



Función Pública

Concepto Sala de Consulta C.E. 2031 de 2011 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA

Bogotá D.C., diez (10) de agosto de dos mil once (2011).-

Rad. No. : 11001-03-06-000-2010-00094-00

Número interno: 2031

Actor: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD - D.A.S.

El señor Director del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS, doctor Felipe Muñoz Gómez, solicita concepto a la Sala de Consulta y Servicio Civil sobre la leyenda incorporada en el certificado de antecedentes judiciales que expide el departamento administrativo a su cargo.

1. ANTECEDENTES:

Fundamenta la consulta en las normas y situaciones que a continuación se sintetizan:

Hace referencia, en primer lugar, a las disposiciones constitucionales que establecen la imprescriptibilidad de las penas y las medidas de seguridad (Art. 28) y la presunción de inocencia (Art. 29); al requisito de inexistencia de antecedentes judiciales, en todo tiempo, para el acceso a determinados empleos o cargos públicos (Art. 122, modificado por el artículo 4º del Acto Legislativo 01 del 2009), y a la norma según la cual únicamente las sentencias judiciales tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales (Art. 248).

Invoca normas de carácter legal, como el artículo 166 del Código de Procedimiento Penal, que ordena a los funcionarios judiciales informar a las autoridades, relacionadas en la misma norma, sobre las sentencias ejecutoriadas que impongan pena o medida de seguridad, “en el entendido de que sólo en estos casos se considerará que la persona tiene antecedentes judiciales”. Cita igualmente el artículo 447 del mismo Código, que incluye los antecedentes para efectos de la individualización de la pena y la sentencia en el caso de fallos condenatorios.

Agrega que, en el Código Penal, la carencia de antecedentes penales es una circunstancia de menor punibilidad (Art. 55) y uno de los requisitos para suspender la ejecución de la pena privativa de la libertad (Art. 63).

Precisa que el parágrafo del artículo 1 de la ley 190 de 1995 exige la presentación del certificado de antecedentes expedido por el DAS para ocupar un cargo o empleo público y para celebrar contratos de prestación de servicios.

En particular cita el decreto reglamentario 3738 del 2003, el cual indica que el DAS es la entidad encargada de expedir los certificados judiciales a nivel nacional, con base en la información que repose en sus archivos (Art. 1) y de mantener y actualizar los registros delictivos y de identificación nacionales, de acuerdo con los avisos e informes que le envíen las autoridades competentes (Art. 3). Norma esta que fija en el Director del mismo Departamento la función de establecer y adoptar el modelo de certificado judicial, y de modificarlo de acuerdo con los avances tecnológicos de la entidad (Art. 2).

Explica que, en ejercicio de la atribución conferida por el citado decreto 3738, el Director del DAS, mediante la resolución 1157 del 2008, reglamentó el modelo de certificado, y para el caso de las personas con antecedentes judiciales se dispuso la siguiente leyenda: "REGISTRA ANTECEDENTES PERO NO ES REQUERIDO POR AUTORIDAD JUDICIAL". Afirma la entidad consultante que esa leyenda generó inconformidad y que, por vía de tutela, varios ciudadanos solicitaron su retiro aduciendo violación de los derechos a la intimidad, la honra, el buen nombre o el trabajo.

Informa la consulta que, en un primer momento, un fallo de tutela de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia estimó que la leyenda adoptada en la Resolución 1157 no vulneraba derechos fundamentales, pues se limitaba a recoger el comportamiento del ciudadano.

Sin embargo, a partir de mayo del 2010, los fallos de tutela proferidos por la misma Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia consideraron la expresión "REGISTRA ANTECEDENTES" como altamente discriminatoria en los casos de pena cumplida o de declaración de prescripción de la pena. Dichos fallos hicieron la distinción entre la petición de las autoridades judiciales para aplicación de beneficios, y la hecha por los particulares a través del certificado judicial, y reiteraron que el DAS, en todo caso, debe conservar las anotaciones de los antecedentes en sus archivos por su incidencia en las decisiones judiciales.

El Director del DAS expidió entonces la resolución 750 del 2010, disponiendo que en los casos en los que el ciudadano registrara antecedentes, la leyenda del certificado judicial sería "NO ES REQUERIDO POR AUTORIDAD JUDICIAL".

Así las cosas, formula a la Sala los siguientes:

2. INTERROGANTES:

"1. ¿Cuál es la posición jurisprudencial que debe acatar la entidad, teniendo en cuenta que las decisiones tomadas en ambas posiciones son fallos de tutela con efectos inter partes?"

