

Panamá, 1 de julio de 2002.

Licenciado

Erasmó Pinilla C

Magistrado Presidente del Tribunal Electoral.

E. S. D.

Señor Magistrado Presidente:

Con agrado pasamos a brindarle nuestra opinión jurídica, en torno a su *consulta administrativa*, identificada nota #230-MP de 31 de mayo de 2002, relacionada con la aplicación e interpretación de la nueva Ley 66 de 19 de diciembre de 2001¹.

La consulta

Específicamente se nos consulta si el Tribunal Electoral está legitimado, como autoridad electoral, para solicitar y obtener, de parte de la Policía Técnica Judicial el historial policivo y penal de aquellas personas que sean postuladas como candidatas a puestos de elección popular. En otro orden de ideas también involucraría saber si las reglas de reincidencia, habitualidad y profesionalismos, deberán ser tomadas en cuenta al momento de expedir o negar la expedición de historiales policivos, solicitados por el Tribunal Electoral. Esto según puede derivar de la correcta interpretación de la Ley 66 de 2001.

Concretamente nos indica lo siguiente:

“Tengo el agrado de dirigirme a usted en ocasión de elevar consulta sobre el proceso de verificación de antecedentes penales de los ciudadanos que opten por postularse a cargos de elección popular para las próximas Elecciones Generales del 2004.

Al respecto, hemos solicitado a la Policía Técnica Judicial (PTJ), coordinar conjuntamente la verificación de dichos antecedentes penales, a efecto de verificar que los candidatos no tengan condenas que los inhabiliten para ser postulados.

¹ Se encuentra publicada en la Gaceta Oficial #. 24,457 de 21 de diciembre de 2001.

En tal sentido, y en aras de preservar el mandato expresado por nuestra carta magna, referentes a los requisitos que deben reunir los ciudadanos que aspiren a ocupar cargos de Legislador, Presidente y Vicepresidente de la República, y contenidas en la Ley 66 de 19 de diciembre de 2001 y la Ley 6 de 19 de enero de 2002, solicitamos vuestra apreciación al respecto, a la vez que remitimos adjunto la opinión de la Dirección de Asesoría Legal del Tribunal Electoral, la cual compartimos”

Los hechos.

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 “Record Polícivo”.
2. La Ley 66 de 2001 establece que “las autoridades” serán las responsables de solicitar los “record Polícivos”, ante la Policía Técnica judicial (en lo sucesivo la PTJ).
3. Esta Procuraduría emitió opinión consultiva respecto de la interpretación de esta ley, 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 tiene que ver con la investigación de responsabilidades de orden penal, policivo o en términos generales, en ejercicio del Poder Sancionador del Estado.
4. El Presidente del Tribunal Electoral se pregunta si la anterior regla es igualmente aplicable a caso de las solicitudes de historiales policivos que hace el Tribunal Electoral, en ocasión de cumplir con el mandato Constitucional establecido en los artículos 147, 175, y 223.
5. Igualmente sería prudente recordar el principio de jerarquía normativa de la Constitución Política y su prevalencia frente a la Ley 66 de 2001, para permitir el acceso a los historiales policivos ,al Tribunal Electoral.

Nuestra Opinión.

Desde nuestra perspectiva jurídica, la cuestión consultada gira en torno de saber si las “autoridades” del orden electoral pueden obtener el mencionado documento relativo a la historia penal y policiva de las persona que sean postuladas como candidatos a puestos de elección popular..

En otro giro, sería necesario saber si lo dispuesto en las normas constitucionales deben ceñirse a las regla de confidencialidad de esos historiales, de la Ley 66 de 2001 o si por al contrario, es una excepción a esa regla.

Derecho aplicable.

La Constitución Política

En cuanto a las atribuciones del Tribunal Electoral, ellas se deducen de la propia Carta Política, que a la letra establecen lo siguiente:

“**ARTICULO 147:** Para ser legislador se requiere:

1. Ser panameño por nacimiento, o por naturalización con quince años de residencia en el país después de haber obtenido la nacionalización.
2. Ser ciudadano en ejercicio.
3. Haber cumplido por lo menos veintiún años de edad en la fecha de la elección.
4. No haber sido condenado por el Órgano Judicial por delito contra la administración pública con pena privativa de la libertad, o por el Tribunal Electoral por delito contra la libertad y pureza del sufragio.
5. Ser residente del Circuito Electoral correspondiente por lo menos durante el año inmediatamente anterior a la postulación”.

