

Publicidad, solicitud y cancelación de los antecedentes penales en los tribunales españoles

Elena Larrauri*

Universitat Pompeu Fabra (Barcelona)

Martí Rovira**

University of Oxford

LARRAURI, ELENA y ROVIRA, MARTÍ. Publicidad, solicitud y cancelación de los antecedentes penales en los tribunales españoles. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2021, núm. 23-01, pp. 1-32.

<http://criminet.ugr.es/recpc/23/recpc23-01.pdf>

RESUMEN: En este artículo se exponen las sentencias judiciales más relevantes en los últimos diez años en España sobre la publicidad, solicitud y cancelación de las inscripciones de registros del sistema penal. El análisis de estas sentencias muestra la persistencia, con excepciones, del principio de la no publicidad de los antecedentes penales, la falta de claridad sobre las profesiones en las que se debe requerir la solicitud de un certificado con esta información y, por último, el creciente interés en cancelarlos. A partir de estas observaciones, se sugiere la necesidad de ampliar el concepto de ‘antecedentes penales’ a cualquier inscripción en un registro del sistema penal, la importancia de visibilizar los efectos de estas inscripciones como una sanción colateral adicional, y la conveniencia de flexibilizar los criterios de cancelación de estas.

PALABRAS CLAVE: Antecedentes penales, certificado de antecedentes penales, certificado de delitos de naturaleza sexual, consecuencias colaterales, cancelación.

TITLE: **Publicity, request and expungement of criminal records in Spanish courts**

ABSTRACT: This article analyses the most relevant judgements on publicity, request and expungement of criminal records in the past ten years in Spain. This analysis shows the persistence, with exceptions, of the principle of non-publicity of criminal records, the lack of clarity on the professions on which the certificates of criminal records should be requested and, the increasing interest in erasing the criminal records. We argue that the concept of a ‘criminal record’ should be extended in Spain beyond the traditional National Conviction Register to include inscriptions in other Registers or databases from the Criminal Justice System, the importance of considering the effects of these criminal records as ‘collateral consequences’ of a sentence, and the need to create flexible criteria to expunge these records.

KEYWORDS: Criminal records, certificate of criminal records, certificate of crimes of sexual nature, collateral consequences, spent criminal records, expungement of criminal records.

Fecha de recepción: 15 septiembre 2020

Fecha de publicación en RECPC: 31 enero 2021

Contacto: elena.larrauri@upf.edu

SUMARIO: 1. La publicidad de los antecedentes penales. 1.1. Leyes. 1.2. Sentencias y resoluciones de la AEPD. 1.3. Comentario. 2. Reinserción laboral. 2.1. Leyes. 2.2. Sentencias e informes de la AEPD. 2.3. Comentario. 3. Cancelación. 3.1. Leyes. 3.2. Sentencias. a. Inscripciones en el Registro Central de Delincuentes Sexuales. b. Inscripciones en registros de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado ('Antecedentes policiales'). c. Inscripción en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica y de Género ('Antecedentes de Víctimas'). d. Inscripciones de condenas de otros países ('Antecedentes extranjeros'). e. Inscripciones de condenas previas ('Antecedentes penales'). 3.3. Comentario. 4. Antecedentes penales y extranjería. 5. Conclusión. Referencias.

* Este artículo se inscribe en el proyecto: Mecanismos de petición y queja: participación, calidad de vida y legitimidad en prisión PID2019-105042RB-I00; y en el marco de las Ayudas a las acciones de dinamización "Redes de Excelencia" proyecto: *Desarrollo de un modelo criminológico y empírico de la política criminal – Acrónimo EmpiriC –*. Financiado por MCIU-AEI (Ref. DER2017-90552-REDT).

** Este estudio se inscribe en el proyecto "Invisible Stripes?" financiado por la British Academy (Ref. PF19\100020).

El objetivo de este estudio es actualizar el conocimiento sobre las decisiones judiciales concernientes a la publicidad, solicitud y cancelación de los antecedentes penales. Desde que los profesores Jacobs y Larrauri escribieron diversos artículos sobre esta temática ("¿Son las sentencias públicas? ¿Son los antecedentes penales privados? Una comparación de la cultura jurídica de Estados Unidos y España" (Jacobs y Larrauri 2010) y "Reinserción laboral y antecedentes penales" (Larrauri y Jacobs 2011)) han pasado ya diez años.

Una de las novedades sin duda más significativas en este periodo ha sido la aprobación de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia que crea el Registro de Delincuentes Sexuales y obliga a presentar un certificado con información de este registro a todas las personas que quieran realizar actividades con un contacto habitual con menores (Fernández-Pacheco 2019:47-52; Salat 2016a:10-13, 2016b: 330-333). Esta ley ha provocado un aumento muy importante de la petición de certificados de antecedentes penales: en 2016, el primer año de la entrada en vigor de la Ley, se produce un incremento de la petición de certificados de antecedentes penales de un 142% respecto el año anterior (Larrauri y Rovira 2020: 296).

En este contexto también se observa un mayor interés por cancelar los antecedentes penales. Si en 2010 se produjeron 9.357 cancelaciones de oficio (Larrauri y Jacobs 2011: 14), en 2019 hay 39.812 cancelaciones de oficio y 76.324 a instancia de parte (Larrauri y Rovira 2020: 300), y ello tiene también su reflejo lógicamente en el aumento de casos que llegan ante los jueces, cuando esta cancelación se deniega por parte de algún órgano administrativo.

