

NUE 112-ADP-2019 (DH)

XXXXXXX contra la Policía Nacional Civil (PNC)

Resolución Definitiva

INSTITUTO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA: San Salvador, a las once horas con veinticuatro minutos del veintisiete de agosto de dos mil veinte.

A. Descripción del Caso

I. El apelante **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, presentó ante la Unidad de Acceso a la Información Pública (UAIP) de la **Policía Nacional Civil (PNC)**, solicitud de datos personales de conformidad al Art. 36 letra “d” de la Ley de Acceso a la Información Pública (LAIP), relativa a: “suprimir definitivamente su antecedente delincucional, en su solvencia de antecedentes policiales”, fue condenado por el delito de: “Otras agresiones sexuales”; sin embargo, se le extinguió la responsabilidad penal. El documento fue solicitado para trámites de empleo.

En relación con ello, el oficial de información de la **PNC** resolvió comunicándole que no era procedente acceder a lo solicitado dado que a partir de dichos antecedentes y del contexto de los mismos, se infiere la existencia de un peligro real e inminente en cuanto a que el solicitante podría utilizar dichos documentos para sorprender a las instituciones públicas encargadas de la autorización de permisos, licencias, prerrogativas o ingresos a entidades.

II. El apelante interpuso el recurso de apelación ante este Instituto conforme al art. 38 de la LAIP, el cual fue admitido y reasignado a la comisionada **Daniella Huevo Santos** para dar trámite e impulso a este procedimiento y elaborar un proyecto de resolución.

III. Durante la instrucción de este procedimiento, la comisionada instructora con la simple vista de la documentación que yace agregada al expediente en comento, determinó que el procedimiento quedó reducido a una cuestión de derecho, en atención a líneas resolutorias emitidas por este Instituto y de conformidad con los Arts. 102 de la LAIP y Art. 309 del Código

Procesal Civil y Mercantil (CPCM), por lo que se procedió a dar por finalizada la instrucción del procedimiento a efecto de emitir la resolución correspondiente al caso.

B. Análisis del Caso.

El examen del caso seguirá el orden lógico siguiente: **(I)** Fundamento jurídico para tramitar el presente procedimiento de mero derecho; **(II)** breve referencia al derecho a la protección de datos personales, y en específico al derecho de cancelación y el principio de confidencialidad; **(III)** consideraciones sobre los antecedentes policiales que registran las personas, como límite para acceder a un empleo; y **(IV)** se analizará la procedencia de la supresión del dato personal negativo del apelante.

I. De conformidad a lo establecido en el Art. 163 de la Ley de Procedimientos Administrativos (LPA), en relación con el Art. 135 Inc. 3° de la misma norma, en el auto de admisión, se requirió a la partes en este procedimiento, que señalaran si ofrecieran medios probatorios que no consten en el expediente administrativo a efecto de valorar el señalamiento de la audiencia oral regulada en el Art. 91 de la LAIP, de contestar en sentido negativo o no existir pronunciamiento, se continuaría con el trámite de mero derecho. Dicho auto fue notificado el 6 de enero de 2020, sin que se haya recibido respuesta de las partes en tal sentido.

De igual forma, la jurisprudencia contencioso administrativa¹, acompaña el criterio seguido por la administración pública, que cuando no se trata de controvertir hechos, sino de la aplicación del derecho al caso en particular, resulta aplicable lo establecido en el artículo 309 del CPCM, normativa supletoria aplicable de conformidad con el artículo 102 de la LAIP referido a que “...*si hubiese conformidad sobre todos los hechos y el proceso queda reducido a una cuestión de derecho, se pondrá fin a la audiencia preparatoria y se abrirá el plazo para dictar sentencia*”.

Por tanto, la Sala manifestó que la omisión de la audiencia establecida en el Art. 91 de la LAIP, en asuntos de mero derecho, no produce la vulneración del debido proceso en sus manifestaciones de los derechos de audiencia, defensa, congruencia y ausencia de motivación, de dicho artículo, y el 102 de la LAIP.

¹ Sentencia emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, el 28 de enero de 2019, en el proceso de legalidad de referencia 408-2016.

En ese orden de ideas, este Instituto se ve facultado para someter el presente procedimiento de apelación, a una cuestión de mero derecho, con base a la aplicación de normas y principios de la LAIP, así como los derechos que asisten al titular de datos personales, de conformidad con el Art. 102 de la LAIP y Art. 309 del CPCM.

