

C-285

Panamá, 18 de septiembre de 2002.

Licenciada

Berta Sánchez-Galán

Directora de Empresas Financieras

Licenciado

Javier Vallarino

Director Nacional de Comercio

Ministerio de Comercio e Industrias

E. S. D.

Sus Excelencias:

A través de la presente, le brindamos nuestra opinión jurídica, en torno a su *consulta administrativa*, identificada DEF-321-02, relacionada con la aplicación e interpretación de la Ley 66 de 19 de diciembre de 2001, sobre el historial policivo y penal.

La consulta

Específicamente se nos consulta si las reglas de interpretación del derecho permiten considerar que la Ley 42 de 23 de julio de 2001, siendo norma especial, se debe aplicar con preferencia a la ley 66 de 2001, que la cual, es norma general.

Concretamente nos indica lo siguiente:

“El día 26 de junio de 2002, recibimos solicitud para operar una empresa financiera. El abogado que presentó los documentos, también anexó cheque por la suma de B/.1,000.00 para el pago de la cuota de autorización, copias de cédula autenticadas de los Directivos tal y como lo establece la Ley 42 de 23 de julio de 2001. Sin embargo, las solicitudes de historial policivo ante la Policía Técnica Judicial, uno de los requisitos que establece el Artículo 8 numeral 4 y el Artículo 10 numeral 7 de la Ley 42 de 2001,

no se pudieron presentar debido que al solicitar los documentos en la Policía Técnica Judicial se hizo referencia a la Ley 66 de 19 de diciembre de 2001 y a la Ley 6 de 22 de enero de 2002”.

La anterior duda se sustenta en una valiosa opinión jurídica del consultante, que se transcribe seguidamente:

“Es oportuno señalar que el Capítulo III del Código Civil, Interpretación y Aplicación de la Ley, en su Artículo 14, señala que cuando en los Códigos de la República (se refiere a incompatibilidad entre leyes especiales y entre leyes especiales y los códigos) se encuentran algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las siguientes reglas.

Primero: La disposición relativa a un asunto especial, o negocio o caso particular se prefiere a la que tiene carácter general.

Segundo: Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad y se hallaron en un mismo Código, se preferirá la disposición consignada en el Artículo posterior y si estuviere en diversos Códigos o leyes, se preferirá la disposición del Código o la Ley especial sobre la materia de que se trate.

Siendo la Ley 42 de 23 de julio de 2001 una ley especial, en nuestra opinión que, ni el Artículo 2 de la Ley No.66 de 19 de diciembre de 2001, ni el Artículo 1 numeral 5 de la Ley No.6 de 22 de enero de 2002, son fundamento legal para negar la expedición de Récord Policivo por parte de la Policía Técnica Judicial a la Dirección de Empresas Financieras, pues la misma está facultada para solicitarlas.

Los hechos sobre los cuales se justifica su consulta son como sigue:

1. La nueva Ley 66 de 2001 establece de manera específica y directa que se derogan las disposiciones especiales que exigían la presentación del “Récord Policivo”.
2. La Ley 66 de 2001 establece que “las autoridades” serán las responsables de solicitar los “Récord Policivos”, ante la Policía Técnica Judicial.

3. Esta Procuraduría emitió opinión consultiva respecto de la interpretación de esta ley, en la cual afirmamos que las reglas de solicitar y obtener el historial policivo, han cambiado en el sentido de prohibir que se brinde ese importante documento a los funcionarios, que poco o nada tienen que ver con la investigación de responsabilidades de orden penal, policivo o en términos generales, en ejercicio del Poder Sancionador del Estado.
4. Los Directores del Ministerio de Comercio e Industrias, relacionados con la actividad de las "empresas financieras", en lo sucesivo el Ministerio se preguntan si la anterior regla es igualmente aplicable en el caso de las solicitudes de historiales policivos que hace el Ministerio de Comercio o los particulares, en cumplimiento de los requisitos legales exigidos para operar una empresa financiera.
5. Sobre este punto, es prudente recordar los fines públicos custodiados por la Ley 66 de 2001, para permitir el acceso a los historiales policivos.
6. Y además saber si las reglas establecidas en la Ley 66 de 2001 deroga las disposiciones de la Ley 42 de 2001.

Nuestra Opinión.

Procedemos a analizar el tema de la siguiente manera:

Derecho aplicable.

