

C-No.103

Panamá, 24 de mayo de 2004.

Doctor

CARLOS A. BARSALLO P.

Comisionado Presidente de la
Comisión Nacional de Valores

E. S. D.

Señor Comisionado Presidente:

En uso de las facultades concedidas por los artículos 217, numeral 5 de la Constitución Política y 6 numeral 1, de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, procedo a contestar su nota consultiva CNV-1019-COM-AL de 30 de abril de 2004, ingresada el 3 de mayo de los corrientes, a través de la cual solicita nuestro criterio respecto a *“si la Comisión Nacional de Valores tiene facultad para solicitar record policivos.”*

Antecedentes de hecho y de derecho

Mediante el Decreto Ley 1 de 8 de julio de 1999 (ley de valores) se crea la Comisión Nacional de Valores (CNV) y se regula el Mercado de Valores en la República de Panamá.

La ley de valores tiene como objetivo principal regular, supervisar y fiscalizar el mercado de valores para **así fomentar y fortalecer su desarrollo como una actividad financiera proporcionando seguridad jurídica a todos los actores y miembros del mercado de capitales.**

Los objetivos a los que se refiere el punto anterior se han logrado con el establecimiento de reglas de buena conducta comercial y normas de éticas, y

la adopción de requerimientos de divulgación de información amplios, así como la supervisión y fiscalización de las actividades de los sujetos regulados por la Ley de Valores.

El artículo 8 de la Ley de Valores establece las atribuciones de la Comisión, el cual expresa lo siguiente:

“Artículo 8. Atribuciones de la Comisión

La Comisión tendrá las siguientes atribuciones:

- (1) Fomentar y fortalecer las condiciones propicias para el desarrollo del mercado de valores en la República de Panamá.
- (2) Resolver sobre las solicitudes de registro de ofertas públicas y cualesquiera otras que se presenten a la Comisión con arreglo a este Decreto-Ley y suspender o cancelar aquellas ofertas públicas que violen disposiciones de este Decreto-Ley o de sus reglamentos.
- (3) Expedir, suspender, revocar y cancelar las licencias de las bolsas de valores, centrales de valores, casas de valores, asesores de inversiones, ejecutivos principales, corredores de valores, analistas, administradores de inversión, y demás licencias que deba otorgar la Comisión con arreglo a lo dispuesto en este Decreto-Ley y sus reglamentos, así como ordenar a cualquiera de éstos la suspensión de cualquier actividad violatoria de este Decreto-Ley o de sus reglamentos, incluyendo la suspensión de operaciones y negociación de valores.
- (4) Establecer reglas de buena conducta comercial y normas de éticas que deban seguir las casas de valores, los asesores de inversión, los ejecutivos principales, los analistas, los corredores de valores, las organizaciones autorreguladas, las sociedades de inversión y administradores de inversión, cuya violación podrá acarrear sanciones disciplinarias.
- (5) Prescribir la forma y el contenido de los estados financieros y demás información financiera de

personas registradas en la Comisión, así como adoptar los principios y las normas de contabilidad que se deban usar en la preparación de éstos; exigir que contadores públicos autorizados e independientes examinen los estados financieros y demás información financiera de personas registradas en la Comisión y rindan informes sobre los mismos; y establecer normas para asegurar la independencia de los contadores públicos autorizados que examinen los estados financieros de las personas registradas en la Comisión, así como normas de auditoría y con relación a la forma y el contenido de los informes preparados por dichos contadores públicos. Con el fin de lograr uniformidad en la presentación de estados financieros, la Comisión favorecerá la adopción de principios de contabilidad y normas de auditoría dictadas por organizaciones nacionales o internacionales de reconocido prestigio.

- (6) Examinar, supervisar y fiscalizar las actividades de las organizaciones autorreguladas, de los miembros de organizaciones autorreguladas, de las sociedades de inversión, de los administradores de inversión, así como de sus respectivos corredores de valores, analistas y ejecutivos principales, según sea el caso, y de cualquiera otra persona sujeta a la fiscalización de la Comisión de acuerdo con el presente Decreto-Ley y sus reglamentos.
- (7) Velar por que las personas sujetas al presente Decreto-Ley cumplan con éste y con sus reglamentos.
- (8) Realizar las inspecciones, las investigaciones y las diligencias contempladas en el presente Decreto – Ley.
- (9) Iniciar procesos colectivos de clase y hacer uso de aquellas otras acciones y medidas a su alcance para hacer cumplir el presente Decreto-Ley y sus reglamentos.
- (10) Imponer las sanciones que establece este Decreto-Ley.
- (11) Emitir opiniones que expresen la posición administrativa de la Comisión en cuanto a la

aplicación del presente Decreto-Ley y sus reglamentos.

