



## Antecedentes penales<sup>1</sup>

Elena Larrauri

Universitat Pompeu Fabra

[elena.larrauri@upf.edu](mailto:elena.larrauri@upf.edu)

### Resumen

A pesar de los pocos estudios existentes en la academia española acerca de los antecedentes penales, existe la creencia generalizada de que poseer antecedentes puede comportar importantes consecuencias para el futuro laboral de la persona y para el ejercicio de sus derechos. Esta voz se ocupa de los efectos que tienen los antecedentes penales en las posibilidades de reinserción de las personas, teniendo en cuenta quiénes pueden solicitarlos, la publicidad de los mismos y su cancelación.

### Palabras clave

Antecedentes penales, intimidad, discriminación, reinserción.

## Criminal Records

### Abstract

Though the lack of specific studies it is a widespread assumption in Spain that having a criminal record may entail lowering the opportunities of employment and eventually affect other human rights. This article focuses on the effects that criminal background checks have for the right to privacy and social reintegration. It contrasts the North American view with the European on publicity, erasure of criminal records, and criminal background checks by employers.

### Keywords

Criminal Background Checks, privacy, discrimination, rehabilitation.

---

<sup>1</sup> Este estudio se ha desarrollado fundamentalmente con el profesor James B. Jacobs, Warren E. Burger Professor of Law de la New York University - School of Law. La investigación forma parte del proyecto *Supervisión en la comunidad: intervención en la fase de ejecución de las sentencias. Especial énfasis en la violencia de género*, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (MINECO, DER2012-32150), y *La regulación de los antecedentes penales: su efecto en el acceso al mercado laboral de los jóvenes* (RecerCaixa 2013).

## Introducción

El tema de los antecedentes penales no ha sido objeto de excesiva atención en la doctrina penal española<sup>2</sup>. Sin embargo, existe una presunción generalizada de que el hecho de poseer antecedentes puede comportar importantes consecuencias para el futuro laboral de la persona y para el ejercicio de sus derechos cívicos o familiares, constituyendo una “pena invisible” que debe sumarse a la pena impuesta (Mauer y Chesney-Lind, 2002). El impacto que puedan tener los antecedentes penales para la futura reinserción de la persona depende de diversas variables: ¿Son públicos? ¿En cuántas ocupaciones o empresas se piden los antecedentes? ¿Se cancelan?

### 1. Publicidad de los Antecedentes Penales

Una de las variables que previsiblemente afecta a la importancia que los antecedentes penales tienen para la reinserción de las personas es la publicidad que se realiza de los mismos. Para una persona el estigma perpetuo de “delincuente” y tolerar la publicidad de su condena, como una marca, disminuyen considerablemente sus posibilidades de reintegrarse en la sociedad. No obstante, mantener la condena en secreto quizás reduce la eficacia de la prevención de la pena y pone en peligro a las personas y a las organizaciones, que podrían eventualmente convertirse en víctimas de individuos que han demostrado tener una cierta propensión a la criminalidad.

La discusión y decisión acerca de si la información sobre los antecedentes penales debería ser accesible requiere ponderar los límites de la libertad de expresión, la transparencia judicial y la prevención de la pena, con la protección de la intimidad y la rehabilitación. Además de la ponderación de estos derechos y principios deberá considerarse que en la actualidad, el avance de las tecnologías dificulta el control de la difusión de la información sobre las condenas.

Los dos modelos más alejados son probablemente el modelo vigente en Estados Unidos y el existente en España (Jacobs y Larrauri, 2012). La mayoría de los estadounidenses asume por ejemplo que un banco debe ser capaz de averiguar si un aspirante a trabajar en el mismo ha sido previamente condenado por malversación de fondos o robo. Asimismo, consideran una irresponsabilidad que los encargados de una escuela no supieran si el aspirante a ser el conductor del autobús ha sido previamente condenado por conducir ebrio o por conducción temeraria, y, del mismo modo, los estadounidenses reconocen el derecho de los padres a saber si una posible futura niñera ha sido condenada por un delito sexual contra niños o cualquier otra infracción penal que pudiera ser relevante para su decisión de dejar a sus hijos con esa persona. Las “leyes Megan” son un claro ejemplo a nivel estatal de esta decisión de publicar los antecedentes penales. Estas leyes exigen que los funcionarios del gobierno publiquen en una web los nombres, las fotos y las condenas penales de todas las personas que hayan cometido delitos sexuales.