A consecuencia de estos cambios ya no se puede considerar a "los antecedentes penales como una institución penal olvidada" (Larrauri y Jacobs 2011: 4) pues en la

actualidad los antecedentes penales preocupan a la ciudadanía y ocupan a los jueces españoles. Es por ello, por lo que en esta contribución presentamos diversas sentencias dictadas desde la publicación de los artículos referidos con anterioridad, que permiten conocer las últimas decisiones de los tribunales respecto la publicidad, la solicitud y la cancelación de los antecedentes penales en España. Por su importancia, también hacemos referencia a algunas resoluciones e informes de la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante AEPD).

El impacto de los antecedentes penales en una sociedad depende fundamentalmente de las políticas existentes en torno a tres aspectos: 1) la publicidad de estos; 2) la solicitud de certificados en el mercado laboral; y 3) las previsiones referidas a su cancelación (Larrauri 2015:154). En este artículo seguimos este orden para presentar de forma resumida las principales novedades legislativas en los últimos diez años. En segundo lugar, exponemos las sentencias judiciales más relevantes que se han emitido, y añadimos por su relevancia un breve apartado sobre los efectos de los antecedentes penales en extranjería. Por último, argumentamos la necesidad de ampliar el concepto de los antecedentes penales a cualquier inscripción en un registro del sistema penal, la importancia de entender la existencia de los antecedentes penales como sanciones adicionales de las condenas, y la necesidad de flexibilizar los criterios de cancelación de los antecedentes penales.

1. La publicidad de los antecedentes penales

1.1. *Leyes*

Por publicidad de los antecedentes penales nos referimos a la difusión y divulgación de información del sistema de justicia penal fuera de este (Bueno Arús 1983: 4; Larrauri y Jacobs 2011: 8-16; Larrauri y Rovira 2020: epígrafes 2.1 y 3.1).

En España estos datos se consideran confidenciales en base al artículo 136.4 del Código Penal que señala que las inscripciones de antecedentes penales no serán públicas (Jacobs y Larrauri 2010: 29). Si bien el artículo 120 de la Constitución da pie a defender que “las sentencias son públicas”¹, en la interpretación de esta disposición constitucional, los jueces y legisladores han distinguido de forma muy tajante entre el derecho del público a estar presente en el juicio y su derecho a tener acceso a la sentencia y a conocer los datos personales contenidos en ellas. En consecuencia, las sentencias se publican mayoritariamente de forma anonimizada, y el acceso a las mismas se encuentra restringido (véase con más detalle en Jacobs y Larrauri 2010).

Esta posición se ha visto confirmada en el nuevo art. 235 bis de la LOPJ (introducido por el apartado treinta y cinco del artículo único de la LO 7/2015, de 21 de julio,

¹ Artículo 120 de la Constitución española: “1. Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento; 2. El procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal; 3. Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública.”

por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial) que refuerza la no publicidad de los datos personales contenidos en las sentencias y establece que: “(...) el acceso al texto de las sentencias, o a determinados extremos de las mismas, o a otras resoluciones dictadas en el seno del proceso, sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.”

La misma opción por la no publicidad de los datos personales contenidos en las sentencias penales puede observarse en la Unión Europea. En esta línea, el artículo 10 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 señala: “El tratamiento de datos personales relativos a condenas e infracciones penales o medidas de seguridad conexas sobre la base del artículo 6, apartado 1, sólo podrá llevarse a cabo bajo la supervisión de las autoridades públicas o cuando lo autorice el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas para los derechos y libertades de los interesados. Solo podrá llevarse un registro completo de condenas penales bajo el control de las autoridades públicas.”

Esta declaración (prácticamente la misma del artículo 8 de la anterior Directiva 95/46/CE) se reproduce también en el art. 10 de la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales².

No obstante, también hay excepciones en que se admite la publicidad de los datos personales contenidos en las sentencias penales (Larrauri y Rovira 2020: 288-290). La Ley Orgánica 10/2015, de 10 de septiembre, por la que se regula el acceso y publicidad de determinada información contenida en las sentencias dictadas en materia de fraude fiscal (en adelante LO 10/2015) introduce el artículo 235 ter en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante LOPJ). Este artículo señala que es público el acceso a los datos personales contenidos en los fallos de las sentencias firmes condenatorias por delitos en materias especialmente relevantes para el control fiscal: delitos contra la Hacienda Pública, delitos de insolvencia punible, cuando el acreedor sea el erario público, o los delitos de contrabando. En estos casos los secretarios judiciales deben publicar una certificación de estas condenas en el Boletín Oficial del Estado. Estos datos no se publican si el acusado consigna la totalidad de la cuantía correspondiente al perjuicio causado a la Hacienda Pública con anterioridad a la firmeza de la sentencia.

² El tratamiento de datos personales relativos a condenas e infracciones penales, así como a procedimientos y medidas cautelares y de seguridad conexas, para fines distintos de los de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, solo podrá llevarse a cabo cuando se encuentre amparado en una norma de Derecho de la Unión, en esta ley orgánica o en otras normas de rango legal.

En consecuencia, la LO 10/2015 referida a sentencias condenatorias por delitos en materias especialmente relevantes para el control fiscal, implica un viraje, aun cuando limitado a una tipología de delitos, al permitir dar publicidad a los datos personales contenidos en los fallos condenatorios, y ha quebrado el principio de no divulgar los datos personales contenidos en las sentencias.