- (12) Adoptar, reformar y revocar acuerdos.
- (13) Recomendar al Órgano Ejecutivo la aprobación de los decretos ejecutivos que estime necesarios para la reglamentación del presente Decreto-Ley.
- (14) Aprobar su presupuesto.
- (15) Dictar su reglamento interno y establecer su estructura administrativa.
- (16) Las demás atribuciones que este Decreto-Ley y otros ordenamientos le señalen.
- (17) Autorizar, negar o suspender el registro de las entidades calificadoras de riesgo, que así lo soliciten, para operar en la República de Panamá. Para ello, establecerá mediante reglamento, los requisitos y procedimientos respectivos.”

Cabe señalar que el Decreto Ley y las normas reglamentarias contenidas en los acuerdos dictados por esta Comisión exigen requerimientos específicos que deben ser cumplidos por las personas naturales o jurídicas que solicitan **el otorgamiento de una licencia para realizar actividades relacionadas con el mercado de valores.**

En este sentido, el artículo 47 del citado Decreto Ley establece que “**sólo podrán ocupar el cargo o desempeñar las funciones de ejecutivo principal, de corredor de valores o de analista en la República de Panamá las personas que hayan obtenido la correspondiente licencia expedida por la Comisión.**”

El artículo 50 a su vez, señala los supuestos de incapacidad para ocupar cargos de los sujetos enunciados en el punto anterior, disponiendo que no podrán obtener licencia de ejecutivo principal, de corredor de valores o de analista los que en los últimos diez años hayan sido condenados en la República de Panamá, o en jurisdicción extranjera, por delitos contra el patrimonio, la fe pública, lavado de dinero, inviolabilidad del secreto, por la preparación de estados financieros falsos o que hayan sido condenados por cualquier otro delito que acarree pena de prisión de uno o más años.

Adicionalmente y con igual importancia, la CNV debe exigir, de acuerdo a los artículos 24, 52 y 139 del Decreto Ley 1 de 1999 comprobar, para emitir

licencia a una casa de valores, asesor de inversión, bolsa de valores, central de valores o administrador de inversión, que los directores y dignatarios de estas personas jurídicas cumplen con el artículo 50 citado.

Hechos que motivan la presente consulta:

En la actualidad la Comisión Nacional de Valores, pese a lo que establece el artículo 50 de la Ley de Valores, ha tenido que otorgar licencia a los ejecutivos principales, corredores de valores o analistas sin comprobar debidamente, a través del record policivo, que en los últimos diez años no hayan sido condenados en la República de Panamá, o en la jurisdicción extranjera, por delitos contra el patrimonio, la fe pública, lavado de dinero, inviolabilidad del secreto y por la preparación de estados financieros falsos o que hayan sido condenados por cualquier otro delito que acarree pena de prisión de uno o más años.

De igual forma ha ocurrido con la emisión de licencias a casas de valores, asesores de inversión, bolsa de valores, central de valores o administrador de inversión, toda vez que los directores y dignatarios de estas personas jurídicas deben cumplir con lo dispuesto en el artículo 50 del citado párrafo.

Como puede observarse la exigencia de conocer si algún sujeto que quiere participar en actividades relacionadas con el mercado de valores ha sido condenado en los últimos diez años, ya sea en Panamá o en una jurisdicción extranjera por delitos contra el patrimonio, la fe pública, lavado de dinero etc., se ha visto truncado al momento que la Comisión Nacional de Valores solicita formalmente a la Policía Técnica Judicial el record policivo el cual ha sido negado, en reiteradas ocasiones.

Criterio de la Dirección de Asesoría Jurídica:

La Comisión Nacional de Valores fue creada mediante Decreto Ley 1 de 1999 como entidad autónoma del Estado cuya finalidad exclusiva es regular y fiscalizar el mercado de valores en la República de Panamá.

La Dirección Nacional de Asesoría Jurídica de la Comisión Nacional de Valores es del criterio que la Comisión, es una autoridad administrativa que la ley le faculta investigar y decidir las faltas administrativas cometidas dentro del contexto del mercado de valores, tal como lo señala el artículo 8 de la Ley de Valores, así como al hecho de que las licencias que expide están

supeditadas a la probidad y honestidad de los solicitantes, toda vez que la labor que estas personas desempeñan exige la observancia de los más altos estándares éticos y es por ello que se señala este requisito como elemento esencial para el otorgamiento de dichas licencias.