II. A. Los datos personales son toda aquella información relativa a un individuo identificado o identificable que, entre otras cosas, le dan identidad, lo describen, precisan su origen, edad, lugar de residencia, trayectoria académica, laboral o profesional. Asimismo, señalan aspectos sensibles o delicados sobre tal individuo, como es el caso de su domicilio, teléfono, sus características físicas, ideología o vida sexual, entre otros².

Al respecto, la Sala de lo Constitucional en la sentencia pronunciada en el proceso de amparo el día 4 de marzo de 2012 de referencia 934-2007 reconoció que la protección de los datos personales, es el medio por el cual se salvaguardan los objetivos de la faceta material del derecho a la autodeterminación informativa, por un conjunto de derechos subjetivos, deberes, principios, procedimientos, instituciones y reglas objetivas, teniendo este su fundamento en la seguridad jurídica Art. 2 de la Constitución de la República (Cn).

B. Por otro lado, es pertinente señalar que dentro de esos derechos subjetivos que componen el derecho a la protección de datos personales, se encuentra el derecho de cancelación o supresión, que de acuerdo a la jurisprudencia constitucional es la facultad que se otorga a un individuo para que solicite la eliminación de sus datos de carácter personal de las bases que tenga un ente determinado, *“por la falta de relevancia y actualidad de la información para los fines que fueron recabados o, simplemente, por el propósito de permitir al titular que recupere la disponibilidad sobre cualquier faceta de su personalidad y de sus datos íntimos o estrictamente privados”*³.

En ese contexto, como evolución al derecho de cancelación, se encuentra anclado el denominado “Derecho al Olvido”, el cual se define como el derecho que tiene el titular de un dato personal a borrar, bloquear o suprimir esa información personal, que de alguna manera afecta el libre desarrollo de alguno de sus derechos fundamentales.

² Concepto retomado del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de los Datos Personales de los Estados Unidos Mexicanos (INAI), en su resolución de fecha 1 de febrero de 2017, de referencia RRA 3995/16.

³ Sentencia Definitiva emitida por la Sala de lo Constitucional, en el Amparo del día cuatro de marzo de 2012 de referencia 934-2007.

C. Ahora bien, en la sentencia de la Sala de lo Constitucional del 8 marzo de 2013, en el proceso de Inconstitucionalidad 58-2007, se aclaró que el derecho a la autodeterminación informativa, no es ilimitado. Del mismo modo, se acotó que las restricciones o limitaciones pueden encontrarse justificadas en la finalidad que persigue la recolección y administración de los datos personales, la cual debe ser legítima (constitucional o legal), explícita y determinada.

D. Es importante precisar que el derecho a la protección de los datos personales se encuentra conformado por una serie de principios, en el que resalta para el caso en concreto: el principio de confidencialidad.

En adición a este principio, se encuentran algunos métodos preventivos para salvaguardar la identidad, circunstancias o situaciones en las que una persona individual o jurídica se encuentra inmersa, por ejemplo, las reglas de anonimización y el bloqueo de los datos personales, métodos que tienen como fin impedir su ulterior tratamiento o disposición, produciendo efectos similares al borrado físico de los mismos; esto procede cuando existe una imposibilidad técnica como por causa del procedimiento o soporte utilizado, también cuando una norma legal ordena la conservación de los datos personales y otorga únicamente su disposición a las autoridades públicas conforme a sus atribuciones y competencias, impidiendo que terceros tengan acceso a esos datos, garantizando la confidencialidad de los mismos.

III. A. Establecido lo anterior, es pertinente mencionar que los antecedentes policiales son **datos personales que derivan de los hechos tipificados en el vigente Código Penal u otras normas que establecen delitos o faltas**, o de aquellos otros de carácter administrativo que han dado lugar por parte de la autoridad policial, a la instrucción de diligencias y su posterior remisión a las autoridades judiciales o administrativas. Esos datos personales son registrados en soporte físico y electrónico sin el consentimiento de la persona **afectada y susceptible de tratamiento**.

No obstante, dicho tratamiento se encuentra legitimado, el Art. 23 del Reglamento de la Ley Orgánica de la referida Institución, de dicha disposición se advierte que el registro de antecedentes policiales, tiene dos finalidades específicas: 1) la de servir para el cumplimiento de las atribuciones establecidas en la Ley Orgánica de la **PNC**; y 2) la de servir de soporte para la emisión de certificaciones o constancias de antecedentes a las personas que lo soliciten.

En el segundo caso, y el que nos ocupa, para la emisión de certificaciones de antecedentes policiales de las personas que lo soliciten; es pertinente mencionar que en nuestro país las personas solicitan este documento, como requisito para adquirir alguna prerrogativa u obtener alguna concesión de cualquier tipo y, además, cuando es requerido por otra institución pública o de índole privada.