La Ley 66 de 19 diciembre de 2001.

En la Ley #. 66 de 19 diciembre de 2001 se "regula la expedición del record 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.

Es oportuno señalar que, en esta Ley se hacen importantes reformas a la Ley Nº16 de 9 de julio de 1991, "Por la cual se aprueba la Ley Orgánica de la Policía Técnica Judicial como una dependencia del Ministerio Público".

Las disposiciones reformadas 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.

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.

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.
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.

1. 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.

2. Firmar o autorizar al Subdirector o al Secretario General para que firme los certificados sobre historiales penales y policivos que soliciten las autoridades competentes.

3. 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.

4. 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.

5. Todas las demás que le señale esta Ley y sus reglamentos". (la negrita es de la Procuraduría de la Administración)

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)

La Ley 42 de 2001².

“**Artículo 8.** La solicitud de que trata el artículo anterior, deberá acompañarse de la siguiente documentación:

1. Certificado expedido por un contador público autorizado, respecto al capital pagado por el solicitante para operar la empresa.
2. Cheque certificado a favor del Ministerio de Comercio e Industrias.
3. Descripción de los objetivos, y de las proyecciones económicas y financieras de la empresa.
4. Historial penal y policivo del solicitante, en el que conste que no ha sido penado por delitos, contra el patrimonio, contra la fe pública, contra la administración pública o de blanqueo de capitales”.

“**Artículo 10.** La solicitud de que trata el artículo anterior, deberá acompañarse de los siguientes documentos:

1. Copia de la escritura pública de protocolización del pacto social y de las reformas, si las hubiere, debidamente inscritos en el Registro Público.
2. Certificado del Registro Público expedido dentro de los treinta días anteriores a la fecha de la presentación de la solicitud, donde conste la vigencia y datos de inscripción de la sociedad, su capital social y, el nombre de sus directores, dignatarios, representante legal y apoderado general si lo hubiere.
3. Cheque certificado a favor del Ministerio de Comercio e Industrias.
4. Fotocopia autenticada de la cédula de identidad personal de sus directores, dignatarios, representante legal y apoderado general si lo hubiere.
5. Certificado expedido por un contador público autorizado, respecto al capital suscrito y pagado de la sociedad.
6. Descripción de los objetivos y de las proyecciones económicas y financieras de la empresa.
7. Historial penal y policivo en el que conste que los directores, dignatarios, representante legal o apoderado general si lo hubiere, no han sido penados

² Publicada en la Gaceta Oficial N° 24,353, del jueves 26 de julio de 2001.

por delitos contra el patrimonio, contra la fe pública, contra la administración pública o de blanqueo de capitales”.

En el Código Civil.

“**Artículo 14.** Si en los códigos de la República se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes:

1. La disposición relativa a un asunto especial, o a negocios o casos particulares, se prefiere a la que tenga carácter general.
2. Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad y se hallaren en un mismo Código, se preferirá la disposición consignada en el artículo posterior, y si estuviere en diversos códigos o leyes, se preferirá la disposición del Código o ley especial sobre la materia de que se trate”.

“**Artículo 36.** Estímase (sic) insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería”³.

Interpretación del derecho aplicable, en relación con la presente consulta.

Desde una perspectiva legal es necesario analizar si la Ley 66 de 2001 es ley general respecto del derecho al acceso a la información de tipo personal.

Debe recordarse que la garantía de resguardo de la información de tipo personal, se encuentra consagrada en tres leyes de muy reciente sanción. En su orden cronológico estas son: la Ley 66, “que regula la expedición del récord policivo, modifica y adiciona disposiciones a la Ley 16 de 1991, orgánica de la Policía Técnica Judicial”; la Ley 6 de 2002⁴, “que dicta normas para la transparencia en la gestión pública, establece la acción Habeas Data y dicta otras disposiciones” y la Ley 24 de 2002⁵, “que regula el Servicio de Información sobre el Historial de Crédito de los Consumidores o Clientes”.

En estas disposiciones los datos personales, entre los cuales se encuentra los historiales policivos y penales, son totalmente confidenciales, por lo tanto estas normas hacen un estudio pormenorizado de una información especial y especializada: los historiales de información individuales de las personas. Y llega a

³ Este Artículo fue Subrogado por el Artículo 1 de la Ley N° 43 de 13 de marzo de 1925, publicada en la Gaceta Oficial N° 4.622 de 25 de abril de 1925.