1.2. *Sentencias y resoluciones de la AEPD*

A continuación, expondremos tres ejemplos, en los que se aborda la publicidad de los antecedentes policiales, la publicidad de los juicios y la publicidad de las sentencias.

- Caso 1: Publicidad de antecedentes policiales. Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de septiembre de 2011 (ROJ: SAN 4035/2011)

Un funcionario de la Dirección General de la Policía da a conocer los antecedentes policiales a la expareja y esta los remite al Juzgado de Violencia de la Mujer en un proceso por la guarda y custodia de un menor. La Agencia Española de Protección de Datos considera que no hay vulneración del deber de secreto del artículo 10 de la Ley Orgánica de Protección de Datos 15/1999 (en adelante LOPD), ya que el informe de la policía iba dirigido al Juzgado, y a la mujer se le entregó solo una copia en la que constan 46 multas y 38 detenciones de la Policía Nacional más 10 de la Guardia Civil; además la mujer conoce las multas ya que iban dirigidas al domicilio común.

La Audiencia Nacional lo confirma: no se precisa autorización para que los cuerpos policiales remitan los antecedentes policiales a la autoridad judicial, y no se ha vulnerado el deber de secreto de los antecedentes policiales ya que la mujer los solicitó para entregarlos al juez.

En nuestra opinión, la no publicidad de los antecedentes policiales se justifica porque en estos casos no hay ni siquiera una sentencia judicial que desvirtúe la inocencia de la persona detenida (ver también Larrauri 2014c: 383-386). Por ello, es curioso que en este caso la Audiencia considere que no se ha vulnerado la confidencialidad de los antecedentes policiales al entregarlos a un particular. Ciertamente el particular los pidió para transmitirlos a la autoridad judicial, y sin embargo parecería que el procedimiento no debería ser este.

- Caso 2: Publicidad de un juicio en una página web. Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de marzo de 2012 (ROJ: SAN 1702/2012).

En una página web se cuelga un video en el que se publicita la actividad desarrollada por dos profesores de Universidad ejerciendo de peritos en un juicio. Como consecuencia, los dos profesores denuncian a la compañía que publicó los videos. La AEPD sanciona a la compañía por infracción grave, ya que la web da publicidad a datos personales sin el consentimiento de los afectados y los datos no provienen de

fuentes publicas. La compañía recurre al entender que no es necesario el consentimiento, pues los videos proceden de vistas públicas de los juicios.

La Audiencia Nacional recuerda (FJ séptimo) que: “Tras la STJUE de 24 de noviembre de 2011 (asunto C-468/10 y C-469/10), no es exigible que los datos procedan de una fuente accesible al público (...). Es por ello que la interpretación que ha de recibir tanto el artículo 6 de la LOPD 15/1999 como el artículo 7, letra f) de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Diario Oficial de la Unión Europea nº L 281, de 23/11/1995), reside en la exigencia de dos requisitos acumulativos para que un tratamiento de datos personales sea lícito sin contar con el consentimiento del afectado, a saber: por una parte, que ese tratamiento de datos personales sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos; y, por otra parte, que no prevalezcan los derechos y libertades fundamentales del interesado”.

La Audiencia concluye que en este caso la utilización de los datos personales sin consentimiento sirve para la satisfacción de un interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento, cuál es el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. Por consiguiente, en este caso el tratamiento de datos se encuentra amparado por la libertad de expresión e información, pues la intromisión en los derechos fundamentales resulta adecuada, necesaria y proporcionada.

Como vemos, en este caso la AEPD insiste en indicar que las actuaciones judiciales no son públicas, y que la publicación en webs no está amparada por la libertad de expresión e información. Por el contrario, la autoridad judicial concluye que, al margen de que se discuta si un juicio o una sentencia es una fuente de datos pública, en este caso prevalecen los derechos de libertad de expresión y el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión.

- Caso 3: Publicidad de las sentencias judiciales. Resolución Agencia Española de Protección de Datos de 17 de julio 2018 (Exp. Nº E/01849/2018).

La víctima publicó en una cuenta de Facebook con 728 seguidores y por un grupo de la aplicación WhatsApp la sentencia condenatoria por quebrantamiento de condena de la medida de alejamiento y malos tratos. La AEPD acude al Reglamento UE 2016/679 para ver si este caso está comprendido en la “exención doméstica”³ y concluye que no, pues la publicidad de una sentencia penal “no es inocua”. No obstante, considera que en este caso hay un interés legítimo prevalente (art. 6.1 f del Reglamento), la protección de la víctima, que autoriza la publicación de estos datos.

³ La exención doméstica permite la publicación de datos con alcance limitado (art.2 c, Reglamento (UE) 2016/679).

Por último, la AEPD se opone en principio a la publicidad de la sentencia (con los datos personales) incluso a través de la aplicación WhatsApp. La AEPD confirma que la publicidad de una sentencia penal íntegra es ilícita, pero admite que en este caso hay un interés legítimo prevalente para “*proteger a las víctimas*”, y añade como factores de atenuación el hecho de que “*el Facebook era cerrado y la víctima retiró al cabo de poco tiempo la sentencia*”. En este sentido, será interesante observar en el futuro en qué casos se considera que se puede publicar una sentencia para proteger a las víctimas, y en cuáles no.