"2. ¿Como consecuencia de lo anterior debe o no retirarse la frase REGISTRA ANTECEDENTES de los certificados de antecedentes judiciales que se expidan a los ciudadanos?"

"3. En caso que la posición jurisprudencial adoptada sea la segunda, ¿la modificación realizada con base en dicha posición por el parágrafo 1º del artículo 1º de la Resolución 750 de 2010 al parágrafo del artículo primero de la Resolución 1157 de 2008 se encuentra debidamente realizada?"

"4. ¿Cómo debe expedirse el certificado judicial en el caso que una persona allegue constancia de que su pena fue cumplida o le fue declarada prescrita pero el delito que cometió fue el de las llamadas inhabilidades intemporales¹ establecidas en los artículos 122, 179 numeral 1, 197, 232, 249, 264 y 267 de la Constitución Política de Colombia?"

3. CONSIDERACIONES:

1. Planteamiento del problema jurídico

De lo expuesto en los antecedentes y del análisis de las preguntas arriba transcritas, la Sala encuentra que la consulta plantea dos principales cuestiones de orden jurídico: i) ¿Dada la diversidad de posiciones adoptadas por los jueces, en instancia de tutela, en relación con el alcance de las constancias que se consignan en el certificado de antecedentes judiciales, cuál es la posición jurisprudencial que debe acatar el DAS? y ii) ¿Cómo debe expedirse el certificado judicial en el caso de las denominadas inhabilidades intemporales?.

2. Línea jurisprudencial que debe ser acatada por la administración

La pregunta principal inquiriere sobre “la posición jurisprudencial que debe acatar” el DAS consideración a las providencias judiciales que en sede de tutela han resuelto las solicitudes de particulares que se sienten afectados en sus derechos fundamentales a la intimidad, habeas data, buen nombre, honor y otros, en virtud de las leyendas “REGISTRA ANTECEDENTES PERO NO ES REQUERIDO POR AUTORIDAD JUDICIAL”, y “NO ES REQUERIDO POR AUTORIDAD JUDICIAL”, que aparecen en los certificados de antecedentes judiciales expedidos por el DAS. Enfatiza la consulta que dichos fallos sólo tienen efectos inter partes.

Al respecto, la Sala reitera en primer lugar lo expresado en los conceptos 1878 y 1878 A de abril 29 y noviembre 13 de 2008, 1956 de septiembre 10 de 2009 y 2029 del 16 de febrero de 2011, en el sentido de que los fallos judiciales en firme son obligatorios y, por ende, su cumplimiento no se encuentra sujeto a la evaluación de conveniencia de sus destinatarios, más aún cuando éstos son servidores públicos, quienes con mayor razón están especialmente obligados a acatar las decisiones de los jueces.

Si bien los fallos de tutela referidos en la consulta solo tienen efecto *inter partes*, tienen todos fundamento en la interpretación que sobre los derechos constitucionales fundamentales a la intimidad, habeas data y buen nombre han realizado los máximos tribunales de las jurisdicciones ordinaria, contencioso administrativa y constitucional, razón por la cual se estima que, en aplicación de los derechos a la igualdad y a la confianza legítima, la línea jurisprudencial uniforme, dados los mismos supuestos de hecho y de derecho, debe servir de fundamento para casos idénticos o similares, correspondiéndole a la Administración, en virtud del deber de obediencia al ordenamiento jurídico, observar tales orientaciones.

La Corte Constitucional reiteradamente ha señalado que las autoridades administrativas no pueden apartarse del precedente judicial trazado por la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales:

“Conforme a las reglas que regulan el manejo del precedente judicial, el juez puede, bajo determinadas circunstancias, apartarse de la decisión de la Corte. No así la administración, que se encuentra sujeta a los parámetros definidos por la Corte Constitucional en esta materia y los jueces ordinarios en sus respectivos ámbitos de competencia. Sólo así se asegura que la administración esté sujeta al derecho.” 2

Por su parte, en relación con las decisiones de los órganos de cierre, como es el caso del Consejo de Estado, la jurisprudencia constitucional ha sostenido:

“8.1. El carácter vinculante de la jurisprudencia sentada por las Altas Cortes.

Una interpretación literal del artículo 230 constitucional indicaría que la jurisprudencia elaborada por las Altas Cortes es sólo un criterio auxiliar de interpretación, es decir, una mera guía u orientación para los jueces, carente por tanto de verdadero efecto vinculante. La anterior hermenéutica resulta inaceptable, por las razones que pasan a explicarse.