Por otro lado, la Ley N°.66 de 19 de diciembre de 2001 “que regula la expedición del récord policivo, modifica y adiciona disposiciones a la ley 16 de 1991, Orgánica de la Policía Técnica Judicial” señala en su artículo 2 que modifica el artículo 38 de la Ley 16 de 1991 que “las autoridades con competencia para investigar y decidir delitos o faltas, las autoridades con jurisdicciones especiales creadas por la Constitución Política o la ley y las autoridades administrativas, solo podrán solicitar copia o certificación del record policivo o certificaciones de las fotografías, de los datos de filiación y de las huellas dactilares de las personas condenadas por delitos o faltas punibles sancionadas mediante resoluciones firmes de las autoridades respectivas, que se mantienen en estricto orden alfabético y cronológico, en el Gabinete de Identificación Personal del Departamento de Identificación Judicial”. (Lo subrayado es de la Comisión)

Con base en las limitaciones expuestas, la Comisión considera que se debe contar con el historial policivo de aquellos sujetos que por mandato legal se encuentran en la obligación de presentar dicho documento en la Comisión y sobre las cuales se encuentra en el deber legal de cerciorarse, formalmente, previa **a la expedición de la licencia** que les permite operar en o desde Panamá, que en los últimos diez años, no han sido condenados en la República de Panamá, por delitos contra el patrimonio, la fe pública, lavado de dinero, inviolabilidad del secreto, por la preparación de estados financieros falsos o que hayan sido condenados por cualquier delito que acarree pena de prisión de uno o más años.

Dictamen de la Procuraduría

En efecto, sobre este tópico la Procuraduría de la Administración se ha pronunciado en un sinnúmero de ocasiones, por lo que, transcribiremos algunas de las opiniones vertidas en relación al Récord Policivo.

Desde nuestra perspectiva jurídica, la cuestión consultada gira en torno a saber qué autoridades están legalmente facultadas para solicitar u obtener de parte de la Policía Técnica Judicial, el historial policivo y penal de las personas. En

este sentido, deberíamos saber qué se entiende por “autoridades administrativas” a la luz de la Ley 66 de 2001.

En otro giro, es importante el determinar, si las normas especiales que establecían el requisito de la presentación del “récord policivo” en trámites administrativos, se encuentran vigentes.

Con la finalidad de analizar la situación presentada, veamos lo que dispone la legislación nacional en esta materia.

Derecho aplicable.

La Ley 66 de 19 diciembre de 2001.

En esta nueva Ley #.66 de 19 diciembre de 2001 regula la expedición del récord policivo, modifica y adiciona disposiciones a la Ley 16 de 1991, orgánica de la Policía Técnica Judicial y se encuentra publicada en la Gaceta Oficial #.24,457 de 21 de diciembre de 2001.

Para el caso bajo análisis es oportuno señalar que, esta Ley introduce importantes reformas al numeral 6 del artículo 22, reforma el artículo 38, adiciona el artículo 38 A, y, los artículos 6 y 7, todos de la Ley N°.16 de 9 de julio de 1991, publicada en la Gaceta Oficial N°21.830 de 16 de julio de 1991, “Por la cual se aprueba la Ley Orgánica de la Policía Técnica Judicial, como una dependencia del Ministerio Público”. En términos específicos, aquellas disposiciones de la Ley Orgánica de la Policía Técnica Judicial, quedan así:

“Artículo 22. Son funciones del Director General¹:

1. Preparar el Reglamento de la Institución y someterlo a la consideración del Procurador General de la Nación para su aprobación.
2. Velar por el cumplimiento de esta Ley y sus reglamentos y por el buen funcionamiento de todas las dependencias del organismo.
3. Enviar oportunamente al Procurador General de la Nación el Proyecto de presupuesto de gastos de la Institución.

¹ Por medio de la Sentencia de 26 de junio de 1995, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia declara que la frase “o los particulares” es Constitucional. Aparece en el Registro Judicial de junio de 1995.