Por el contrario, España, al igual que otros países de la Europa continental, reconoce de forma mucho más amplia los derechos a la privacidad, la dignidad y el honor, que protegen al individuo de la posible divulgación de sus antecedentes penales, tanto por órganos gubernamentales como por particulares. La Constitución española (art.120) y el Tribunal Constitucional reconocen el derecho a un juicio

<sup>2</sup> Con la notable excepción de dos excelentes libros Grosso Galván (1983) y Bueno Arús (2006).

público pero no derivan de ello el acceso de los particulares a las sentencias ni la publicidad íntegra de todas las sentencias. Es más, a los juristas españoles les parece absolutamente criticable la idea de que la prevención y disuasión del delito pueda alcanzarse por medio de la vergüenza y la deshonra pública. En consecuencia, el Registro Central de Penados (RCP) sólo puede comunicar información sobre los antecedentes penales de una persona a los jueces, al Ministerio Fiscal, a la policía judicial y al particular interesado. Por otra parte, los expedientes judiciales, incluidas las sentencias penales, no están disponibles para inspección pública. Incluso las sentencias publicadas de los Tribunales protegen la privacidad del acusado encubriendo su nombre real, y cambiándolo por otro ficticio.

A ello debe finalmente sumarse las resoluciones de la Agencia Española de Protección de Datos, en las que se ha negado que las sentencias judiciales sean datos públicos. Así por ejemplo puede observarse en la STS, 3<sup>a</sup>, 26.6.2008, en la que el Director de la Policía presentó una queja ante la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) porque la Asociación Contra la Tortura publica en su página web una lista de los nombres de guardias civiles, policías y políticos que han sido procesados o condenados por torturas. La lista incluye además del nombre, su situación en relación con la denuncia, el lugar de los hechos, la fecha y la identificación del caso. La AEPD consideró que con la publicación de esta lista, la Asociación infringe la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD). La AEPD afirma que (i) la información publicada en la página web constituye un archivo con datos personales, (ii) la totalidad de los datos no proceden de fuentes accesibles al público, (iii) las sentencias penales no son públicas, y (iv) los datos de carácter personal relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas solo podrán ser incluidos en ficheros de las Administraciones Públicas. Por lo tanto, multó a la Asociación y ordenó retirar tal información de la página web.

## 2. Discriminación laboral y Antecedentes Penales.

De acuerdo a investigaciones realizadas se sabe que en los Estados Unidos entre un 50% y un 80% de los empresarios revisa los antecedentes penales de los aspirantes a un puesto de trabajo (Blumstein y Nakamura, 2009). Esta comprobación ("*criminal background checks*") se realiza en ocasiones porque lo exige la ley y en otras de forma voluntaria, pues para muchos empresarios es una forma de valorar la aptitud laboral de las personas y en especial de minimizar la responsabilidad civil que pudiera derivarse por los daños y delitos realizados por los empleados ("*negligent hiring*").

A lo largo de su historia, los norteamericanos han estado profundamente preocupados con la discriminación racial, religiosa o de género, pero en cambio han tratado la discriminación que se produce con base en los antecedentes penales como una discriminación perfectamente lícita. Sólo se ha cuestionado la discriminación basada en los antecedentes penales cuando se ha creído que ella constituye un pretexto para esconder la discriminación racial. Debido a que los afro-americanos tienen más probabilidades de ser detenidos y condenados, una política que permita no contratar a los ex-ofensores produce un impacto mucho mayor en este colectivo. Por esto, muchos Tribunales exigen que los empresarios justifiquen que hay una "necesidad laboral" ("*business necessity*") para que puedan negarse a contratar a una persona con antecedentes penales. Sin embargo, los Tribunales han admitido frecuentemente que, en efecto, existe una "necesidad laboral".

En los Estados Unidos la discriminación laboral con base en antecedentes penales se contempla como una opción racional y normal. Las condenas son vistas como el reflejo de un determinado carácter y como el pronóstico de un



comportamiento futuro. Los empresarios creen que una condena previa -y especialmente varias condenas previas- son un indicador de un posible mal comportamiento futuro. Aunque cada Estado de EEUU tiene su propia regulación y por tanto hay una gran diversidad de leyes, en general los empresarios de ese país tienden a discriminar de forma habitual a las personas con antecedentes penales o incluso policiales. Ellos creen que esa es una decisión no sólo racional sino además perfectamente legítima debido a que las personas que han sido condenadas o detenidas son menos fiables, menos honestas y eventualmente más peligrosas.