Comentario

Como hemos podido ver en estas sentencias y en la resolución de la AEPD, el principio general en España es la no publicidad de los antecedentes penales, como se desprende del artículo 136 del Código Penal. Este principio se extiende también en España a los antecedentes policiales; sin embargo, la no publicidad de los antecedentes policiales no es un principio universal, ya que la cultura jurídica inglesa por ejemplo considera que el conocimiento de los antecedentes policiales de una persona es un instrumento de prevención de la delincuencia (Larrauri 2014c: 736).

Por lo que respecta a las sentencias, estas deben ser anonimizadas y en consecuencia son ‘públicas’⁴, una vez se han eliminado los datos personales que figuran en las mismas (con la excepción prevista, recordemos, en la LO 10/2015, que permite a la Administración dar publicidad de estos en los fallos condenatorios por delitos contra la Hacienda Pública).

¿Puede, en consecuencia, darse por cerrado el debate respecto de la publicidad de las condenas penales en un periódico o en una web? Por un lado, como hemos destacado, el artículo 10 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016), limita el tratamiento de estos datos a una autoridad pública⁵. Por otro lado, como se desprende del segundo caso, parece claro que en la polémica en torno a la publicidad de las sentencias íntegras o la creación y publicación de una ‘lista de condenados’ en un periódico o en una página web, se deben ponderar los derechos de libertad de información y de expresión (véase la discusión en Jacobs y Larrauri 2010: 31-33).

⁴ Una vez anonimizadas entendemos que no debería haber ningún obstáculo para acceder a ellas, y en consecuencia ya no rige la restricción de ser ‘parte interesada’ para acceder a ellas (véase con más detalle en Jacobs y Larrauri 2010).

⁵ O a la existencia de una ley que habilitara de forma concreta y específica el tratamiento de estos datos penales. Agradecemos la ayuda en este punto de Carles San José anterior Director de Inspección de la Autoritat Catalana de Protecció de Dades.

2. Reinserción laboral

En este apartado tratamos la legislación y las decisiones judiciales relacionadas con la solicitud de los antecedentes penales en el ámbito laboral.

2.1. Leyes

En España existen diversas leyes que exigen la presentación del Certificado de Antecedentes Penales (en adelante CAP) para acceder a determinadas posiciones, generalmente en el sector público (Larrauri y Jacobs 2011: 12). Por el contrario, existe la discusión acerca de si los empresarios privados pueden requerir el CAP sin una ley que contemple explícitamente esta posibilidad (Larrauri y Jacobs 2011: 16-18; Larrauri y Rovira 2020: 296-299). En España se ha considerado generalmente que el empleador privado puede solicitar un certificado de antecedentes penales sólo cuando hay una autorización legal expresa (Santamaría 2017: 9; Areta 2020: 5).

En este contexto, el principal cambio legislativo en los últimos años ha sido la obligación de requerir un certificado específico con información sobre delitos de naturaleza sexual, el Certificado de Delitos de Naturaleza Sexual (en adelante CDNS), para aquellas profesiones, oficios y actividades que impliquen un contacto habitual con menores de edad (Fernández-Pacheco 2019: 47-52; Larrauri y Rovira 2020: 292-295; Salat 2016a: 10-13, 2016b: 330-333).

Esta nueva obligación se origina en la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil. En concreto, el artículo 10.2 de esta directiva establece que los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para garantizar que los empleadores estén autorizados a solicitar información sobre antecedentes penales por delitos de abuso, explotación sexual, pornografía y captación con fines sexuales a menores de edad, tanto en grado de comisión como de inducción o tentativa, para aquellas actividades profesionales o de voluntariado con un contacto regular y directo con menores.

Esta directiva europea fue integrada en la legislación española por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (en adelante Ley 26/2015) y desarrollada por el Real Decreto 1110/2015, de 11 de diciembre, por el que se regula el Registro Central de Delincuentes Sexuales (en adelante, Real Decreto 1110/2015). La Ley 26/2015 establece⁶: “Será requisito para el acceso y ejercicio a las profesiones, oficios y actividades que impliquen contacto habitual con menores, el no haber sido condenado por sentencia firme por algún delito contra la libertad e indemnidad sexual, que incluye la agresión y abuso sexual,

⁶ En concreto, el artículo primero (punto ocho) de la Ley 26/2015 añade este apartado al artículo 13 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, BOE nº 15, de 17/1/1996.

acoso sexual, exhibicionismo y provocación sexual, prostitución y explotación sexual y corrupción de menores, así como por trata de seres humanos. A tal efecto, quien pretenda el acceso a tales profesiones, oficios o actividades deberá acreditar esta circunstancia mediante la aportación de una certificación negativa del Registro Central de delincuentes sexuales.”

El principal problema de esta legislación es que no define específicamente en qué profesiones existe un contacto habitual con menores. De esta forma, es la institución contratante, ya sea pública o privada, quien tiene la responsabilidad de determinar en qué trabajos se debe requerir un certificado. Esto es problemático ya que el concepto de “contacto habitual” es ambiguo (Salat 2016a: 11, Larrauri y Rovira 2020: 293).