4. Imponer sanciones disciplinarias a los empleados de la Institución que cometan faltas conforme al Reglamento. Los empleados que cometan delitos serán puestos a órdenes de los funcionarios competentes del Ministerio Público.
5. . Conceder a cada empleado subalterno una placa o insignia, que llevará oculta, para que pueda ser identificado; y si fuese necesario, les autorizará para portar armas cuando actúen en la persecución de delincuentes, o en defensa de la Nación o de las instituciones públicas, o de la vida o integridad de las personas o de sus propiedades; o de las autoridades legalmente constituidas.
6. **Firmar o autorizar al Subdirector o al Secretario General para que firme los certificados sobre historiales penales y policivos que soliciten las autoridades competentes.**
7. Rendir al Presidente de la República, a los Ministros de Estado, a las autoridades judiciales, o del Ministerio Público, o administrativas, y a la Fuerza Pública, los informes y certificados que le soliciten en asuntos que guarden relación con el ejercicio de sus funciones.
8. Rendir un informe anual al Procurador General de la Nación y a la Corte Suprema de Justicia, sobre la marcha de la Institución e indicar las reformas que convengan hacer.
9. Todas las demás que le señale esta Ley y sus reglamentos”. (Resaltado de la Procuraduría).

Con anterioridad a esta reforma el numeral 6 del artículo 22 de la Ley 16 de 1991, establecía que era función del Director General: “Firmar, o autorizar al

Subdirector o Secretario General para que firme, los certificados sobre historiales policivos que le soliciten las autoridades o **los particulares**”.

Otras normas de importancia en esta nueva reglamentación del historial policivo y penal son las siguientes:

“**Artículo 38.** Las autoridades con competencia para investigar y decidir delitos o faltas, las autoridades con jurisdicciones especiales creadas por la Constitución Política o la ley y las autoridades administrativas sólo podrán solicitar copia o certificación del récord policivo o certificaciones de las fotografías, de los datos de filiación, huellas dactilares de las personas condenadas por delitos o faltas punibles sancionadas mediante resoluciones firmes de autoridades respectivas, que se mantienen en estricto orden alfabético y cronológico, en el Gabinete de Identificación Personal del Departamento de Identificación Judicial.

Toda información recopilada en dicho Gabinete **será para la exclusiva determinación de la reincidencia, habitualidad y profesionalismo, regulados en el Código Penal**”. (El resaltado es nuestro)

“**Artículo 38 A.** En los casos en que se requiera el historial penal y policivo para ser utilizado en el exterior, la parte interesada lo solicitará a través del Ministerio de Relaciones Exteriores”.

“**Artículo 6. Queda prohibido el uso de la información a que se refiere esta Ley para fines diferentes a los expresamente autorizados**”.

“**Artículo 7.** Esta Ley modifica el numeral 6 del artículo 22 y el artículo 38; adiciona el artículo 38 A la Ley 16 de 9 de julio de 1991, Orgánica de la Policía Técnica Judicial, y **deroga** los decretos Ejecutivos 90 de 24 de febrero de 1956 y 37 de 2 de

febrero de 1993, **así como cualquier disposición que sea contraria**". (el resaltado es nuestro)

Con anterioridad a esta reforma el artículo 38 la Ley 16 de 1991 establecía que:

“El Departamento de Identificación Judicial mantendrá en otra sección del Gabinete de Identificación Personal, en estricto orden alfabético y cronológico, las fotografías, datos de filiación, huellas dactilares e historiales penales de los reos, de delitos o faltas punibles sancionadas mediante resoluciones firmes de autoridades nacionales. Las copias o certificaciones de estos documentos podrán ser solicitadas por el respectivo dueño del historial, por su cónyuge no separado, por parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o por persona que pruebe estar autorizada por aquél para hacer la solicitud.

Las autoridades podrán solicitar copias o certificaciones relativas a esos documentos, para usarlos en asuntos de su competencia, y en este caso el certificado se expedirá libre de derechos”.

LEY DE TRANSPARENCIA

LEY No. 6

De 22 de enero de 2002

Que dicta normas para la transparencia en la gestión pública, establece la acción de Habeas Data y dicta otras disposiciones

Artículo 1. Para efectos de la aplicación e interpretación de esta Ley, los siguientes términos se definen así:

5. Información confidencial. Todo tipo de información en manos de agentes del Estado o

de cualquier institución pública que tenga relevancia con respecto a los datos médicos y psicológicos de las personas, la vida íntima de los particulares, incluyendo sus asuntos familiares, actividades maritales u orientación sexual, su historial penal y policivo, su correspondencia y conversaciones telefónicas o aquellas mantenidas por cualquier otro medio audiovisual o electrónico, así como la información pertinente a los menores de edad. Para efectos de esta Ley, también se considera como confidencial la información contenida en los registros individuales o expedientes de personal o de recursos humanos de los funcionarios.

