

C-No.79

Panamá, 13 de abril de 2004.

Doctor

ROLANDO VILLALÁZ

Director General de la Caja del Seguro Social

E. S. D.

Señor Director General:

Conforme a nuestras atribuciones constitucionales y legales, y en especial como consejera jurídica de los servidores públicos administrativos acuso recibo de su nota consultiva N°. **D.G.N. 295-04 de 22 de marzo de 2004**, la cual hace referencia a las siguientes interrogantes:

“ 1.¿Puede el Director General de la Caja de Seguro Social, en su condición de Representante Legal de la Institución, solicitar el récord policivo como requisito para el ingreso (nombramiento o contratación) de quienes aspiren prestar servicios a ésta?

2.¿ Puede el Director General de la Caja de Seguro Social, en su condición de Representante Legal de la Institución, solicitar el récord policivo de un empleado público al cual se le haya instaurado una investigación por cometer una falta administrativa?

3.¿Puede la Caja del Seguro Social realizar la prueba antidoping a las personas aspirantes a un puesto público dentro de la Institución y a los funcionarios ya nombrados como requisito de vinculación o permanencia laboral?

Criterio de la Dirección Nacional de Asesoría Legal

De acuerdo a la opinión de Asesoría Legal, el artículo 38 de la Ley 66 de 2001, posee una redacción confusa; por consiguiente, permite varias interpretaciones, de allí la presente consulta. Entre las posibles interpretaciones está la que facultaría al Director de la Caja de Seguro Social, en su condición de autoridad competente para investigar y decidir faltas, según el Artículo 2 de la Ley 66 de 2001, a solicitar los récord policivos de los funcionarios a quienes se ha iniciado un procedimiento administrativo disciplinario. Sin embargo, la administración desea saber si esta facultad excluye la de solicitar el récord a los aspirantes a un puesto de trabajo dentro de la Caja de Seguro Social.

En relación a la prueba antidoping, la misma tiene como objeto conocer si una persona esta consumiendo algún tipo de estupefaciente, sin embargo, es necesario obtener una orientación en la práctica de tal medida para no incurrir en ilegalidad de este acto.

No obstante, para la institución es preocupante, el hecho de que un funcionario adicto a las drogas labore en algún centro de atención médica, situación demasiado delicada, máxime cuando la Institución para la cual labora tiene como objetivo primordial velar por la salud de todos los asegurados.

Si bien es cierto que dentro de la deontología médica rige el postulado de que todo examen o procedimiento médico-quirúrgico requiere autorización del paciente, y por otro lado, que dentro de la legislación que regula la Carrera Administrativa, no existe fundamento para adoptar tal medida, sin embargo, esto no impide que existiendo elementos fácticos y situaciones reales, se tomen las medidas preventivas necesarias para evitar mayores problemas a la administración de la Caja de Seguro Social.

Por esta razón, la Dirección de Asesoría legal considera que esta situación puede regularse normativamente como un requisito de vinculación o permanencia laboral tomando como ejemplo el artículo 126, numeral 9 del Código de Trabajo.

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 por este despacho en relación al tema del Récord Polícivo.

Desde nuestra perspectiva jurídica, la cuestión consultada gira en torno de saber qué tipo de ‘autoridades’ del gobierno central y/o local, están legalmente facultadas para solicitar u obtener de parte de la Policía Técnica Judicial, el historial policivo y penal de las personas y en qué casos puede ser solicitado. En este sentido, deberíamos saber qué se entiende por “autoridades administrativas” a la luz de la Ley 66 de 2001.

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

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

Derecho aplicable.

La Ley 66 de 19 diciembre de 2001.

En esta nueva Ley No.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 No.24,457 de 21 de diciembre de 2001.

Para el caso bajo análisis es oportuno señalar que, en esta Ley se hacen importantes reformas al numeral 6 del artículo 22, se reforma el artículo 38, se 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 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.

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.

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 autorizara 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”. (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**”.

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”

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

Aspectos Generales.