Un análisis de los protocolos aprobados hasta ahora señala que, en general, las Administraciones Públicas requieren el CDNS para todos aquellos empleos relacionados con la educación, tanto reglada como no reglada, en las actividades sanitarias especializadas en la atención a menores, y en aquellos trabajos del sistema de justicia penal y de la asistencia social relacionados con menores. Esta regulación abarca no sólo a los profesionales relacionados de forma directa con el servicio prestado, sino también a aquellos que ofrecen servicios auxiliares, como, por ejemplo, administrativos, transportistas o bibliotecarios. También se exige esta información para miembros de comunidades religiosas que están en contacto con menores (véase Larrauri y Rovira 2020: 311-313).

Sin embargo, ante la indeterminación sobre en qué trabajos existe un contacto frecuente con menores, cada Administración Pública utiliza diferentes criterios para definir en qué profesiones se debe exigir esta información. Por ejemplo, en algunas comunidades autónomas se pide el certificado para todo tipo de trabajos de carácter sanitario, incluyendo especialistas en análisis clínicos que nunca ven menores, mientras que en otras comunidades autónomas se utiliza una definición más restrictiva (Cabo Pérez, Fernández Piedralba, y García Esteban 2017: 260).

2.2, *Sentencias e informes de la AEPD*

En este apartado hacemos referencia a los casos más destacados sobre la problemática de la petición del CAP a los vigilantes de seguridad, jueces y taxistas y acerca de la petición del CDNS respecto de enfermeros y profesores. También recogemos un pronunciamiento de la AEPD sobre los trabajos en que puede exigirse la presentación de un certificado con información sobre condenas previas.

- Caso 4: Vigilantes de Seguridad Privada (CAP). Sentencia de la Audiencia Nacional 146/2015 de 17 de junio de 2015 (ROJ: SAN 2433/2015).

En este caso, la persona fue condenada a la pena de 40 días de trabajos en beneficio de la comunidad y privación del derecho a la tenencia y porte de armas por 16 meses como autor de un delito de amenazas. En consecuencia, la Dirección General de la Policía le canceló la habilitación para ser vigilante de seguridad.

El afectado recurre la cancelación de su habilitación y la Audiencia Nacional confirma la resolución de la Dirección General de la Policía: de acuerdo con el artículo 10.5 de la Ley de Seguridad Privada⁷ no se debe tener antecedentes penales para obtener la habilitación y este requisito es exigible durante todo el tiempo que dura la habilitación para ser vigilante de seguridad.

Este caso hace referencia a la ocupación que probablemente ha generado un mayor número de sentencias en los últimos años: la prohibición de disponer de antecedentes penales para los vigilantes de seguridad⁸. En primer lugar, esta es una de las pocas profesiones en que se exige carecer de antecedentes penales no solo para acceder al puesto de trabajo, sino también para mantenerse en él⁹. No se entiende porqué para esta profesión existe una mayor exigencia de probidad que para otras (paradójicamente además cuando por la naturaleza de la profesión en sí esta puede dar lugar más fácilmente a alguna condena penal)¹⁰. Por ejemplo, como veremos a continuación, una condena dolosa con una pena privativa de libertad inferior a seis meses no priva de la condición de juez y sí de la habilitación a vigilante de seguridad. Además, muchas veces se trata de delitos leves, ajenos al desempeño de su trabajo, lo que pone de manifiesto la necesidad de discutir en qué actividades profesionales debieran ser los antecedentes penales relevantes (Larrauri 2014b: 62). Por último, creemos que también en la Ley de Seguridad Privada, se podría prever el reingreso de los vigilantes de seguridad cuando se cancelan los antecedentes penales. Este es, por ejemplo, el caso de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en que la cancelación de los antecedentes penales es un requisito para proceder a su reingreso¹¹ (sobre esta cuestión, ver la sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de junio de 2019, ROJ: SAN 2829/2019).

⁷ Actual 28.1e de la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada (BOE nº 83, de 5/4/2014), “1. Para la obtención de las habilitaciones profesionales indicadas en el artículo anterior, los aspirantes habrán de reunir, los siguientes requisitos generales: e) Carecer de antecedentes penales por delitos dolosos”.

⁸ Véase entre otras las sentencias de la Audiencia Nacional de 13 de febrero de 2019 (ROJ: SAN 435/2019), de 5 de junio de 2019 (ROJ: SAN 2497/2019), de 26 de junio de 2019 (ROJ: SAN 2842/2019), de 3 de julio de 2019 (ROJ: SAN 2944/2019), de 9 de octubre de 2019 (ROJ: SAN 3982/2019), de 27 de noviembre de 2019 (ROJ: SAN 4949/2019) y de 19 de febrero de 2020 (ROJ: SAN 634/2020 y 639/2020). En todas se recurre la resolución del Director General de la Policía, por delegación del Ministro del Interior, en la que se acuerda extinguir la habilitación de Vigilante de Seguridad Privada por tener la persona antecedentes penales.

⁹ Art.28 de la Ley 5/2014 “3. La pérdida de alguno de los requisitos establecidos en este artículo producirá la extinción de la habilitación y la cancelación de oficio de la inscripción en el Registro Nacional”.

¹⁰ El argumento de que algunos pueden llevar armas no es concluyente, pues en la mayoría de las actividades no se requieren, y cuando ello es necesario se exige además certificación de la Guardia Civil.