Artículo 16. Las instituciones del Estado que nieguen el otorgamiento de una información por considerarla de carácter confidencial o de acceso restringido, deberán hacerlo a través de resolución motivada, estableciendo las razones en que fundamentan la negación y que se sustenten en esta Ley.

Artículo 20. El funcionario requerido por el Tribunal que conoce del Recurso de Habeas Data, que incumpla con la obligación de suministrar la información, incurrirá en desacato y será sancionado con multa mínima equivalente al doble del salario mensual que devenga.

En caso de reincidencia, el funcionario será sancionado con la destitución del cargo.

Interpretación del derecho aplicable, en relación con la consulta de marras.

Aspectos Generales.

La regla en materia de información está actualmente contenida en Ley No.6 de 22 de enero de 2002, que norma la transparencia en la gestión pública, establece la acción de Habeas Data y dicta otras disposiciones. En materia de la información penal y policiva, la Ley 66 de 2001, es especial. Ambas normas destacan con claridad el principio de publicidad de la información pública y de confidencialidad de la información personal o individual de los sujetos de derecho. En este sentido se considera información confidencial:

“Todo tipo de información en manos de agentes del Estado o de cualquier institución pública que tenga relevancia con respecto a los datos médicos y psicológicos de las personas, la vida íntima de los particulares, incluyendo sus asuntos familiares, actividades maritales u orientación sexual, su historial penal y policivo, su correspondencia y conversaciones telefónicas o aquellas mantenidas por cualquier otro medio audiovisual o electrónico, así como la información pertinente a los menores de edad. Para efectos de esta Ley, también se considera como confidencial la información contenida en los registros individuales o expedientes de personal o de recursos humanos de los funcionarios²”.

En la regulación de los historiales o antecedentes policivos y penales, se trata de defender –dentro de lo posible- la esfera de lo privado frente a la de lo público; al individuo frente a la injerencia de lo estatal. Ésta es, pues, que razón válida para establecer una limitación a los órganos estatales que tienen la facultad de acceder a la información del récord policivo y penal.

En la Ley 66 de 2001, se indica **con suma claridad que los fines o propósitos** que se debería esgrimir para el uso de esa información llamada “historial policivo y penal” **debe ser la reincidencia, habitualidad y profesionalismo, como elementos a probar en la calificación de acciones sancionadoras ya sean en el campo judicial o administrativo.**

No cabe duda que la idea axial sobre la cual se regula esta materia es que, a pesar de que una persona haya cumplido con una determinada sanción, a través de la existencia de antecedentes penales, la nueva conducta

² Esta es una definición dada por el artículo 1 de la Ley 6 de 2001.

potencialmente infractora, se verá automáticamente afectada por un incremento de la pena, tanto en los casos de reiteración, como en los de reincidencia, pluri reincidencia y habitualidad, llegando incluso a poder convertir una falta administrativa en delito. Igualmente, los efectos de la existencia de antecedentes se dejan sentir con especial significancia a la hora de determinar o denegar la remisión condicional, libertad condicional e, incluso, cuando se trata del indulto condicional anticipado. En lo referente a los efectos en el campo de la vida social y profesional, el hecho de que una persona haya sido condenada con anterioridad produce de modo automático el impedimento, o entorpece, el ingreso en los Cuerpos del Estado, la obtención de pasaportes o de licencias, permisos para conducir, etc.

Así podemos decir con el autor español, Manuel Grosso Galván³ que, nos encontramos, pues, con una Institución cuya finalidad es la de suministrar datos, y que esos datos provocan una serie de consecuencias jurídicas de importancia.

Ahora bien, a partir de la Ley 66 de 2001 y la normativización de los antecedentes penales y policivos, como fuente de información, se pretende que sus consecuencias no vayan más allá de lo deseado; de aquí que pueda hablarse de una doble vertiente a la hora de poder ofrecer dicha información. De un lado **no todo organismo oficial tendrá acceso a dicha información, y de otro, en el ámbito privado, tampoco se podrá acceder libremente a los antecedentes penales y policivos de cualquier persona.** En ambos casos, tanto en los supuestos de informaciones privadas como en los de informaciones públicas, será necesario que exista una auténtica corrección entre fines de los antecedentes y la posibilidad de conceder dicha información.

