complementariedad [Internet]. Argentina: Sistema Argentino de Información Jurídica. Noviembre 2012 [citado el 2020 Abril 09]. Disponible en: DACF120207
- Silvestri, C. La justificación de la sanción penal y la discrecionalidad de derecho de los jueces: un enfoque filosófico-jurídico. Buenos Aires, Argentina: Centro de Formación Judicial del Consejo de la Magistratura de la CABA. 2008.
- Simari, V. ¿Más internet importa menos derecho a la intimidad? [Internet]. Argentina: Thompson Reuters. 2016 [citado el 2020 Abril 09]. Disponible en: AP/DOC/793/2016
- Sopena MRi. Antecedentes penales y mercado laboral Barcelona; 2016. Recuperado de <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/392632/tmrs.pdf?sequence=1>
- Soler, S. Derecho penal argentino. Buenos Aires, Argentina: Tipográfica Editora Argentina. 1992
- Tolnay, I. La interpretación restrictiva de la ley penal en la Argentina de hoy. La relevancia de los principios de legalidad, pro homine y de ultima ratio del derecho penal. *La Ley*, N° 2660. 2014

- Villanova, M. Los fines del programa: ¿resocializar? Una mirada crítica desde el liberalismo. La Ley, N° 1445. 2014.
- Viñas, E. Resocialización de condenados: política de Estado y participación de la sociedad. DPyC. 2015. Argentina.

Legislación

- Código Penal de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 03 de noviembre de 1921.
- Constitución Nacional. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.
- Convención Americana de Derechos Humanos. Asamblea de Estados Americanos. Organización de estados Americanos. San José de Costa Rica. 1969.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Novena Conferencia Internacional Americana. Bogotá, Colombia. 1948.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos. Asambleas de Naciones Unidas. 9 de Diciembre de 1948.
- Ley número 12.256 de Ejecución Penal de la Provincia de Buenos Aires, de fecha 23 de diciembre de 1998.
- Ley número 20.744 sobre Contrato de Trabajo de fecha 27 de septiembre de 1974.
- Ley número 22.117 sobre el Registro nacional de reincidencia y estadística criminal y carcelaria de fecha 14 de diciembre de 1979.
- Ley número 22.520 sobre ley de ministerios de fecha 23 de diciembre de 1981.
- Ley número 24.660 sobre Pena privativa de la libertad de fecha 16 de julio de 1996.
- Ley número 25.326 sobre Habeas data de fecha 02 de noviembre del 2000.
- Ley Nacional N° 25.892 modificaciones a los artículos 13 y 14 del Código Penal de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 26 de mayo de 2004.
- Ley Nacional de Ejecución Penal N° 24.660. Boletín Oficial de la República Argentina, 16 de julio de 1996.
- Modificación de la resolución del Ministerio de trabajo, empleo y seguridad social N° 270 de fecha 13 de abril del 2015.
- Pactos Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución 2200 A (XXI) 16 de diciembre de 1966.
- Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos. Asamblea General de Naciones Unidas.

- Resolución Nª 855 del 10 de febrero del año 2017.
- Resolución 270 sobre secretaria de empleo público de fecha 29 de agosto de 2019.

Jurisprudencia

- STC, Sala segunda, sentencia 108/2008. Recurso de amparo 1571-2005. España.
- STC, sala primera. Sentencia 2/1981. España.