¹¹ Ley Orgánica 9/2015, de 28 de julio, de Régimen de Personal de la Policía Nacional (BOE nº 180, de 29/7/2015). Artículo 54.2. “El reingreso desde las situaciones descritas en el apartado anterior estará supeditado al cumplimiento, en los supuestos y en los términos que reglamentariamente se determinen, de los siguientes requisitos: a) No haber sido separado del servicio de la Administración General del Estado, de la administración autonómica, local o institucional, o hallarse inhabilitado para el ejercicio de funciones públicas, ni tener antecedentes penales no cancelados por delito doloso”.

- Caso 5: Jueces (CAP). Sentencia del Tribunal Supremo 1604/2017 de 25 de octubre de 2017 (ROJ: STS 3781/2017).

La apelante se presenta a las oposiciones a juez, teniendo antecedentes penales vigentes, y consta en la lista oficial de aprobados (diciembre 2015). Cuando debe aportar los documentos exigidos por una base de la convocatoria, en el plazo de treinta días a partir de la publicación de los resultados, la apelante presenta un certificado negativo que se le expidió el 29 de enero de 2015, juntamente con otro certificado en el que figuran antecedentes penales expedido el 30 de noviembre de 2015. En el certificado positivo consta que la apelante fue condenada por sentencia de 3 de julio de 2012, dictada de conformidad y firme ese mismo día, a cuatro meses de multa a razón de 6€/día, que cumplió el 26 de julio siguiente, y a la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores durante 16 meses, que cumplió el 29 de octubre de 2013. De esta forma, según el artículo 136.1 del Código Penal, la cancelación de sus antecedentes penales correspondía el 30 de octubre de 2016.

En opinión del Tribunal Supremo la previsión del artículo 302 de la LOPJ establece que no puede acceder a la oposición de Juez quien tiene antecedentes penales¹². Esta exigencia sirve para asegurar que quienes quieren ser jueces o fiscales poseen las mayores condiciones de probidad y ejemplaridad. Este requisito se debe cumplir a la fecha de terminación del plazo de presentación de solicitudes para participar en la oposición.

En este caso, la duda versa sobre en qué momento deben estar los antecedentes penales cancelados en las oposiciones a juez, si al presentarse a la oposición, o bien al finalizar la Escuela Judicial¹³. No obstante, en este caso el Tribunal Supremo realiza dos afirmaciones que conviene realzar. La primera es la diferencia entre acceso y permanencia; en efecto, cualquier tipo de antecedente penal impide acceder a la carrera judicial, por el contrario, quienes perteneciendo ya a la Carrera Judicial o a la Carrera Fiscal sean condenados por delito doloso solamente perderán necesariamente su condición si se les impone una pena privativa de libertad superior a seis meses¹⁴. Ahora bien, si la condena por delito doloso no conlleva privación de

¹² Artículo 302 LOPJ “Para concurrir a la oposición libre de acceso a la Escuela Judicial se requiere ser español, mayor de edad y licenciado en Derecho, así como no estar incurso en alguna de las causas de incapacidad que establece la ley”. Artículo 303 LOPJ “Están incapacitados para el ingreso en la Carrera Judicial los impedidos física o psíquicamente para la función judicial; los condenados por delito doloso mientras no hayan obtenido la rehabilitación; los procesados o inculcados por delito doloso en tanto no sean absueltos o se dicte auto de sobreseimiento, y los que no estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles.”

¹³ Es sorprendente que obtuviera un certificado negativo de antecedentes penales, el de 29 de enero de 2015, y un segundo negativo, expedido el 30 de noviembre de 2015, cuando los antecedentes penales no cancelaban hasta el 30 de octubre de 2016.

¹⁴ Según el artículo 379.1.d) de la LOPJ y el artículo 44.2 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (BOE nº11, de 13/1/1982). Si la condena es de menos de seis meses de privación de libertad el Consejo General del Poder Judicial o el Fiscal General del Estado, de forma motivada y atendiendo a la entidad del delito cometido, pueden sustituir la pérdida de la condición de juez o magistrado o de fiscal por la de suspensión hasta tres años.

libertad, entonces no habrá pérdida de la condición judicial o fiscal (compárese con la regulación respecto los vigilantes de seguridad). La segunda afirmación contenida en esta sentencia, que debería ser generalizada, es la necesidad de interpretar las normas “de la manera más favorable a la efectividad del derecho fundamental de acceder a los empleos públicos que reconoce el artículo 23.2 de la Constitución.”

- Caso 6: Taxistas (CAP). Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 570/2017 de 24 de julio de 2017 (ROJ: STSJ M 7529/2017).

El Tribunal señala que el requisito de la ausencia de antecedentes penales establecido en el artículo 31 1 b) del Decreto de la Comunidad de Madrid 74/2005, de 28 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Transporte Público Urbano en Automóviles de Turismo, que regula las licencias de taxi, es inválido pues no tiene una justificación ni cobertura legal suficiente. A continuación se pregunta: ¿Qué sentido tiene que se exija para poder ser conductor de taxi no tener antecedentes penales cuando algunos de ellos pueden provenir por hechos ajenos a la prestación del servicio de taxi?