En la Ley 66 de 2001 se disponen límites para el acceso de cualquier órgano público a la información. En este sentido, se afirma que sólo “las autoridades con competencia para investigar y decidir delitos o faltas, las autoridades con jurisdicciones especiales creadas por la Constitución Política o la ley y las **autoridades administrativas**” podrán hacer uso de la información contenida en el récord policivo. Por esto sería necesario hacer una delimitación conceptual de lo que en el ámbito penal se entiende por autoridad. Esto ya que, si no se precisa este concepto, seguiríamos con el mismo problema existente antes de la Ley 66.

³ GROSSO GALVAN, Manuel. Los antecedentes Penales: Rehabilitación y Control Social; Editorial Bosch; Barcelona; España, 1999, Pág.209.

Y es que un acceso sin limitaciones por parte de cualesquiera organismos público en una sociedad como la actual, en donde los campos de lo privado y lo público están cada día más borrosos, harían del principio de la información oficial, que limita la intromisión en la esfera privada de actuaciones públicas; algo aún más inservible; amén de convertir los intentos de rehabilitación e inserción de los penados, en la vida social, algo meramente ilusorio. O sea que, la Ley 66 de 2001, pretende que se evite convertir el récord policivo en un objeto de marginación social y que se imposibilite la verdadera y real incorporación a la sociedad por parte de las personas que, por una razón u otra, posean antecedentes.

Condiciones impuestas por la nueva Ley 66 de 2001, para que se expida el certificado o historial policivo y penal.

Según se ha visto, el uso del historial policivo y penal tiene una finalidad “exclusiva”: **la “determinación de la reincidencia, habitualidad y profesionalismo”, según se encuentran estas instituciones jurídicas reguladas “en el Código Penal”.**

El concepto de autoridad, en el campo penal.

La definición deberá enmarcarse en el ámbito penal. Y ya en el campo del derecho punitivo, “se reputará autoridad a la que por sí solo o como individuo de alguna corporación o tribunal tuviere mando o ejerciere jurisdicción propia. Se reputarán también autoridades los funcionarios del Ministerio Público (o Fiscal). En la legislación penal la noción de funcionario público se asimila a la de servidor público⁴. Así tenemos que es servidor público, “la persona nombrada temporal o permanentemente en cargo del Órgano Ejecutivo, Legislativo y Judicial, de los municipios, entidades autónomas o semiautónomas y, en general, la que perciba remuneración del Estado⁵”. En el caso de la noción de servidor público, del Código penal, este enfatiza que la persona del funcionario debe participar del ejercicio de funciones públicas.

Se ha destacado por la doctrina⁶ que, aunque en esta definición a efectos penales aparece una clara distinción entre autoridad y funcionario, lo cierto es

⁴ Ver el artículo 132, numeral 8; 147, 153,165,265,292,322, entre otros del Código Penal.

⁵ Ver el artículo 294 de la carta Política y el artículo 2 de la Ley 6 de 20 de junio de 1994, publicada esta última en la Gaceta Oficial numero 22, 562 de 21 de junio de 1994.

⁶ En este sentido doctrinal nos haremos asistir de las nociones dadas por el Diccionario Enciclopédico de Derecho, editado por la editorial española Aranzadi.

que resulta prácticamente imposible imaginar una autoridad que a la vez no sea funcionario; más sencillo parece pensar en un funcionario que no resulte autoridad, si bien se ha observado que todos los funcionarios necesitan en el cumplimiento de su función ejercitar un cierto imperio, participar del ejercicio de una cierta autoridad.

En cualquier caso, el concepto de funcionario o servidor público, parece más genérico que el de autoridad o, al menos, más amplio.

En el artículo 340 del Código Penal se deja ver una sutil diferencia entre servidor público y autoridad, al referirse este artículo al funcionario que evite, por medio de un agente de la policía, el cumplimiento de “órdenes legales de la autoridad o las sentencias o mandatos judiciales”. Es decir que se trasluce una diferencia entre los actos de autoridades, que podrían ser orden de hacer o sentencias, de las actuaciones de los meros servidores públicos.

Esta diferenciación se ve con mayor nitidez en el título XI del Libro segundo del Código penal, sobre “delitos contra la Administración de Justicia”, específicamente en los artículos 351, 352, 353, 355, 356, (numeral 2) y 363.