En general entonces los empresarios pueden negarse a contratar, o pueden despedir, a los solicitantes o trabajadores con antecedentes penales. Pero además cada Estado tiene leyes que exigen específicamente esta discriminación, que prohíben que personas con antecedentes penales trabajen en cientos de posiciones del sector público o privado: policía, seguridad privada, hospitales, educación, cuidado de niños, barberías, funerarias, etc. Si bien algunas de estas leyes reflejan el temor de que los ex ofensores puedan delinquir contra la empresa o el público, otras fueron aprobadas como resultado de presiones que realizó el lobby de una determinada profesión y que pretendía en realidad evitar una posible competencia laboral. En Estados Unidos está criminológicamente demostrado que el hecho de *tener antecedentes penales aumenta por sí mismo la dificultad de acceder al mercado laboral*. Como afirma Pager (2003) los Antecedentes Penales son una nueva forma de estratificación social y constituyen un estigma certificado por el propio Estado. La investigación que realiza Pager con pares idénticos de personas (*matched*) ofrece resultados como estos: de los pares compuestos por personas blancas, el sujeto que no tenía AP (antecedentes penales) recibió 34 llamadas para incorporarse a un trabajo y el que sí tenía, 17. Así pues, *los AP disminuyen en un 50% las oportunidades laborales*. En el caso de los pares compuestos por personas negras, al que no tenía AP lo llamaron 14 veces, y 5 veces a los que tenían AP. Es evidente que los antecedentes penales multiplican su efecto discriminador cuando se suman a la raza (y no deja de ser sorprendente que las personas negras sin antecedentes fueran llamadas menos veces que las personas blancas con antecedentes).

En comparación con esa perspectiva norteamericana, España no parece estar excesivamente preocupada por el tema del impacto de los antecedentes penales en la reinserción laboral. Como quizás es conocido, una persona que tiene antecedentes penales no puede optar -por lo menos mientras aquéllos no sean cancelados-, a determinados empleos. En consecuencia, aun cuando la persona ha cumplido ya la condena, su reintegración plena a la sociedad no se produce en numerosos casos por imperativo legal. Debemos recordar que el Registro Central de Penados no es un registro público, no obstante determinados organismos estatales tienen acceso al mismo y el particular puede también solicitar un certificado de antecedentes penales.

En términos genéricos en España se exige carecer de antecedentes penales para acceder a un puesto de *funcionario público*<sup>3</sup> relacionado con la seguridad, como por ejemplo el ejército, la Guardia Civil, la Policía nacional, autonómica o local, y los funcionarios de prisiones. También se aplica el Estatuto Básico del Empleado Público<sup>4</sup> a jueces, profesores de Universidad, médicos de hospitales públicos o maestros. Además se exige carecer de antecedentes penales para trabajar, aun cuando sea sometido al régimen laboral en algunas *instituciones Públicas* (como por

<sup>3</sup> Este requisito no se aplica con carácter general a los que la Administración contrata laboralmente. Léase con detalle en Larrauri y Jacobs (2013).

<sup>4</sup> Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, artículo 56.

ejemplo, Banco de España), o *profesiones reguladas* (como controlador de acceso a actividades recreativas, conductor de vehículos de transporte, y personal en áreas de seguridad del aeropuerto).

Asimismo hay una serie de actividades, responsabilidad del sector público, que se realizan en régimen de *concesión administrativa*. Un ejemplo de ello sería el servicio de taxis municipal (que p.ej. en Madrid se solicita expresamente no tener antecedentes penales). También deben mencionarse las *corporaciones* o instituciones semipúblicas. El ejemplo son los colegios profesionales (abogados y notarios) que exigen carecer de antecedentes penales para poder colegiarse. Por último están los supuestos que requieren una *autorización administrativa*, cuya concesión se supedita a la ausencia de antecedentes penales. Este es el caso de quien quiera crear una escuela privada, un establecimiento de juego, una agencia de adopción, o una guardería. En estos casos sería de aplicación la Ley 30/2007, de 30 de abril, de Contratos del Sector Público que requiere no tener antecedentes penales para contratar con la Administración.