De ahí, que en la actualidad es una práctica que los empleadores de cualquier naturaleza soliciten el referido documento, como requisito para contratar a las personas en cualquier puesto. En tal sentido, cabe aclarar que dicho requisito (la presentación de solvencia policial) para acceder a un empleo, no se encuentra normado en los cuerpos legales que regulan la materia, como el Código de Trabajo y la Ley del Servicio Civil, ya que podría crear un estigma social, además de limitar las oportunidades de empleo a estas personas, no permitiendo su reinserción social plena. No obstante lo anterior, en la práctica si se realiza.

Asimismo, la persona que posee antecedentes policiales por la comisión de cualquier tipo de delito, que ha cumplido la pena impuesta y que fue rehabilitada en sus derechos de ciudadano por la autoridad competente, Jueces de Vigilancia Penitenciaria y Ejecución de la Pena, tiene restablecidos sus derechos enunciados en la Constitución de la República (Art. 75 inciso final), la cual no es automática sino dictada por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, de acuerdo a parámetros establecidos en la ley de la materia.

Por otro lado, el principio de finalidad establece que los datos personales objeto de tratamiento no podrán ser utilizados para finalidades distintas o incompatibles con aquellas que motivaron su obtención. Es por ello, que los datos deberán ser eliminados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes a los fines para los cuales hubieren sido recolectados.

Así, con base en lo anterior los datos personales registrados con fines policiales se cancelarán cuando no sean necesarios para las averiguaciones que motivaron su almacenamiento. Sin embargo, la cancelación no supone necesariamente el borrado en todo caso de los datos previamente sometidos a tratamiento. En tal sentido, la cancelación dará lugar al bloqueo de los datos conservándose únicamente a disposición de las administraciones públicas, jueces y tribunales para la atención de las posibles responsabilidades nacidas del tratamiento, durante el plazo de prescripción de estas. Cumpliendo el citado plazo deberá procederse a la supresión.

Asimismo, solo se podría denegar las peticiones de acceso, rectificación y cancelación en datos recogidos con fines policiales: en función de los peligros que pudieren derivarse para la defensa del Estado o la seguridad pública, la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando.

IV. A. En el expediente relacionado con el presente procedimiento, consta copia simple de solvencia de antecedentes policiales emitida por la Unidad de Registro y Antecedentes Policiales de la **PNC**, a nombre del apelante, en donde aparece reflejado el delito de otras agresiones sexuales; asimismo, se encuentra anexa copia simple de oficio número 13241 emitido el 26 de octubre de 2017, por el Juzgado Segundo de Vigilancia Penitenciaria y Ejecución de la Pena de Santa Ana, en donde se establece que en esa fecha se extinguió la responsabilidad penal al apelante por el delito de otras agresiones sexuales y que no se le rehabilitó ningún derecho en vista que en la respectiva sentencia no le fue restringido ninguno.

En ese contexto, cabe mencionar que este Instituto ha sido del criterio que cuando la extinción de la acción penal se deba al cumplimiento de una pena de prisión y el documento - solvencia de antecedentes policiales-, haya sido solicitado para trámites de empleo; la supresión del antecedente delincencial negativo del apelante, debe analizarse tomando en cuenta parámetros como los siguientes: 1) la finalidad con la cual fue requerido el documento; 2) el tiempo que lleva rehabilitado; y, 3) la no reincidencia en la comisión de conductas tipificadas en el Código Penal.

Esto, en razón que los derechos relacionados con la protección de datos personales, al igual que otros derechos no son absolutos sino que, como establecen los Estándares de Protección de Datos Personales para los Estados Iberoamericanos, los cuales sirven de directriz para países que no cuentan con una ley en la materia, los países pueden limitar el derecho a la protección de datos personales, a través de su legislación para salvaguardar la seguridad nacional, la seguridad pública, la protección de la salud pública, la protección de los derechos y libertades de terceros, así como por cuestiones de interés público.

En ese mismo sentido, la Sala de lo Constitucional, también ha reconocido que la mera presencia de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico trae consigo que muchas leyes incidan sobre ellos, regulando su ejercicio o restringiendo su contenido en distintos supuestos. Así, los derechos fundamentales son a la vez límite frente a la ley y objeto de

regulación de la misma. Claro ejemplo de ello es la idea que el legislador es una garantía de los mismos a través de la reserva de ley y la determinación normativa⁴.