En estos delitos contenidos en el Código Penal, con la buena y recta administración de justicia, se sanciona, por ejemplo la falsa denuncia penal, “ante la autoridad⁷”, la declaración falsa de testimonio “ante la autoridad⁸”, el hecho de inculpar a una persona falsamente, “ante la autoridad⁹”, el perito o interprete que afirme hechos falsos “ante la autoridad competente¹⁰”, y además el que encubra a los delincuentes obstaculizando las investigaciones de “la autoridad¹¹”. Así según se ven tiene relevancia el carácter de autoridad o funcionario judicial o del Ministerio Público, y que el concepto o la noción de servidor público, se refiere a toda funcionario. Pudiéndose decir que es en sentido penal, autoridad es aquella persona que adopta decisiones que vinculan a la administración, pero en el campo del derecho sancionador o punitivo administrativo, nos referimos a los funcionarios que ejercen funciones policivas. Así no toda autoridad en sentido penal lo es en sentido administrativo. La autoridad a efectos penales se caracteriza por dos elementos: el modo de atribución de competencias, que son por lo general con

⁷ Ver artículo 315 del Código Penal

⁸ Ver artículo 352 del Código Penal

⁹ Ver artículo 353 del Código Penal

¹⁰ Ver artículo 355 del Código Penal

¹¹ Ver artículo 363 del Código Penal.

delegación de poderes coercitivos y el ejercicio de funciones públicas de policía administrativa.

Así pues, el concepto penal de autoridad se caracteriza por el ejercicio (individual o como miembro de una corporación o tribunal) de mando o jurisdicción propia. El mando se refiere a una actividad que se podría definir como tener la capacidad de dictar órdenes vinculantes, mientras que la jurisdicción implicaría la capacidad de resolver en asuntos judiciales o administrativos. No serán autoridades los que no tengan estos atributos, pero no cabe duda que sí seguirán siendo funcionarios o servidores públicos.

Y es que la autoridad, es la forma de poder, con frecuencia usada en términos más amplios para referirse a la capacidad de las personas para esgrimir la facultad resultante de sus cualidades por ejemplo las facultades de decidir en causa judiciales o administrativas, controversias entre particulares o de hacer prevalecer los intereses públicos.

Ahora bien este tipo de “autoridad” penal, no se refiere a la “autoridad formal en el campo del derecho administrativo”, que es el poder que existe cuando el subordinado o la parte influida reconoce que la parte influyente tiene “derecho”, o la facultad legal, de ejercer influencia dentro de ciertos límites.

Esto es así ya que en el campo del derecho administrativo existe el concepto de “Autoridad Funcional” que es la facultad que tiene los miembros de los departamentos staff para controlar las actividades de otros departamentos en razón de su relación con responsabilidades específicas como staff.

Relación entre las facultades de policía y el historial de policía y penal.

Solamente los funcionarios administrativos que dirigen o representan a los entes públicos, en ejercicio de funciones de policía; podrían estar legitimados para solicitarle al Director de la Policía Técnica Judicial, el récord policivo. Y la finalidad o razón de ser del uso de esta información sólo puede ser, el dirigir su acción pública **en la averiguación, análisis e investigación de hechos antijurídicos de peligrosidad**, y que la ley haya calificado de tales (es decir que ponen en peligro altos bienes jurídicos), dándole a los funcionarios la posibilidad de establecer sobre los infractores, sanciones de tipo policivo.

¿Serán estos requisitos, normas de derecho tendientes a tomar en cuenta la reincidencia, habitualidad y profesionalismo de los radiodifusores, en razón de un proceso investigativo de tipo policivo?

Desde nuestra perspectiva, estas normas han quedado rebasadas por la nueva Ley 66 de 2001, por una razón elemental, la finalidad de probar las calificaciones profesionales de un postulante a una licencia o un cargo público, **no está contemplada dentro de los límites de aquella ley, para que se permita el uso del récord.** En consecuencia, no pueden exigírsele hoy en día a las personas que pretendan dicha licencia.

Ahora bien, otra cosa sería si una persona **que ya posea su licencia** o un cargo o puesto público, y **esté siendo sometido a un proceso de investigación** y la autoridad requiera **tener presente sus antecedentes para poder delimitar así, la sanción que podría aplicar.** En este supuesto, el funcionario administrativo, que no puede ser una persona distinta del Ministro, Director de la Entidad descentralizada, **Presidente de la Comisión** o Gerente del cuerpo o empresa pública, en fin, el representante legal de esa entidad; el que está legitimada a solicitar esa información del Director de la Policía Técnica Judicial.