La regla en materia de información está actualmente contenida en 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. En materia de la información penal y policiva de las personas, la Ley 66 de 2001, es la Ley especial. 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 en artículo 1 de la Ley N°6 de 2002, qué se debe entender por Información confidencial, y se establece 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 funcionarios²”.

Así las cosas, 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 la de lo público, al individuo frente a la ingerencia de lo estatal, y la única razón válida a la hora de determinar una limitación de los órganos estatales con la facultad de acceder libremente a la información del record 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**

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

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 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 énfasis 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 de armas, permisos para conducir, etc.

Así podemos decir con el autor español, Manuel Grosso Galván³ que, nos encontramos, pues, con una figura 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 correspondencia 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 esta 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

³ GROSSO GALVAN, Manuel. Los antecedentes Penales: Rehabilitación y control social, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1999, P.209.

en el record policivo”. Por esto sería necesario hacer una delimitación conceptual de lo que en el ámbito penal se entiende por autoridad.

Y es que un acceso sin limitaciones por parte de cualesquiera organismos públicos en una sociedad como lo 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 inservible; amén de convertir los intentos de rehabilitación e inserción de los penados, en la vida social, algo meramente ilusorio. O sea, la Ley 66 de 2001, en cualquier caso pretende evitar, se convierta el récord policivo en un objeto de marginación social y que imposibilite la verdadera y real incorporación a la sociedad por parte de las personas que, por una razón u otra, posean antecedentes.

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 a los Directores de la Policía Técnica Judicial, el récord policivo de una persona. 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 aspirantes, 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 obtener el record.** En consecuencia, no pueden exigírsele hoy en día a las personas que pretendan dicha licencia o aspiren a un cargo público.

Ahora bien, una situación a considerar sería si una persona que ya posea su licencia, o este en un cargo público esté siendo objeto de un proceso de

investigación y la autoridad requiera tener presente sus antecedentes para poder delimitar así, la sanción a 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, está legitimada a solicitar esa información del Director de la Policía Técnica Judicial.

Otro supuesto que tal vez justifique el uso del record, 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.

Valga recordar que, el artículo 1 de la Ley 6 de 2002, 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 todas las ideas anteriormente planteadas 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 encuentren afectados 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 pretende 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 de una persona 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, 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).

Cuando el artículo 2 de la ley 66 de 19 de diciembre indica que “las autoridades con competencia para investigar y decidir delitos o faltas, las autoridades con jurisdicciones especiales creadas por la Constitución o la ley y las autoridades administrativas, sólo podrán solicitar copia o certificación del Récord Policivo” se está refiriendo a los representantes legales de los entes públicos solicitantes; a menos que se trate de Corregidores, Alcaldes, Gobernadores, Presidente de la República, pues, ellos son autoridades de policía.

Con esta opinión legal, quedan resuelta las dos interrogantes precedente.

Ahora bien, en cuanto al examen antidoping, para los efectos de la legislación de la Caja del Seguro Social, no encontramos norma específica que haga referencia a la solicitud de dicho examen, sin embargo en el Reglamento Interno de Personal contempla sólo el examen médico. Veamos:

“Artículo 4. Toda persona para poder ingresar a laborar, deberá someterse previamente a **un examen médico** por los facultativos de la Institución y los resultados se anotarán en formularios especiales.

Todos los servidores públicos al servicio de la Caja de Seguro Social podrán ser objeto de exámenes médicos cada seis (6) meses o antes, si la Jefatura inmediata lo considera necesario.”

Del texto copiado, se colige que para ingresar a laborar a la Caja del Seguro Social, las personas deben someterse previamente a un examen médico, el cual será practicado por los facultativos de dicha institución, anotándose los resultados en formularios especiales, el cual a nuestro juicio, debe mantenerse en estricta confidencialidad de conformidad con la Ley 6 de 2002.