De ahí que, habiendo solicitado el apelante su solvencia para trámites de empleo la normativa correspondiente es el Código de Trabajo y la Ley del Servicio Civil; en ninguno de estos dos cuerpos normativos el legislador consideró necesaria la presentación de la solvencia de antecedentes policiales como requisito para acceder a un empleo.

Al respecto, al tiempo que lleva rehabilitado en las resoluciones de referencia (NUE 140-ADP-2018), se sostuvo que al analizarse este parámetro no debían dejarse del lado las leyes relacionadas con la materia; es decir, Código Penal, Código Procesal Penal y Ley Penitenciaria.

En ese sentido, el Código Penal en su Art. 174-A dispone: la Dirección General de Centros Penales, para efectos preventivos y de política criminal, llevará un registro público de toda persona que haya sido condenada por cualquiera de los delitos contenidos en los capítulos I, II y III del título IV del libro de este Código.

Dicho registro tendrá una duración de cuatro años, contados después de haber cumplido la pena principal, que deberá contener una fotografía reciente del imputado, las generales de este, su lugar de última residencia y trabajo reportado, clasificación del delito o delitos por los que haya sido condenado, la pena que le fuere impuesta, y toda la información relativa a su rehabilitación. A dicho registro tendrá acceso la Fiscalía General de la República, la Policía Nacional Civil, Los Tribunales Competentes, el Consejo Criminológico Nacional, El Departamento de Prueba y Libertad Asistida de la Corte Suprema de Justicia, El Concejo Nacional de la Niñez y de la Adolescencia, El Ministerio de Educación y cualquier persona o institución que demuestre interés, podrá solicitar certificación del registro.

En esa línea, se advierte que dada la naturaleza de los delitos enunciados en los capítulos I, II y III del título IV del Código Penal y el bien jurídico protegido—libertad sexual o indemnidad sexual—, el legislador consideró que, no obstante, la persona que cometió el ilícito penal haya cumplido la pena impuesta, los datos de este, deberán permanecer en un registro público, durante cuatro años, posteriores al cumplimiento de la pena.

⁴ Sentencia Definitiva de Inconstitucionalidad emitida por la Sala de lo Constitucional el día 12 de abril de 2007, en el proceso de referencia 28-2006/33-2006/34-2006/36-2006.

Y es que, no debe dejarse de lado que la legislación penal tanto en materia sustantiva como en materia procesal, debe representar con énfasis especial, el objetivo primordial de tutela de los derechos fundamentales; por lo que, en sus normas se debe observar que para prevenir y sancionar la violación de cualquiera de los derechos fundamentales citados en el texto constitucional, éstos tienen verdadera tutela en el ámbito de la legislación penal; es por ello, que en el resguardo o tutela de los derechos fundamentales de la población salvadoreña es pues, materia de interés público⁵.

De tal forma, se ha reconocido que los derechos de las personas que se encuentren señaladas como actoras de un ilícito penal de gravedad, como a los que se refiere el Art. 174-A, del Código Penal, ven limitados sus derechos, ello con la finalidad de salvaguardar los intereses de la colectividad.

B. Por su parte, la orden circular No. C-002-08-2019, que deja sin efecto la Directiva para Normar la Emisión de Solvencia o Constancia de Antecedentes Policiales autorizada en junio de 2017, regula que la solvencia de antecedentes policiales será emitida sin hacer constar el antecedente delincriminal, exceptuando algunos casos, dentro de los cuales no se encuentran los delitos contra la libertad sexual.

Pese a ello, el antecedente policial de los usuarios que hayan sido condenados por la comisión de una de las conductas señaladas en el Art. 174-A del Código Penal, debe reflejarse en su solvencia de antecedentes por un periodo de cuatro años, posteriores al cumplimiento de la pena, debido a lo establecido en el Inc. 4º de la misma disposición, existiendo una limitación al derecho a la autodeterminación informativa por parte del legislador en una ley en sentido formal.

C. . Por otro lado, se puede observar que aún no ha transcurrido el tiempo establecido en el Art. 174-A del Código Penal, por lo que la persona no podrá ser eliminada del registro público. Sin embargo, ello en un futuro no significa que deba procederse de manera inmediata a la supresión del dato negativo, sin considerar aspectos jurídicos y materiales que se encuentran íntimamente ligados a los efectos derivados de la supresión del dato; pues no debe dejarse de lado que si bien, el Código de Trabajo y la Ley del Servicio Civil no disponen que la persona

⁵ Sentencia Definitiva de Inconstitucionalidad emitida por la Sala de lo Constitucional el día 12 de abril de 2007, en el proceso de referencia 28-2006/33-2006/34-2006/36-2006.

que pretenda obtener o aplicar a un empleo debe carecer de antecedentes policiales, pueden existir supuestos en los que dada la naturaleza del empleo, conocer el antecedente penal de la persona contratada es relevante para salvaguardar otro tipo de derechos.