Desde un punto de vista de dogmática constitucional, autores clásicos como Chamberlain, sostienen que el respeto por los precedentes se funda en un tríptico: protección de las expectativas patrimoniales, seguridad jurídica y necesidad de uniformidad de los fallos. Sin embargo, en últimas, todas ellas se subsumen tanto en el principio de seguridad jurídica como en aquel de igualdad: casos iguales deben ser resueltos de la misma forma.

De allí que, reconocerle fuerza vinculante a la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, redunde en una mayor coherencia del sistema jurídico colombiano, lo cual no se contradice con imperativos de adaptación a los cambios sociales y económicos. De igual manera, la vinculatoriedad de los precedentes garantiza de mejor manera la vigencia del derecho a la igualdad ante la ley de los ciudadanos, por cuanto casos semejantes son fallados de igual manera. Así mismo, la sumisión de los jueces ordinarios a los precedentes sentados por las Altas Cortes asegura una mayor seguridad jurídica para el tráfico jurídico entre los particulares.”³

Así las cosas, a continuación se hará el análisis de la evolución de la jurisprudencia constitucional sobre esta materia, para finalmente identificar la línea jurisprudencial consolidada que debe ser acatada por las autoridades administrativas y dar, así, respuesta a la pregunta principal formulada en la consulta.

2.1. Posición jurisprudencial en relación con la leyenda “REGISTRA ANTECEDENTES, PERO NO ES REQUERIDO POR AUTORIDAD JUDICIAL” (Resolución 1157 de 2008)

2.1.1 Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal

El 8 de abril de 2010, una sala de decisión de tutelas se abstuvo de tutelar el derecho al habeas data presuntamente violado por la citada leyenda considerando que la acción no era procedente contra actos administrativos de carácter general y abstracto, como quiera que estos tienen sus propios mecanismos de impugnación y, por tanto, la anotación en el certificado obedecía “al cumplimiento estricto de un acto que goza de presunción de legalidad”.⁴

Posteriormente, otra sala de tutela de la citada Sala de Casación Penal adoptó la decisión de amparar los derechos fundamentales, en especial el habeas data, con sustento en argumentos que, a partir de entonces, se han mantenido invariables, en lo esencial, tanto en la Corte Suprema de Justicia como en el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, y en la Corte Constitucional.

En efecto, en el fallo del 29 de abril, tutela No. 47.449, se consideró que el derecho al habeas data, consagrado en el artículo 15 de la Constitución Política, era extensivo a la base de datos de los antecedentes judiciales y demandaba del DAS la obligación de operar con fidelidad los datos negativos o positivos reportados por las autoridades judiciales, pues sin duda al enjuiciado “*hacia el futuro le aparecerá como antecedente la condena impuesta por la autoridad judicial*”. Se refirió también a la necesidad de conservar el dato negativo porque eventualmente será requerido por las autoridades judiciales, caso en el cual “*no hay lugar a suprimir el antecedente penal*” en el certificado. Pero, en los casos en que la pena se declara extinguida o se cumplió, dado que el certificado “*tiene fines meramente particulares, comporta una grave discriminación*” incluir ese dato y hacerlo público, pues el sujeto “*se convierte en blanco, esencialmente en el ámbito laboral, de distinción, estigmatización y exclusión ante el resto de la sociedad.*”

De esta manera, la Corte Suprema de Justicia estableció que la leyenda “*Registra antecedentes, pero no es requerido por autoridad judicial*”, es inconstitucional y, en consecuencia, con fundamento en el artículo 4° de la Constitución Política, inaplicó (sic) en el caso concreto lo dispuesto en la resolución 1157 de 2008.⁵

2.1.2. Consejo de Estado - Sección Segunda.

el certificado judicial, es discriminatoria y atenta contra el derecho a la intimidad, aunque ello no significa que la autoridad competente no deba conservar tal información en sus bases de datos. Los fundamentos de dichas conclusiones se basan en i) La expedición del certificado con la correspondiente anotación de los antecedentes para las autoridades judiciales y administrativas competentes es legítima, pues la información contenida en el certificado sólo será utilizada por dichas autoridades para el cumplimiento de sus funciones; ii) en cambio, cuando es el titular de la información el que la solicita con fines particulares, como presentarla para acceder a un empleo, el hecho de ventilar a terceros tal información resulta discriminatorio y atenta contra el derecho a la intimidad del tutelante. Igualmente inaplicó (sic) para el caso concreto, en lo pertinente, la resolución 1157 de 20088.