Además de la amplitud del listado en el sector público, también en el sector privado se puede solicitar al trabajador que aporte un certificado de antecedentes penales, si bien es cierto que la ley no exige que éste se requiera, tampoco parece haber ninguna prohibición expresa que impida que el empleador lo demande.

¿En qué ocasiones debería pues exigirse un certificado de antecedentes penales en el mercado laboral? Ello requiere en primer lugar reflexionar sobre cuál es el *fundamento* para admitir prácticamente sin discusión que el acceso a la Administración Pública requiera carecer de antecedentes penales. Es curioso que, en tanto hay un posicionamiento generalmente crítico frente al hecho de que los empresarios particulares exijan el Certificado de Antecedentes Penales, se admita acríticamente que esto se realice de forma generalizada por la Administración. Se podría cuestionar si acaso no es precisamente la Administración la que debiera dar ejemplo de no discriminación por antecedentes penales (Henry y Jacobs, 2007). En segundo lugar, debe recordarse que es *incoherente* pedir el certificado de antecedentes penales para algunos puestos de trabajo y no para otros (Grosso, 1983; Bueno Arús, 2006). Así, por ejemplo, no parece muy lógico que los antecedentes penales impidan trabajar de ujier (portero) en el Parlamento o en un bingo, pero nada se exija a un monitor deportivo. Por último sería deseable clarificar el *alcance de los requisitos exigidos*. Así por ejemplo, el Estatuto Básico del Empleado Público no exige carecer de antecedentes penales sino literalmente no “hallarse inhabilitado por resolución judicial”, lo cual debiera interpretarse como no haber sido condenado a la pena de inhabilitación. Si ello es así, no toda pena inhabilita para optar a un concurso y trabajar en la Administración Pública (como también parece deducirse de la STS, sala de lo contencioso-administrativo, sección 7, de 18 de septiembre de 2006, RJ\2006\7419). No obstante esto, hay variedad en los requisitos que se mencionan, y algunas reglamentaciones exigen no haber sido condenado por delito doloso, otras incluyen un listado de delitos e incluso otras exigen carecer de antecedentes policiales o no haber sido sancionado. En suma, hay una gran variedad que dificulta conocer cuáles son exactamente los efectos que va a producir una condena penal.

¿Cuántas personas se ven obligadas a presentar un certificado de antecedentes penales por motivos laborales? No es fácil responder a esta pregunta, pues el RCP no suministra información pública. A pesar de ello, gracias a la amabilidad de su personal disponemos de unos pocos datos y sabemos que en el año 2010 se han realizado *1.512.166 solicitudes* al RCP (que no incluyen las que



realizan los jueces por vía telemática). De estas, 176.332 fueron realizadas directamente por los particulares y el resto por medio de algún organismo público.

*Gráfico 1: Distribución de peticiones de Antecedentes Penales realizadas por Instituciones Públicas al RCP (2010)*

Peticiones de Instituciones al RCP (2010)		
Permiso Residencia/Trabajo	966.249	72,4%
Policía	139.487	10,2%
Ejercito	44.056	3,2%
Permiso Armas	66.792	5%
Nacionalidad	119.250	9,2%
Total	1.335.834	100%

Esta cifra, 1,3 millones, se pide directamente por organismos administrativos, por lo que podemos deducir que pertenecen al apartado en el que se 'exige' un Certificado de Antecedentes Penales para acceder a un empleo. El grupo más numeroso de solicitudes es cursado por personas que requieren el Certificado de Antecedentes Penales para obtener un permiso de trabajo y residencia. Por ahora, lo único que podemos asegurar es que el área en la cual los antecedentes penales constituyen el mayor obstáculo para la reintegración social se centra en la *solicitud de permiso de trabajo y residencia de los ciudadanos no españoles*. El impacto de los antecedentes penales como obstáculo para la reintegración es, por tanto, significativamente mayor en el caso de inmigrantes, pues 966.249 peticiones al RCP (un 72,4%) lo fueron a efectos de conseguir este permiso.

### 3. Antecedentes penales y cancelación.

En algunos países (como por ejemplo Estados Unidos o Inglaterra) determinados antecedentes penales no caducan nunca. Por el contrario, en el resto de países de la Europa continental los antecedentes penales se cancelan pasado un determinado periodo de tiempo. En general, cuanto más largo es el tiempo de espera para cancelar los antecedentes penales, mayor es la presunción de que constituyen un obstáculo para la reintegración. Esta reintegración no solo afecta las oportunidades laborales sino que además incide en otros derechos cívicos y políticos (por ejemplo, el derecho de sufragio pasivo o conseguir el estatus de residente en un determinado país).