“**ARTICULO 175.** No podrán ser elegidos Presidente ni Vicepresidentes de la República quienes hayan sido condenados por el Órgano judicial en razón de delito contra la administración pública”.

“**ARTICULO 223:** Para ser Representante de Corregimiento se requiere:

1. Ser panameño por nacimiento o haber adquirido, en forma definitiva, la nacionalidad panameña diez años antes de la fecha de la elección.
2. Haber cumplido dieciocho años de edad.
3. No haber sido condenado por el Órgano judicial en razón de delito contra la administración pública, con pena privativa de la libertad o por delito contra la libertad y pureza del sufragio.
4. Ser residente del Corregimiento que representa por lo menos durante el año inmediatamente anterior a la elección”.

“**ARTICULO 320:** Quedan derogadas todas las Leyes y demás normas jurídicas que sean contrarias a esta Constitución, salvo las relativas a la patria potestad y alimentos, las cuales seguirán vigentes en las partes que sean contrarias a esta Constitución por un término no mayor de doce meses a partir de su vigencia”.

La Ley 66 de 19 diciembre de 2001.

En la nueva 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.

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 las disposiciones de la Ley Orgánica de la Policía Técnica Judicial, quedan así:

“**Artículo 22.** Son funciones del Director General²:

6. Preparar el Reglamento de la Institución y someterlo a la consideración del Procurador General de la Nación para su aprobación.
7. Velar por el cumplimiento de esta Ley y sus reglamentos y por el buen funcionamiento de todas las dependencias del organismo.
8. Enviar oportunamente al Procurador General de la Nación el Proyecto de presupuesto de gastos de la Institución.
9. 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.
10. 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

² 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.

públicas, o de la vida o integridad de las personas o de sus propiedades; o de las autoridades legalmente constituidas.

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

12. 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.

13. 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.

14. 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 siguiente:

“**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”. (el resaltado es nuestro)

“**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”

En la Ley 38 de 2000.

En cuanto al orden jerárquico de las normas de derecho, la Ley 38 de 2000 establece lo siguiente:

“**Artículo 35.** En las decisiones y demás actos que profieran, celebren o adopten las entidades públicas, el orden jerárquico de las disposiciones que deben ser aplicadas será: La Constitución Política, las Leyes o Decretos con valor de Ley y los Reglamentos.

En el ámbito municipal, el orden de prioridad de las disposiciones jurídicas será: La Constitución Política, las Leyes, Decretos Leyes, los Decretos de Gabinetes, los Decretos Ejecutivos, las Resoluciones de Gabinetes, los Acuerdos Municipales y los Decretos Alcaldicios.

A nivel de las Juntas Comunales y las Juntas Locales debe aplicarse el siguiente orden jerárquico: La Constitución Política, Leyes, Decretos Leyes, Decretos de Gabinete, los Decretos Ejecutivos, las Resoluciones de Gabinete, los Acuerdos Municipales, Decretos Alcaldicios y los Reglamentos que dicten las Juntas Comunales”.

En el Código Civil.

“**Artículo 12.** Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se preferirá aquélla”.

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

La regla en materia de información está actualmente dada por, 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. Igualmente otra ley que regula un tipo de información especial: la información penal y policiva de las personas, es 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 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 funcionarios³”. (la negrita es nuestra)

El valor normativo de la Constitución.

Desde nuestra perspectiva, si bien la nueva Ley 66 de 2001 ha llegado con la clara pretensión de crear una nueva regla respecto de la obligación o mejor, la prohibición de entregar del historial policivo y penal, a las personas y autoridades no mencionadas en la esa ley; esta normativa no puede ser aplicable para aquellas situaciones jurídicas predescritas en la Constitución Política. Es decir que, no se pueden oponer a las normas constitucionales que exigen la probanza de la no comisión de delito, aquellas normas de la Ley 66 de 2001, que prohíben la expedición de este certificado o historial policivo o penal.