En conclusión, las referidas decisiones judiciales, a juicio de esas Subsecciones, *“sentaron la regla de derecho, según la cual no existe justificación constitucional válida alguna para que la entidad estatal encargada de la custodia de los antecedentes penales de los ciudadanos por medio alguno los divulgue con destino a terceros sin autorización para conocerlos, aclarando que la violación sobre este asunto consiste en la publicidad de aquellos y no en el mantenimiento de los mismos en las bases de datos”*.

2.2. Posición jurisprudencial sobre la leyenda “NO ES REQUERIDO POR AUTORIDAD JUDICIAL” (Resolución 750 de 2010)

2.2.1. Consejo de Estado - Sección Segunda

El 4 de noviembre de 2010, radicación número 68001-23-31-000-2010-00618-01(AC), la subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado reitera la conclusión transcrita en precedencia, e indica que el cambio introducido por la resolución 750 y la nueva leyenda, “no es requerido por autoridad judicial”, también resulta violatoria de los derechos fundamentales y de la regla jurisprudencial establecida.

En efecto, afirma el Consejo de Estado en esta oportunidad que la resolución citada discrimina nuevamente entre las personas que registran antecedentes, identificadas en el Certificado Judicial con la expresión “no es requerido por autoridad judicial”, y quienes no tienen historial delictivo, identificados con la frase “no registra antecedentes”. De esta manera el certificado da publicidad, con una fórmula distinta, a aquella información que la jurisprudencia de la Sala ha determinado como reservada, haciendo inocua la protección constitucional deprecada en oportunidades anteriores.

Aclara la Sección Segunda que la fórmula gramatical utilizada por el DAS para la expedición del Certificado Judicial de quienes tienen historial delictivo no es violatoria de los derechos fundamentales referidos por sí sola, sino por el contraste que fácilmente se puede realizar con: i) la leyenda que sobre ese mismo documento se reporta para quienes no han sido condenados penalmente y ii) la Resolución N° 750 de 2 de julio de 2010, que indica claramente lo que en términos de antecedentes penales traduce dicha norma, lo cual no es otra cosa que publicar con destino a terceros sin autorización, para permitirles conocer información reservada de quien registra historial delictivo, actuación que fue precisamente la que resultó prohibida en las sentencias de amparo previamente citadas.

Por la aludidas razones la subsección B de la Sección Segunda inaplicó por inconstitucional, para el caso concreto, el parágrafo 2° del artículo 1° de la Resolución N° 750 de 2 de julio de 2010 proferida por el DAS, y exhortó a dicha entidad para que en atención a los considerandos de la providencia, tome las medidas administrativas necesarias a fin de evitar que por cualquier medio, directo, indirecto, referencial o fórmula gramatical, en el Certificado Judicial de quienes hayan sido condenados penalmente se informe, con destino a terceros no autorizados para conocer tal información, la existencia del historial delictivo.

Por su parte, la subsección A de la Sección Segunda al resolver la tutela radicada bajo el Radicado No. 25000-23-15-000-2011-00031-01, acogió y reiteró la tesis expuesta, subrayando que *“el antecedente no debe ser eliminado, pues es valioso para las autoridades al momento de cuantificar penas o conceder beneficios legales, porque en todo caso, lo que le afecta es la publicidad de los antecedentes y no su conservación por parte de la autoridad competente”*.

2.3. Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal

Casación Penal expuso similares argumentos a los sostenidos por la Sección Segunda del Consejo de Estado, por lo que consideró que dicha constancia no es suficiente para efectos de superar el trato inconstitucional de allí derivado, pues lo único que hace es confirmar una distinción entre aquellos que tienen antecedentes –a los cuales se les certifica: “NO REGISTRA ANTECEDENTES”- y los que no, de tal manera que pronto socialmente podrá establecerse que quienes tienen la leyenda: “NO ES REQUERIDO POR AUTORIDAD JUDICIAL”, es porque sí tienen antecedentes y, de esa forma, el impacto social que la diferencia implica, simplemente se mantendría.

En ese orden de ideas, el DAS debe adoptar una medida que no implique un estigma social para aquellas personas con antecedentes penales. Aclara que no se trata de borrar la información de la base de datos del DAS, sino de que esta, por cualquier motivo o medio, no se exteriorice para fines particulares de quien la solicita, de tal manera que permitan discriminar a la persona respecto de aquellos que nunca han sido afectados con decisiones condenatorias, pues esto les impediría su reincorporación laboral y social, frustrando así una de las funciones de la pena como es la resocialización.