En opinión del Tribunal, “de acuerdo con el art. 8 de la Directiva 95/46/CE, se desprende que el historial penal es un dato personal, y el propio almacenamiento y tratamiento automatizado está sometido a fuertes constricciones, que obligan a una interpretación restrictiva y rigurosa de los términos en los que esa información puede divulgarse o transmitirse, incluso (y, quizá, sobre todo) entre distintos órganos del Estado. Esta interpretación restrictiva se reafirma con mayor rotundidad en el art. 136 del Código penal al establecer que las inscripciones de antecedentes penales en dicho Registro no son públicas. Conforme a esa legalidad, resulta que las certificaciones de antecedentes penales solo pueden solicitarse por el interesado o por los órganos judiciales u otros poderes públicos cuando así lo disponga una norma con rango legal. Fuera de estos casos, y dada la naturaleza de los datos contenidos en el referido Registro, el acceso a ellos vulnera el derecho a la intimidad de aquél a quien se refieran. (...) Además, la exigencia de dicho requisito también afecta al derecho a la libre elección de profesión u oficio establecido en el artículo 35 de la de la Constitución”.

En consecuencia, el tribunal estima que procede la anulación del citado precepto de la ordenanza impugnada. También suspende la resolución del Director General de Gestión y Vigilancia de la Circulación del Ayuntamiento de Madrid que denegó la revisión del permiso municipal de conductor de taxi solicitada por el apelante, por no cumplir el requisito de carecer de antecedentes penales, y se acuerda que queden prorrogados los efectos inherentes al permiso municipal de conductor del taxi de la que era beneficiario el apelante.

Esta sentencia versa sobre si se puede introducir la exigencia de carecer de antecedentes penales en las ordenanzas municipales para la regulación de las licencias de taxi, aun cuando no haya una ley que lo permita expresamente. Los jueces lo niegan.

No obstante, la sentencia hace una ‘interpretación formal’, ya que el tribunal parece que consideraría que esta exigencia es apropiada si hubiese una ley que ampare la petición de un certificado de antecedentes penales. A nuestro juicio debería discutirse además el verdadero problema que la sentencia también apunta: ¿es correcto exigir la carencia de antecedentes penales en todas las profesiones aun cuando el delito no esté vinculado a su ejercicio? ¿No vulnera ello en últimas el derecho al trabajo? pues ¿qué trabajo va a aceptar ser el único destinatario de las personas con antecedentes penales? (Larrauri 2014a: 737)¹⁵.

- Caso 7: Vigilantes de Seguridad Privada. Sentencia de la Audiencia Nacional 14/2020 de 10 de febrero de 2020 (ROJ: SAN 14/2020)

La empresa Securitas Seguridad presenta a los nuevos vigilantes de seguridad un formulario en que se debe declarar que se carece de condenas penales en los países en los que se ha residido en los últimos cinco años. En la sentencia, la discusión versa sobre si es posible la petición de información sobre condenas previas por parte de empresarios privados sin una ley que específicamente lo permita.

En opinión del Tribunal esta práctica es ilícita y contraria a la normativa sobre protección de datos personales, pues la legislación en materia de seguridad privada atribuye a la Policía Nacional la gestión de las tarjetas de identificación profesional de los vigilantes de seguridad y a la Guardia Civil la de las licencias de armas, sin que las empresas de seguridad privada tengan competencia alguna en la materia. Continúa el Tribunal razonando que “Los antecedentes penales son datos de carácter personal como se deduce de la definición que de los mismos se efectúa en el art. 4 apartado 1) del Reglamento UE 2016/679 del Parlamento; y el mero hecho de solicitar cualquier referencia a los mismos supone un acto de tratamiento con arreglo a la segunda de las definiciones que se contienen en el apartado 2 del citado art.4. Desde el punto de vista del derecho a la protección de datos de carácter personal la practica empresarial solo podría ser lícita si es: 1.- necesaria para la ejecución del contrato de trabajo. 2.- que exista una habilitación legal que faculte a la empresa para recabar tal circunstancia”.

La Audiencia se plantea si se puede exigir información respecto de las condenas penales, por parte de empresarios privados, cuando no hay una ley que específicamente lo permita. La sentencia declara ilícito que una empresa de seguridad pregunte a sus nuevos empleados si carecen de condenas penales en los países en los que han residido en los últimos 5 años. El tribunal afirma que la información de condenas previas es de carácter personal y no existe una habilitación legal que faculte a la

¹⁵ Esta sentencia parece contradictoria a otra referida por Rovira (2016: 41-42). Así por ejemplo la Sentencia 460/2007 de 5 de octubre del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (ROJ: STSJ CL 4042/2007) concluye que establecer esta condición para las licencias de taxis está justificado porque el servicio de taxi es un servicio público.

empresa para recabar tal circunstancia. Concluye la Audiencia afirmando que además en modo alguno la empresa ha justificado que la petición de información sobre los antecedentes penales resulte necesaria para el cumplimiento del contrato de trabajo y que la habilitación legal para recabar los antecedentes penales es una tarea que corresponde a la policía.

Y añade “(...) la declaración que presenta la empresa para su suscripción excede de los que son meros antecedentes penales en vigor, pues se refiere a todo tipo de condenas penales en los últimos cinco años, lo que incluye tanto las que no han generado antecedentes por no ser firmes, como aquellas que siendo firmes han dado lugar a antecedentes ya cancelados”.