En España existe la convicción de que los antecedentes penales se cancelan "de oficio", como mucho cinco años después del cumplimiento de la pena (art.136.2, 2º del Código Penal). Por un lado, este es un periodo más dilatado de lo que parece, no sólo porque las penas tardan bastante tiempo en empezar a ejecutarse, sino además porque el plazo de cancelación es el de la pena *principal* más grave. Por otro, la creencia en la cancelación de oficio quizás obedece a una confusión entre cancelación judicial (el juez no toma en cuenta los antecedentes si son cancelables) y cancelación administrativa (la Administración sí los toma en cuenta si no están *realmente* cancelados). En general, debe distinguirse entre que los jueces no tomen en consideración los antecedentes penales a efectos de reincidencia ("cancelable"), de que el antecedente penal esté realmente cancelado en el Registro Central de Penados y no aparezca por tanto cuando se solicite un certificado de antecedentes penales. Baste por el momento con anticipar un dato: en el año 2010 se han llevado a cabo 9.357 cancelaciones de oficio. Si pensamos que aproximadamente se producen unas 600.000 inscripciones cada año, nos daremos cuenta de la enorme proporción de cancelación de oficio que ello representa.

#### 4. Reflexiones finales

El tema de la publicidad de los antecedentes penales así como las consecuencias asociados a ellos (como por ejemplo la inscripción en registros especiales de delincuentes sexuales, las restricciones en la posibilidad de viajar, las dificultades para acceder a permisos de residencia) ha empezado a ser objeto de atención por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH). Este Tribunal ha dictado algunas sentencias en las que reafirma el derecho a la intimidad y critica en general la publicidad indefinida e indiscriminada de los mismos (Larrauri, 2014b; 2014c). Es también tarea de los académicos el construir, en base a los principios generales dictados por el TEDH, un sistema general de antecedentes penales que permitan reducir el riesgo de una forma razonable al tiempo que no excluyan la integración de personas que ya han cumplido su condena (Larrauri, 2014a).

Es necesario por último recordar que la construcción de la ciudadanía europea conlleva la instauración de un sistema de intercambio de antecedentes penales entre todos los países pertenecientes a la UE. Ello también conlleva la conveniencia de armonizar los efectos de los antecedentes penales en los distintos países europeos.

#### Bibliografía

- BLUMSTEIN, A. y NAKAMURA, K. (2009), "Redemption in the Presence of Widespread Criminal Background Checks", *Criminology*, vol. 47. Nº 2, pp. 327-359.
- BUENO ARÚS, F. (2006), *La Cancelación de Antecedentes Penales*, Thomson/Civitas, Madrid,
- GROSSO, M. (1983), *Los Antecedentes Penales: Rehabilitación y Control Social*, Bosch, Barcelona,
- HENRY, J. y JACOBS, J. (2007), "Ban the Box to Promote Ex-Offender Employment", *Criminology and Public Policy*, vol.6, Nº. 4, pp. 755-762.
- JACOBS, J.B. y LARRAURI, E. (2012), "Are criminal convictions a public matter? The US and Spain", *Punishment & Society*, 14 (1), January, pp. 3-18
- LARRAURI, E. (2014a), "Legal Protections Against Criminal Background Checks in Europe", *Punishment & Society*, vol. 16, Nº 1, pp. 50-73.
- LARRAURI, E. (2014b), "Criminal Record Disclosure and the Right to Privacy", *Criminal Law Review*, vol. 10, pp. 723-737.
- LARRAURI, E. (2014c), "Are Police Records Criminal Records? Disclosure of Criminal Information and the Presumption of Innocence", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 22, Nº 4, pp. 377 - 395.
- LARRAURI, E. y JACOBS, J.B. (2013), "A Spanish Window on European Law and Policy on Employment Discrimination Based on Criminal Record". En: DAEMS, T., VAN ZYL SMIT, D. y SNACKEN, S. (Eds.), *European penology?*, Hart Publishing, Oxford, pp. 293-310.
- MAUER, M. y CHESNEY-LIND, M. (eds) (2002), *The Collateral Consequences of Mass Imprisonment*, The New Press, New York.
- PAGER, D. (2003), "The mark of a criminal record", *The American Journal of Sociology*, vol.108, Nº.5, pp. 937-975.