2.2.3. Corte Constitucional – Sala de revisión de tutelas

En la sentencia T-632 del 13 de agosto de 2010, la Corte Constitucional advierte que la expedición de un documento público –como el certificado judicial-, con una configuración tal que le permita a un tercero inferir la existencia de antecedentes penales a nombre del titular, *interfiere* en el ámbito *prima facie* de al menos dos derechos fundamentales: el derecho al buen nombre y el derecho al habeas data.

Se da lo primero porque, en las condiciones precitadas, estudios criminológicos demuestran que quien ha sido considerado social e institucionalmente como delincuente, además de que está obligado según las normas estatales a pagar una condena formal, recibe por parte de la sociedad –si es que esta se entera de la falta- una especie de condena adicional, de carácter informal, y es la de llevar consigo el *estigma* (la etiqueta) de delincuente, a pesar incluso de que cumpla todos los esfuerzos encaminados a insertarse en el orden legal y a respetar escrupulosamente las normas de convivencia.

Considera la Corte que la expedición del certificado, de tal suerte que suponga la divulgación de un *dato* con información relativa a los antecedentes penales, es al mismo tiempo una interferencia en el derecho *prima facie* al habeas data (art. 15, C.P.). Cuando se trata de divulgar un dato como los antecedentes penales, que tiene cuando menos un carácter semi-privado,⁹ y esa divulgación tiene lugar sin el consentimiento del titular, se produce una intromisión en su derecho *prima facie* al habeas data.

Al analizar de manera específica la Resolución 750 del 2010, la Corte observó que como en ella se dispone publicar que la persona “NO REGISTRA ANTECEDENTES”, cuando en efecto no los tiene, la leyenda para el caso contrario, que dice “NO ES REQUERIDO POR AUTORIDAD JUDICIAL”, deja en evidencia que la persona de que se trata sí tiene antecedentes, con lo cual se afectan, en principio, los derechos al buen nombre y al habeas data. Lo anterior sin perjuicio de sostener que es posible que el “Estado tenga la competencia para registrar determinados datos de una persona pero no para publicarlos”.

En síntesis, para la Corte la “divulgación de la información relativa a la tenencia de antecedentes penales, en un documento público como el certificado judicial, cuando el titular de la información no desea que otras personas conozcan esos datos, viola la Constitución en tanto no están justificadas las interferencias que ella produce en los derechos al buen nombre y al habeas data (art. 15, C.P.)”. (Resalta la Sala).

Al igual que lo hizo el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, en los casos arriba relatados, la Corte Constitucional decidió inaplicar (sic) para el caso concreto la resolución 750 de 2010.

2.3. La posición jurisprudencial que debe acatar el DAS. Conclusiones y recomendaciones

El estudio de las decisiones judiciales comentadas, que en sede de tutela han permitido a las tres Altas Cortes definir unánimemente el efecto de las constancias del certificado de antecedentes judiciales sobre los derechos fundamentales, permite llegar a las siguientes conclusiones:

2.3.1. En materia de antecedentes judiciales la ley asigna al DAS dos funciones principales: mantener y actualizar una base de datos sobre los antecedentes judiciales de todas las personas en Colombia, y certificar lo que sobre dichos antecedentes conste en sus registros respecto de personas determinadas, de conformidad con la Constitución y la ley.

2.3.2. La problemática sobre tales registros y certificaciones tiene una dimensión constitucional que involucra los derechos fundamentales a la intimidad, habeas data, buen nombre, todo dentro del contexto de la dignidad humana y con especial referencia a la *garantía real de resocialización o reinserción social*.

2.3.3. Los fallos de tutela coinciden en afirmar que las leyendas adoptadas por el DAS en las resoluciones 1157 de 2008 y 750 de 2010 para dar fe de la información sobre antecedentes judiciales que reposa en sus archivos, son violatorias de tales derechos fundamentales en aquellos casos en que la pena es una situación superada o fue cumplida o declarada prescrita. En esta medida, no existe justificación constitucional válida para que la entidad estatal encargada de la custodia de los antecedentes penales de los ciudadanos, los divulgue o publicite con destino a terceros no autorizados por la ley para conocerlos, razón por la cual, en cada caso, se han tutelado los derechos fundamentales de los peticionarios e inaplicado las citadas resoluciones.