⁴ Publicada en la Gaceta Oficial 24, 476 de 23 de enero de 2002.

⁵ Publicada en la Gaceta Oficial 24,559 de 24 de mayo de 2002.

afirmar que solo se podrá tener acceso a este tipo especial de información, si se demuestra:

1. Ser solicitado por el propio interesado al cual se refiere la información personal, y
2. Si es una autoridad pública administrativa, ésta debe demostrar que dicha información se requiere dentro de competencias administrativas jurisdiccionales, es decir de juzgamiento de un proceso en la vía gubernativa, en el cual se menciona a una persona específica como posible sujeto de potenciales sanciones administrativas. En otras palabras, en ejercicio de funciones administrativas sancionatorias.

Para el caso en estudio ello significa que, si bien la Ley 42 de 2001 regula de manera especial la actividad de las empresas financieras, ella no pretende regular el acceso o limitación de la información denominada confidencial; por lo tanto, no puede decirse que es legislación especial en cuanto a este tipo de información.

Por otra parte, las dos o tres leyes que se refieren a la información confidencial, son de promulgación más reciente que la Ley 42 de 26 de junio de 2001; por lo tanto se debe presumir que aquellas leyes son la expresión de la última reflexión del legislador, por lo tanto, se deben tener por derogadas las disposiciones de las leyes precedentes que permitían el acceso a la información de tipo personal. Claro está, excepto las que traten de leyes que establezcan la necesidad de usar el historial, como medio de averiguar la personalidad de un sujeto que está pendiente de sanción administrativa o trámite administrativo especial.

Algunos aspectos sobre la nueva normativa sobre la limitación de acceso al historial policivo y penal.

La regla en materia de información está actualmente dada por la Ley No.6 de 22 de enero de 2002, que dicta normas para la transparencia en la gestión pública, establece la acción de Hábeas Data y dicta otras disposiciones, y especialmente en materia de la información penal y policiva de las personas por la Ley 66 de 2001. En ambas normas se establece 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 establece qué se debe entender por Información confidencial, y se dictamina lo siguiente:

“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 funcionarios⁶”.

Como queda explicado, de lo que se trata en la regulación de los historiales o antecedentes policivos y penales, es de defender –dentro de lo posible– la esfera de lo privado frente a lo público; al individuo frente a la ingerencia ilimitada de autoridades, y es la única razón válida a la hora de determinar una limitación de los órganos estatales en el ejercicio de la facultad de acceder libremente a la información del archivo policivo y penal de una persona.

En nuestro Código Penal los antecedentes penales y policivos, es decir la anotación y posible conocimiento de una condena pasada; aparecen, por un lado, como base para una serie de consecuencias jurídicas de largo alcance; como por ejemplo, para agravar la pena en la reincidencia, etc.

En los supuestos regulados por la Ley 66 de 2001 se verá, que los antecedentes penales aparecen como condición *sine cuan nom* para una serie de efectos, todos ellos relativos a la descripción de la personalidad de una persona o sujeto que, por diversas circunstancias, se encuentra sometido al poder de policía sancionador de la administración. Es decir que hoy día la regla general es que, los antecedentes son indispensable sólo, para brindarle al funcionario de la Administración, algunos rasgos sobre la personalidad delincencial o criminológica, de un sujeto.

Se explica que en la Ley 66 de 2001, se indique con suma claridad que los fines o propósitos de parte de la Administración, ante la PTJ para el uso de esa información llamada “historial policivo y penal”, serán la **reincidencia, habitualidad y profesionalismo**, como elementos a probar en la calificación de acciones sancionadoras ya sean en el campo judicial o administrativo.

Sobre este tema el autor español, Manuel Grosso Galvan⁷ afirma que, nos encontramos, con una Institución cuya finalidad es la de suministrar datos, y que esos datos provocan una serie de consecuencias jurídicas de importancia. Sin embargo, dichos efectos solamente podrían ser relevantes en el campo del derecho penal administrativo o mejor conocido como el poder sancionador. Lo que en su sentido contrario, significa que tales datos, no podría ser usados para acreditar una condición personal distinta a las condiciones relativas a la habitualidad, reincidencia y profesionalismo criminal.

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

⁷ Grosso Galvan, Manuel., Los antecedentes Penales: Rehabilitación y control social., Editorial Bosch., Barcelona, España., 1999., Pág. 209.