Existen poderosas razones para llevar a la entidades públicas o privadas a verificar la salud de su futuro personal: desde el deseo de evitar el ingreso de un individuo que padece alguna enfermedad, hasta la prevención de accidentes, pasando por el caso de personas que pueden ausentarse debido a sus constantes quebrantos de salud. No obstante, como podemos apreciar son exámenes generales que no plantean una prueba tan específica como la de antidoping.

Sin embargo, somos de opinión que si bien el Reglamento Interno de la Caja del Seguro Social, no contempla la solicitud de la prueba antidoping, podría aplicarse de forma supletoria la Ley 9 de 20 de junio de 1994, Capítulo IV sobre “Control del Uso y Abuso de Drogas”, artículos 165 y S.S., toda vez que el artículo 5 de dicho ordenamiento positivo dispone que la carrera administrativa es obligatoria para todas las dependencias del Estado **y será fuente supletoria de derecho para aquellos servicios públicos que se rijan por otras carreras públicas legalmente reguladas, o por leyes especiales.** Veamos:

“Artículo 165. Todo servidor público debe someterse, sin previo aviso, a exámenes de laboratorio para detectar drogas ilícitas o de abuso potencial, pro requerimiento de las autoridades administrativas, en la forma y circunstancias que señala esta ley.”

Artículo 166. El servidor público debe someterse a exámenes de laboratorio, en los siguientes casos:

1. Al estar en período de prueba;
2. Al corresponderle en caso de sorteo;

3. A solicitud del superior jerárquico inmediato;
4. A petición del servidor público que alegue consumir drogas ilícitas o de abuso potencial.

Artículo 167. El examen será ordenado por las siguientes autoridades:

1. Por la Dirección general de Carrera Administrativa, en caso de los servidores públicos en período de prueba.
2. Por la autoridad nominadora del servidor público, en los casos en que se haga una pesquisa al azar. La pesquisa requerirá de un sorteo previo; y los servidores públicos a quienes corresponda por azar deberán someterse al examen de laboratorio.
3. Por el superior inmediato de un servidor público individualizado, previa aprobación del superior de ambos, en virtud de indicios, tales como el ausentismo, la repetición de errores o accidentes de trabajo, que sugieran o hagan sospechar la existencia del consumo de drogas ilícitas o de abuso potencial. En este último concepto, no podrán ordenarse más de dos exámenes anuales del mismo servidor público.
4. Por el superior inmediato de un servidor público de carrera administrativa que afirme que consume drogas ilícitas o de abuso potencial, y que solicite que se le realice una prueba de laboratorio para su detección. Igualmente, el superior podrá ordenar otras pruebas médicas por solicitud del servidor público de carrera administrativa, para acreditar la condición de adicto.

...

Artículo 172. Si el examen confirmatorio resulta positivo, se hará lo siguiente:

1. Si se trata de un servidor público en período de prueba, será destituido y se le recomendará terapia de rehabilitación o de reeducación.
2. Si se trata de un servidor público de carrera, se procederá como sigue, si es la primera vez:

- a. Será relevado temporalmente de ejercer funciones sensitivas, y siempre que se someta a rehabilitación o reeducación, mantendrá su puesto.
 - b. Será trasladado mientras dure su rehabilitación o reeducación.
 - c. De acuerdo a recomendaciones médicas, se le concederá el subsidio de enfermedad correspondiente a través de la Caja de Seguro Social (CSS), y se le enviará a rehabilitación o reeducación.
3. Si se trata de un servidor público de carrera administrativa reincidente o que incumpla con el programa de rehabilitación será destituido y se le recomendará terapia de rehabilitación o reeducación.

Artículo 173. El Estado estimulará la creación y apoyará el funcionamiento de Organizaciones No Gubernamentales que ayuden a la rehabilitación o reeducación de estos servidores públicos.”

En estas condiciones tendría sustento legal la solicitud de la prueba conocida como antidoping, por parte de las autoridades de la Caja de Seguro Social, para, tanto al personal en funciones como el de primer ingreso.

Con la pretensión, de haber aclarado sus interrogantes, me suscribo de usted, atentamente.

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración

AMdeF/20/cch.