2.3.4. El DAS está facultado constitucional y legalmente para llevar el registro de los antecedentes judiciales de todas las personas, y en ningún caso cabe eliminar la correspondiente información, *pues es valiosa para las autoridades al momento de cuantificar penas o conceder beneficios legales*.

2.3.5. Si el certificado de antecedentes judiciales se expide para fines particulares o a solicitud de terceros, no puede contener ninguna anotación que directa ni indirectamente dé noticia sobre la existencia de antecedentes judiciales, pues ello atentaría contra los derechos constitucionales fundamentales que reiteradamente han sido amparados judicialmente por vía de tutela. Por el contrario, el certificado de antecedentes judiciales debe hacer constar todos los registros existentes cuando sea solicitado por las autoridades en los casos en que constitucional o legalmente esté previsto que deban recabar esta información para los asuntos de su competencia.

2.3.6. Estima la Sala que la regulación de esta materia, de tanta relevancia constitucional, debe ser objeto de una ley estatutaria, lo cual en efecto ya ocurrió con la aprobación por parte del Congreso de la República del Proyecto de ley No. 046 de 2010 – Cámara – y No. 184 de 2010 – Senado-, *“por el cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales”*, cuyo artículo 29 se expone a continuación.

3. Proyecto de ley estatutaria *“por el cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales”*.

El proyecto fue aprobado en su trámite legislativo en el período de sesiones que culminó el 16 de diciembre de 2010 y actualmente se encuentra para revisión de la Corte Constitucional (proceso PE 032), en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 153 de la Constitución Política. En dicho proceso de revisión el señor Procurador General de la Nación rindió concepto el 23 de mayo de 2011, en el que solicita que se declare la constitucionalidad del artículo 29 del proyecto, que es del siguiente tenor:

“ARTÍCULO 29. Certificación de antecedentes judiciales. El Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, o quien ejerza esta función, mantendrá y actualizará los registros delictivos y de identificación nacional de acuerdo con los informes y avisos que para el efecto deberán remitirle las autoridades judiciales, conforme a la Constitución Política y a la ley. Al expedir certificados judiciales por petición ciudadana, el Departamento Administrativo de Seguridad o quien ejerza esta función, se abstendrá de incluir como antecedente penal los registros delictivos del solicitante cuando éste haya cumplido su pena o la misma haya prescrito.

PARÁGRAFO 1º. Los archivos del Departamento Administrativo de Seguridad, o de quien ejerza esta función en esta materia, tendrán carácter reservado y en consecuencia solo se expedirán certificados o informes de los registros contenidos en ellos.

PARÁGRAFO 2º. El Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, o quien ejerza esta función, garantizará la disponibilidad de manera gratuita y permanente la información electrónica sobre el Certificado de Antecedentes Judiciales para ser consultados por el titular, interesado o por terceros a través de la página web de la entidad y los mismos gozarán de plena validez y legitimidad.

Par. 3...". (Se subraya)

La Sala concluye de la simple lectura del inciso primero del proyecto, que allí se recoge la línea jurisprudencial que en sede de tutela ha sido analizada en el presente concepto, cuyas conclusiones más relevantes se expusieron en el punto 2.3.

En efecto, el proyecto de ley parte de distinguir entre la función de mantener los registros sobre antecedentes delictivos y la de certificar tales antecedentes. E igualmente indica que existe la obligación de actualizar la información. Sin embargo, el DAS se *"abstendrá de incluir como antecedente penal los registros delictivos del solicitante cuando éste haya cumplido su pena o la misma haya prescrito"*, tal como lo ha establecido la jurisprudencia constitucional establecida por las tres Altas Cortes en sede de tutela.

De esta manera, si bien la competencia para decidir sobre la exequibilidad o no del proyecto recae exclusivamente en la Corte Constitucional (art. 153 C.P.), lo cierto es que el Congreso de la República, al discutir la mencionada iniciativa, tuvo en cuenta la línea jurisprudencial que ha sido examinada en este concepto, tal como consta en la Gaceta del Congreso 1023 del 12 de diciembre de 2010¹⁰.

Resuelto lo anterior, pasará la Sala a dilucidar el segundo problema jurídico planteado en la consulta.

4. ¿Cómo debe expedirse el certificado judicial en las llamadas inhabilidades intemporales?

La última de las preguntas formuladas a la Sala se refiere concretamente a la expedición del certificado judicial cuando la pena fue cumplida o declarada prescrita, pero el delito corresponde a una causal intemporal de inhabilidad.