³ Esta es una definición dada por el artículo 1 de la Ley 6 de 2001.

Esto es así ya que se desprende de la propia Carta Fundamental que ella, es norma derogatoria de toda norma legal que le contraiga o disponga lo contrario. Esta derogatoria está sustentada en el hecho de trascendencia jurídica de ser, la Carta Política, una norma jurídica que tiene un **supremo valor normativo**. Lo que significa que, Nuestra Constitución no es un mero código procesal que organiza una arquitectura institucional y fija unas neutrales reglas de juego. Nuestra Constitución reconoce y proclama valores (la justicia, la igualdad, el pluralismo) y determina competencias administrativas.

La Constitución es una norma -como se ha señalado-, pero una norma cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico. La Constitución es así la norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico.

Esta naturaleza singular se traduce en una incidencia muy intensa sobre las normas inferiores, que han de ser valoradas desde la Constitución, produciéndose una pluralidad de efectos⁴, partiendo del carácter de Ley superior que posee la Carta Política.

La naturaleza de Ley superior se refleja en la necesidad de interpretar todo el Ordenamiento de conformidad con la Constitución, y en la inconstitucionalidad sobrevenida de aquellas normas anteriores o posteriores, incompatibles con ella. Inconstitucionalidad sobrevenida que afecta a la validez de la norma y que produce efectos de significación retroactiva o ultractiva, mucho más intensos que los derivados de la mera derogación.

Pues bien, es claro que la Constitución tiene la significación primordial de establecer y fundamentar un orden de convivencia política general de cara al futuro, singularmente en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que en esta materia ha de tener la posibilidad de poder afectar a actos posteriores a su vigencia, como lo sería la Ley 66 de 2001, en cuanto tales actos sean contrarios a la Constitución.

Esta doctrina de carácter general sobre la derogación de las normas legales posteriores a la Carta Política, que directamente le contradigan; habrá de ser concretada caso por caso, teniendo en cuenta las peculiaridades del mismo, ya que el acto posterior puede estar dotado de mayor o menor autonomía, proceder o no de los poderes públicos, afectar o no a intereses o derechos de terceras personas, y o tras circunstancias que podrían pensarse. Por ello no resulta posible ni

⁴ En este sentido ver que lo decidido por el Tribunal Constitucional Español en su Sentencia de 2 de febrero de 1981, recaída en el recurso de inconstitucionalidad núm. 186/80 («B.O.E.» de 24 de febrero de 1981),

conveniente ahora el proseguir con el desarrollo de esta doctrina, ya que lo indicado es suficiente para proceder a solucionar el caso concreto suscitado.

Sin perjuicio de lo anterior, y ya al margen de la posible aplicación de esta noción de derogación constitucional, o lo que sería más ajustado al caso en estudio: la inaplicabilidad de leyes por expresa confrontación con la Carta Fundamental; la Procuraduría debe hacer notar que el artículo 320 de la Constitución contiene un mandato implícito al legislador -y al intérprete- consistente en promover la aplicación primaria y principal de las atribuciones constitucionalmente establecida a favor de los Órgano Públicos establecidos por ella, en la medida de lo posible, mediante la colaboración cooperativa y oportuna. Lo que conduce, en el caso específico bajo estudio, a establecer una clara línea de remisión de los historiales policivos y penales, requeridos directa y el particularmente, por los representantes del Tribunal Electoral.

Finalidad de la protección de los historiales policivos y penales.

En nuestra opinión, de lo que se trata en la Ley 66 de 2001 es de la regulación de los historiales o antecedentes policivos y penales, prohibiendo su acceso a cualquier persona; y con ello defender –dentro de lo posible- la esfera de lo privado frente a lo público. Así se puede decir que contraponen, lo individual y a la ingerencia de lo estatal. En este enfrentamiento, sólo se permite la ingerencia del Estado, cuando una norma de carácter constitucional o legal lo permitan. Ésta es, pues, la única razón válida a la hora de determinar una ingerencia en la esfera de lo privado.

En el campo de la información contenida en los historiales policivos y penales es la Ley 66 de 2001 la que estable esas condiciones para que las “autoridades” puedan acceder a esa importante información.