De ahí que, bajo el supuesto que la persona que solicita la supresión de su antecedente delincuenciales puede aplicar a cualquier puesto laboral incluso aquellos que conlleven una relación con niños niñas y adolescentes o personas con discapacidad, es importante que se haga constar el antecedente para estos, en casos en los que la persona ha cometido un delito contra la libertad sexual de niños, niñas y adolescentes pese a haber cumplido el período a que se refiere el Art.174-A del Código Penal.

Este argumento, se encuentra en consonancia con lo dispuesto en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (LEPINA), la cual en su Art. 12 regula el Principio del interés superior de la niña, niño y adolescente, según el cual: “En la interpretación, aplicación e integración de toda norma; en la toma de decisiones judiciales y administrativas, así como en la implementación y evaluación de las políticas públicas es de obligatorio cumplimiento el interés superior de las niñas, niños y adolescentes en lo relativo a su desarrollo integral y el disfrute de sus derechos y garantías...”. Este principio también es reconocido internacionalmente por medio de la Convención de los Derechos del Niño, en su Art. 3, el cual dispone: “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una condición primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Esto no implica como se ha sostenido en la resolución emitida por este Instituto, a las once horas con nueve minutos del tres de febrero de dos mil veinte, bajo la referencia NUE 140-ADP-2018, que la persona que posee un antecedente delincuenciales por la comisión de delitos contra la libertad sexual de niñas, niños y adolescentes, se encuentre condenada perpetuamente; sino que es aquí, en donde el ente obligado en atención a lo dispuesto en el Art. 27 Inc. 2° de la Constitución de la República, tiene la obligación de incorporar a su normativa aplicable en la emisión de la solvencia de antecedentes policiales y certificación de antecedentes policiales, reglas que permitan salvaguardar los derechos de niñas, niños y adolescentes y no menoscabar el derecho al trabajo de la persona que solicita la supresión de un dato.

En ese contexto, una alternativa adecuada sería establecer dentro de su normativa una disposición en donde para este tipo de casos, luego de haber cumplido el período a que se refiere el Art. 174-A del Código Penal, la solvencia o certificación de antecedentes penales o policiales se emitiera sin hacer constar el antecedente agregando al final una leyenda, expresando que dicha solvencia no será válida para empleo o actividades vinculadas con niñas, niños, adolescentes y personas con discapacidad.

En virtud de lo anteriormente expuesto, se recomienda a la **PNC** que en su nueva normativa emitida por el actual Director de la **PNC**, el 26 de agosto de dos mil diecinueve, mediante la orden circular No. C-002-08-2019, incorpore un numeral adicional en donde se consigne que no procederá el bloqueo de los antecedentes policiales cuando el usuario solicitante haya sido condenado por alguno de los delitos mencionados en el Art. 174-A del Código Penal, durante el periodo establecido; es decir, cuatro años.

Para el presente caso, es oportuno modificar la resolución del oficial de información de la **PNC**, en el sentido que no procede la supresión, pero si su bloqueo o confidencialidad, pero con la limitación siguiente, que en atención a lo expuesto en esta resolución incorpore en el documento una leyenda en la cual se especifique que dicha solvencia no será válida para empleo o actividades vinculadas con niñas, niños, adolescentes y personas con discapacidad.

C. Decisión del Caso.

a) Modificar la resolución emitida por el oficial de información de la **Policía Nacional Civil (PNC)** el 17 de diciembre de 2018 y notificada el 15 de noviembre de 2019, en los términos dispuestos en esta resolución, en que procede su bloqueo o confidencialidad, pero con la limitación siguiente, que en atención a lo expuesto en esta resolución incorpore en el documento una leyenda en la cual se especifique que dicha solvencia no será válida para empleo o actividades vinculadas con niñas, niños, adolescentes y personas con discapacidad.

b) Ordenar a la **PNC** que, en el plazo de ocho días contados a partir de la notificación de la presente resolución, remita a este Instituto un informe de cumplimiento, de lo dispuesto en el literal a) de la parte resolutive de este auto. Este informe puede ser remitido vía electrónica a la dirección: oficialreceptor@iaip.gob.sv.