Brevemente se recuerda que la Constitución y la ley identifican como inhabilidades aquellas situaciones concretas que impiden, a quienes estén incurso en ellas, inscribirse y ser elegidos para cargos y empleos públicos o vincularse al Estado por nombramiento o contrato. Por regla general las inhabilidades tienen un límite en el tiempo. Sin embargo, por expreso mandato constitucional, aquellas relacionadas con antecedentes penales, relativos por ejemplo a delitos contra el patrimonio del Estado, son permanentes y configuran las denominadas intemporales¹¹.

La proporcionalidad y razonabilidad de dichas inhabilidades, ha dicho la Corte Constitucional, proviene del mismo texto constitucional, por cuanto *"su consagración no reposa en la salvaguarda de derechos individuales, sino en la manifiesta necesidad de garantizar y hacer prevalecer el interés general"*¹², propio de la función pública.

La Sala resalta que, a partir del artículo 122, inciso 5, de la Constitución Política, que originalmente establecía: *"Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, el servidor público que sea condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, quedará inhabilitado para el desempeño de funciones públicas"*, dos sucesivas reformas a esta disposición han hecho más riguroso y omnicomprensivo el estatuto constitucional de las inhabilidades relacionadas con antecedentes judiciales.

En efecto, mediante el Acto Legislativo 1 de 2004, el citado inciso 5 quedó de la siguiente manera: *"Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado. Tampoco quien haya dado lugar, como servidor público, con su conducta dolosa o gravemente culpable, así calificada por sentencia judicial ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño"*.

Posteriormente, mediante Acto Legislativo 1 de 2009, artículo 4, el aludido inciso fue objeto de una nueva modificación en los siguientes términos, siendo esta la norma hoy vigente:

“ARTÍCULO 4°. El inciso final del artículo 122 de la Constitución Política quedará así:

Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior.

Tampoco quien haya dado lugar, como servidores públicos, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño”.

Es evidente que la inclusión de nuevas conductas punibles que dan lugar a la inhabilidad intemporal (pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico), tiene el propósito de que se cumplan cabalmente los principios constitucionales de transparencia y moralidad, así como materializar la prevalencia del interés general sobre el particular (art. 1°), todo con el ánimo de lograr la excelencia e idoneidad del servicio público y la contratación estatal, *“mediante la certidumbre acerca de los antecedentes intachables de quien haya de prestarlo”*. 13

En consecuencia, ¿cómo debe expedirse el certificado judicial cuando la pena fue cumplida o declarada prescrita, pero el delito corresponde a una causal intemporal de inhabilidad?

Lo que la Constitución exige para los fines mismos de la norma es que en los casos de inhabilidades intemporales, uno de los requisitos constitucionales para ser inscrito o elegido, o para el ejercicio de cargos públicos o para contratar con el Estado, es la ausencia de antecedentes judiciales. Es claro, por tanto, que la certificación sobre la ausencia o no de tales antecedentes no obedece a un propósito de interés particular, sino que se relaciona directamente con el ejercicio de la función pública, así como con el interés público ínsito en la contratación estatal. Motivo por el cual lo que necesariamente subyace a la regla constitucional que consagra las inhabilidades intemporales por antecedente judicial es la publicidad de tales antecedentes, ya que no de otra manera podría cumplirse la guarda de la *“inobjetabilidad del servidor público, especialmente en cuanto se trate de funciones de gran responsabilidad”*¹⁴.

Así las cosas, el fundamento jurídico del certificado de antecedentes judiciales que debe expedir el DAS, en los casos de la inhabilidades intemporales como las previstas en el artículo 122 inciso final de la Constitución, es cada una de las normas constitucionales que las establecen¹⁵. En estos casos, y a solicitud de autoridad competente, el DAS deberá certificar la existencia de antecedentes judiciales, aún en el caso de que la pena se haya cumplido o declarado prescrita.

Con base en las premisas anteriores, la Sala RESPONDE:

“1. ¿Cuál es la posición jurisprudencial que debe acatar la entidad, teniendo en cuenta que las decisiones tomadas en ambas posiciones son fallos de tutela con efectos inter partes?

“2. ¿Cómo consecuencia de lo anterior debe o no retirarse la frase REGISTRA ANTECEDENTES de los certificados de antecedentes judiciales que se expidan a los ciudadanos?”