Ahora bien, según se deja ver en los artículos 147, 175 y 223 de la Carta Política, el constituyente establece de manera clara una excepción a la regla de confidencialidad de los historiales policivos y penales, pues, establece de antemano que para ocupar los cargos de Presidente y Vicepresidente de la República, Legisladores y Representantes de Corregimiento, se requiere no haber cometido delito, lo cual se prueba con el denominado historial policivo.

En otros términos, sin bien los antecedentes penales son requisitos *sine cuan nom* para determinar la **reincidencia, habitualidad y profesionalismo**, en el caso de las solicitudes que hagan los Magistrados del Tribunal Electoral, el historial penal y policivo de los candidatos a Presidente y Vicepresidente de la República, Legisladores y Representantes de corregimiento, no se debe ceñir a probar tales actitudes; pues la Carta Política asume que esa importante certificación

documental expedida por el Director de la P.T.J, se orienta a probar simple y llanamente que el candidato no ha cometido delito alguno.

Conclusión.

De todas las ideas anteriormente planteadas se puede concluir:

- Los requisitos de exigir la probanza de no comisión de delitos, para ser postulado a cargos de elección popular: Presidente y Vicepresidente de la República, Legisladores y Representantes de Corregimiento, incluidos en la Constitución, tienen carácter informador de todo el ordenamiento jurídico - como afirma el artículo 12, del título preliminar del Código Civil- que debe así ser interpretado de acuerdo con los mismos. Lo que significa que es también claro que, allí donde la oposición entre las Leyes anteriores o posteriores y los preceptos y principios generales plasmados en la Constitución sea irreductible, tales normas y principios, en cuanto forman parte de la Constitución, participan de la fuerza derogatoria de la misma.
- En los supuestos en que exista una incompatibilidad entre los preceptos legales de la Ley 66 de 2001, o cualquier otra ley especial y los postulados normativos o los principios plasmados en la Constitución corresponderá a su interprete en la vía administrativa, la inaplicabilidad, por incompatible, de aquellas normas de menor rango jurídico.

Respuesta concreta.

En el presente proceso de verificación de antecedentes penales de los ciudadanos que opten por postularse a cargos de elección popular para las próximas Elecciones Generales del 2004, somos del criterio que el Tribunal Electoral está facultado constitucionalmente para solicitar y obtener, de la Policía Técnica Judicial (PTJ), dichos antecedentes penales, a efecto de verificar que los candidatos no tengan condenas que los inhabiliten para ser postulados.

En tal sentido, y en aras de preservar el mandato expresado por nuestra Carta Magna, referentes a los requisitos que deben reunir los ciudadanos que aspiren a ocupar cargos de Presidente y Vicepresidente de la República, Legisladores y Representantes de Corregimiento contenidas en la Ley 66 de 19 de diciembre de 2001 y la Ley 6 de 19 de enero de 2002, contestamos que los preceptos restrictivos de estas dos importantes leyes no tienen aplicación en el supuesto consultado, habida cuenta del valor superior y preponderante de la Carta Fundamental, respecto de las leyes especiales.

Observación al margen del contexto de esta consulta.

No cabe duda que la idea axial sobre la cual se regula a nivel constitucional esta materia, debe ser revisada en futuras propuestas de reformas constitucionales, para darle coherencia al sistema jurídico en su integridad. Esto es así ya que, hoy en día, a partir de la Ley 66 de 2001, el ordenamiento legal está sosteniendo que no se debe tomar el historial penal o policivo como elemento de prueba para acceder a algún cargo o destino privado o público.

En este sentido la Ley 66 de 2001 se sustenta en el derecho de libre acceso a los cargos públicos, y a la garantía de no discriminación para acceder al derecho al trabajo en instancias privadas; amen de postularse como defensora del derecho de no ser sancionado más de una vez por la misma causa y el derecho de toda persona de rehacer su vida.

Así pues, nos parece que se trata de una verdadera contradicción, aunque se trate de puestos de elección popular, que debería ser puesta a tono, con las reformas correspondientes, con las garantías y derechos defendidos por la Ley 66 de 2001.

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

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/15/hf.