A partir de la Ley 66 de 2001, la regulación de los antecedentes penales y policivos, como fuente de información, 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 justificación para obtener la información.

En la Ley 66 de 2001 se disponen que impidan a cualquier órgano público acceder 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 record policivo. Por esto sería necesario hacer una delimitación: si la entidad pública no pretende sancionar o corregir una actuación concreta, de una persona que se encuentra sometida al poder sancionador, la información no podría ser solicitada. O sea que, la Ley 66 de 2001, en cualquier caso pretende que se evite convertir el récord policivo en un documento de marginación social y que con el, se imposibilite o inhabilite a una persona, por ejemplo al ejercicio de un puesto público, o a la realización de una actividad comercial o empresarial.

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

Si las actuaciones administrativas se limitan a la verificación de requisitos formales, para la potencial acreditación en un trámite comercial, como es el caso de lo establecido en los artículo 8 y 10 de la Ley 42 de 2001; ello no podría indicar que la Dirección de Empresas Financiera, esté haciendo un juicio de carácter jurisdiccional o que se esté impartiendo justicia de policía administrativa. Es más, en estas evaluaciones en realidad no se está calificando la persona del empresario, para luego someterlo a sanciones de tipo administrativas, antes bien, se hace un examen meramente formal aunque podría acarrear la negación del permiso o licencia para el ejercicio de una actuación empresarial.

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

Según hemos visto, solamente los funcionarios administrativos que dirigen o representan a los entes públicos, en ejercicio de funciones de policía sancionatoria, podrían estar legitimados para solicitarle al Director de la PTJ., el récord policivo. Y la finalidad o razón de ser del uso de esta información sólo puede ser, dirigir sus 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 bienes jurídicos), dándole a los funcionarios la posibilidad de establecer sobre los infractores, sanciones de tipo policivo.

Ahora bien, en relación con las actividades empresariales, en el marco del orden policivo se justifica que se tutelen, por ejemplo, la fe pública y las normas del libre mercado y por ello, se debe permitir el uso de esta información para la obtención de permisos de armas, o de explosivos, tanto en el ámbito individual como para cierta clase de empresas (entre ellas las agencias de seguridad). También, otros procesos como los de policía material de tránsito, policía de seguridad y regulación urbanística, de migración, de aseo y ornato, de seguridad deportiva, de custodia del medio ambiente, de guarda de los centros históricos y turísticos, etcétera.

Pero ¿qué ocurre con aquellas exigencias de presentar el historial, para garantizar, al menos en principio, la integridad de las personas que aspiran a un cargo público, o al ejercicio de alguna profesión controlada y regulada por los entes Públicos?

En nuestro concepto, en una interpretación extensiva y en aras de la defensa de los intereses de la sociedad procedería el acceso a estos informes y las autoridades, en este caso la Policía Técnica Judicial, debe entregar los informes sobre el historial.

Conclusión.

De todas las ideas anteriormente planteadas se puede concluir que:

1. Hoy en día el uso de la información llamada historial policivo y penal, debe tener fines muy específicos: ser elemento de convicción a los funcionarios del poder de policía administrativo o judicial (agentes del Órgano Judicial y Ministerio Público) de la reincidencia, habitualidad y profesionalismo del sujeto que se encuentren afectados por una investigación de tipo administrativo o judicial.
2. Así también las autoridades administrativas podrían solicitar este tipo de información, si la finalidad de la decisión pretende probar las cualidades de reincidencia, habitualidad y profesionalismo, confrontadas con la necesidad de conocer las cualidades de integridad y honestidad en trámites cuyas consecuencias, de no contener dichos informes, pueden acarrear perjuicios graves a la sociedad .
3. Aunque el legislador ha querido derogar 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, reconocemos la necesidad de proteger el interés social.

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, aunque es necesario agregar el interés de la sociedad.

En razón de lo planteado, le expreso que el requisito del historial Penal y Policivo, puede ser solicitado, por las autoridades administrativas; si el objeto de la acción administrativa tiene la finalidad de enmarcarse dentro de un procedimiento administrativo como sería, el de precaver el interés social.

Finalmente, si el requisito del historial no acarrea condicionalidad en el caso de aprobación o negación de una licencia o concesión, etc., aparecerá en los trámites, como un elemento de juicio para el conocimiento del interesado y de la autoridad sobre su honorabilidad.

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

Atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/15/hf.