“3. En caso que la posición jurisprudencial adoptada sea la segunda, ¿la modificación realizada con base en dicha posición por el parágrafo 1º del artículo 1º de la Resolución 750 de 2010 al parágrafo del artículo primero de la Resolución 1157 de 2008 se encuentra debidamente realizada?”

Los fallos de tutela analizados en el presente concepto coinciden en afirmar que las leyendas adoptadas por el DAS en las resoluciones 1157 de

2008 y 750 de 2010 para certificar la información sobre antecedentes judiciales que reposa en sus archivos, son violatorias de los derechos fundamentales a la intimidad, habeas data y buen nombre, por lo que no existe justificación constitucional válida para que la entidad estatal encargada de la custodia de los antecedentes penales de los ciudadanos, los divulgue o publicite con destino a terceros no autorizados por la ley para exigirlos ni para conocerlos.

“4. ¿Cómo debe expedirse el certificado judicial en el caso que una persona allegue constancia de que su pena fue cumplida o le fue declarada prescrita pero el delito que cometió fue el de las llamadas inhabilidades intemporales establecidas en los artículos 122, 179 numeral 1, 197, 232, 249, 264 y 267 de la Constitución Política de Colombia?”

En tratándose de las denominadas inhabilidades intemporales, que por su régimen constitucional se encuentran vigentes en todo momento, el certificado de antecedentes judiciales deberá hacerlos constar con toda fidelidad, aún en el caso de que la pena haya sido cumplida o declarada prescrita, siempre y cuando dicho certificado sea solicitado o exigido por las autoridades competentes, y únicamente en aquellos casos en que constitucional o legalmente esté previsto que deban recabar esta información para los asuntos de su competencia.

Por el contrario, si el certificado de antecedentes judiciales se expide para fines particulares o a solicitud de terceros, el DAS debe abstenerse de incluir cualquier anotación que directa ni indirectamente dé noticia sobre la existencia de antecedentes judiciales, so pena de atentar contra derechos constitucionales fundamentales.

Transcribase al señor Director del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA

PRESIDENTE DE LA SALA

LUÍS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO

CONSEJERO

ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO

CONSEJERO

WILLIAM ZAMBRANO CETINA

CONSEJERO

JENNY GALINDO HUERTAS

SECRETARIA DE LA SALA

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1 [Esta cita es de la consulta formulada por el Director del DAS] “Corte Constitucional. Sentencias C-1066 de 2001 M.P. Jaime Araújo Rentería, la C-952 de 2001 M.P. Álvaro Tafur Galvis, la C-1212 de 2001 M.P. Jaime Araújo Rentería, la C-373 de 2002 M.P. Jaime Córdoba Triviño y la C-948 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis”.

2 Corte Constitucional, [Sentencia T-116/04](#). M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

³ Sentencia C-335 de 2008.

4 Cfr. Tutela aprobada mediante acta No. 106 de esa fecha, M.P. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez.

5 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Cfr.: Tutela 47.449, fallo del 29 de abril del 2010. Esta doctrina fue reiterada en las siguientes providencias: Tutela No. 47546, fallo del 4 de mayo del 2010; Tutela No. 47.830, fallo del 20 de mayo del 2010; Tutela No. 49325, del 10 de agosto del 2010; Tutela No. 52.402, fallo del 8 de febrero del 2011, entre otras.

6 Radicado No. 05001 23 31 000 2010 01273 01.

7 Radicado No. 05001-23-31-000-2010-01246-01

8 Cfr., en el mismo sentido, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Expedientes N° 2010-00986-01, N° 2010-01295-01, y 2010-00279-01.

9 Pues pertenece a una esfera de la personalidad que si bien no es íntima o reservada, tampoco es pública ya que no puede ser divulgada indiscriminadamente y sin propósitos constitucionalmente aceptables, o en todo caso de forma desproporcionada.

10 Consultada en la sede electrónica www.senado.gov.co el 17 de junio de 2011.

11 Cfr. Artículo 122, 179 núm. 1, 197, 232, 249, 264 y 267 de la Constitución Política, entre otros.

12 Corte Constitucional, sentencia C- 209 de 2000. Pueden consultarse también las sentencias C-037 de 1996, C-111 de 1998, C-952 y 1212 de 2001, C-372 y 948 de 2002.

13 Corte Constitucional, sentencia C - 952.

14 Ibíd.

15 Cfr. Artículo 179 núm. 1, 197, 232, 249, 264 y 267 de la Constitución Política, entre otros.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 05:29:21