Otro supuesto que tal vez justifique el uso del récord, es cuando la Ley exige que una persona no podrá realizar o seguir realizando funciones públicas, si ha sido condenado con la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, o no puede ejercer determinadas actividades o profesión autorreguladas.

En otro orden de ideas, en el artículo 1 de la Ley 6 de 2002, se establece con claridad que los historiales penales son “confidenciales”, lo cual quiere decir, que si se brinda esta información, el funcionario podría ser sancionado conforme a lo establecido en el artículo 20 de la misma Ley de Transparencia.

Conclusión.

De las ideas expuestas se puede concluir que:

1. Hoy en día el uso de la información llamada historial policivo y penal, de conformidad con la Ley 66 del 2001 tiene fines muy específicos: ser elemento de convicción a los funcionarios del poder de policía administrativo o judicial (agentes del Órgano Judicial y Ministerio Público) la reincidencia,

habitualidad y profesionalismo del sujeto que se encuentre afectado por una investigación de tipo administrativo o judicial.

2. Las autoridades administrativas, **no podrán exigir o solicitar este tipo de información, si la finalidad de la decisión que pretenden adoptar no busca el probar esas cualidades de reincidencia, habitualidad y profesionalismo.**

3. Esto significa que hoy en día el legislador ha querido derogar, por serles contrarias, aquellas disposiciones que le concedía al historial policivo y penal, la finalidad de probar, por ejemplo la calificación o idoneidad para el ejercicio de labores o trabajos en el campo público o privado.

4. La nueva legislación no permite que se tome el historial policivo o penal de una persona, como prueba de la comisión de hechos punibles, para con esa base prolongar aún más la sanción penal o policiva que se cumplió y le fue previamente impuesta, a aquella persona.

5. Si el funcionario de la Policía Técnica Judicial recibe una solicitud de un historial policivo, deberá exigir la sustentación de los hechos que motivan la misma, para que quede plasmado el grado de conexión entre la certificación del historial penal y la causa penal o administrativa específica, para lo cual se solicita dicho documento o certificación.

6. Si el funcionario de la Policía Técnica Judicial, brinda ese tipo de información de carácter confidencial, a los funcionarios o sujetos no indicados en la Ley 66 de 2001, podría ser sancionado con multa mínima con el equivalente al doble de su salario; además de las responsabilidades penales y civiles que podría producirse.

Este despacho, considera que el Récord Policivo, no debe ni puede ser exigido, por las autoridades administrativas; si el objeto de la acción administrativa no tiene la finalidad de enmarcarse dentro de **un procedimiento administrativo**, dentro del cual es necesario la información solicitada, tales como: los procedimientos administrativos disciplinarios (para sancionar algún funcionario), o los procedimientos de investigación sobre la inmigración ilegal o los procesos de investigación por delitos financieros contenidos en la Ley 45 de 2003, cuando su finalidad sea la de probar la cualidades de reincidencia, habitualidad y profesionalismo.

El artículo 2 de la Ley 66 de 19 de diciembre de 2001 indica que “las autoridades con competencia para investigar y decidir delitos o faltas, las autoridades con jurisdicciones especiales creadas por la Constitución Política o la ley y las autoridades administrativas, sólo podrán solicitar copia o certificación del Récord Polícivo” se está refiriendo a los representantes legales de los entes públicos solicitantes; a menos que se trate de Corregidores, Alcaldes, Gobernadores y la Excelentísima Presidenta de la República, pues, ellos son autoridades de policía. Así que, el Departamento de Investigaciones Judiciales, puede entregar a los funcionarios de policía, a los representantes legales de los entes públicos esa información.

Recomendaciones:

1. La Comisión Nacional de Valores deberá modificar sus leyes e incorporar dentro de sus facultades legales la solicitud de record policivos en estos casos planteados.
2. Obtener declaraciones juradas notariadas de los interesados en obtener licencias para ejercer la actividad de valores, en las cuales declaren que no han sido condenados en los últimos diez años o en una jurisdicción extranjera, por delitos contra el patrimonio, por delitos contra la fe pública, por delitos relativos al lavado de dinero, por delitos contra la inviolabilidad del secreto, por la preparación de estados financieros falsos o que hayan sido condenadas por cualquier delito que acarree pena de prisión de uno o más años.

Con la pretensión de haber colaborado con su despacho, quedamos de usted, atentamente.

Alma Montenegro de Fletcher.
Procuradora de la Administración

AMdeF/20/cch.