En nuestra opinión, en este caso es discutible que el solo hecho de preguntar si un trabajador tiene antecedentes penales sea considerado ‘tratamiento de datos’, aun cuando ciertamente el registro de las respuestas sí lo es¹⁶. Además, la afirmación que la policía es la responsable de otorgar la habilitación no implica automáticamente deducir una prohibición que las empresas pregunten¹⁷. También es curioso que la sentencia considere que este requisito no es necesario para la ejecución del trabajo, cuando admite que una condición para la obtención (y permanencia) de la habilitación es, de acuerdo con la Ley 5/2014, “carecer de antecedentes penales por delitos dolosos”. Por último, nos parece encomiable que la sentencia advierta que la pregunta “¿ha sido usted condenado en los últimos cinco años” es demasiado amplia, ya que puede referirse a sentencias no firmes o abarcar antecedentes penales cancelados. En este sentido es conveniente también atender a cómo se redacta e interpreta el requisito de carecer de antecedentes penales cuando esté previsto en una ley.

Al margen de estos comentarios, probablemente menores, es más trascendente, a nuestro juicio, el hecho de que esta sentencia recurre a una ‘interpretación formal’ que reclama que sólo la Administración Pública puede solicitar un certificado de antecedentes penales. De este modo, lo que parece negativo es si esta petición la realiza la empresa, no si la hace la Administración. Por consiguiente, queda pendiente, una vez más, la reflexión acerca de en qué actividades es conveniente solicitar este certificado, independientemente de quién lo solicita.

¹⁶ Artículo 4 del Reglamento UE 2016/679: “Definiciones. A efectos del presente Reglamento se entenderá por: 1 «datos personales»: toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona; 2) «tratamiento»: cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción”

¹⁷ Parece que se quiere desproveer a las empresas de seguridad de cualquier rol de vigilancia respecto de la contratación de su personal Art. 21 c) de la Ley 5/2014 “Las empresas de seguridad deben comunicar al Registro Nacional o autonómico del lugar donde presten servicios las altas y bajas del personal de seguridad privada de que dispongan y las incidencias concretas relacionadas con los servicios que prestan.”

- Caso 8: Enfermeros (CDNS). Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Málaga 396/2018 de 26 de febrero de 2018 (ROJ: STSJ AND 8530/2018).

El demandante había sido condenado con anterioridad por sentencia firme a siete años de prisión y a otros siete años y seis meses de inhabilitación profesional, por un delito de abuso sexual de un menor de 13 años. Tras haber cumplido la pena, el demandante es excluido de una bolsa de trabajo de enfermería por constar en su expediente certificado positivo del Registro Central de Delincuentes Sexuales.

Frente a esta decisión, el demandante alega que se le ha excluido sin justificación alguna de cualquier tipo de vacante, incluso de aquellas en que no hay un contacto habitual con menores de edad, como pudieran ser puestos de las unidades de Laboratorio, Estéril, Farmacia, Salud Laboral, Consultas Externas, Atención Primaria (no pediátrica), Psiquiatría, así como de puestos en las plantas de Traumatología, Medicina Interna y Cirugía.

La sentencia da la razón a la Administración declarando que el contacto con los menores puede ser habitual en cualquier puesto de trabajo de enfermería, no ya en su asistencia, sino al entrar o salir del centro, o al realizar cualquier gestión en el mismo, siendo “obvio que en cualquier centro sanitario la presencia de menores es frecuente”.

Este caso trata sobre si se debe requerir el CDNS para cualquier tipo de trabajo relacionado con la sanidad. La sentencia (da una respuesta distinta que la resolución que veremos en el caso diez y) afirma que se puede imponer este requisito a cualquier tipo de posición de enfermería, aunque los menores no sean los destinatarios prioritarios de los servicios prestados, ya que, a juicio del tribunal, se puede tener un contacto frecuente con menores al entrar o salir de un centro médico.

- Caso 9: Profesores (CDNS). Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 3 de Zaragoza 37/2018 de 19 de febrero de 2018 (ROJ: SJCA 8/2018).

En cumplimiento del art. 13 apartado 5, de la LO 1/1996 (según nueva redacción dada por la Ley 26/2015) se le pide a una profesora que aporte el certificado de antecedentes penales (CDNS) para ejercer la profesión. Ella se niega y, en primera instancia, el Juzgado le da la razón. El Juez estima que no procede la exigencia del certificado del RCDS a la recurrente (FJ Sexto) ya que el Real Decreto 1110/2015 por el cual se regula el Registro de Delincuentes Sexuales es inconstitucional porque vulnera el principio de legalidad (reserva de ley); desproporcional, (el plazo de cancelación de 30 años es excesivo cuando el Código Penal fija un máximo de 10 años para las penas de inhabilitación); y vulnera la prohibición de retroactividad (pues se aplica a todas las condenas existentes en el Registro aun cuando estaban dictadas antes de su entrada en vigor).

No obstante, con posterioridad, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón

(sentencia de 30 de abril de 2019, ROJ: AR 537/2019)¹⁸, confirma la legalidad del Real Decreto 1110/2015, para lo que se apoya en los argumentos defendidos en siete sentencias anteriores de la Audiencia Nacional¹⁹, las cuales “aunque no constituyen jurisprudencia conforme a lo establecido en el art. 1.6 del Código civil, establecen una línea de fundamentación plausible, a criterio de este tribunal”. En consecuencia, es previsible que el Registro de Delincuentes Sexuales persista, así como las disposiciones establecidas por el Real Decreto 1110/2015 que autorizan a pedir el CDNS.

Este supuesto nos sirve también para discutir la concepción formal que considera la pérdida de trabajo, consecuencia de la condena por un delito, como una ‘condición resolutoria’, y no una sanción en sí misma, adicional a la condena. Esta concepción formal puede observarse en la afirmación del Tribunal Superior de Justicia de Aragón:

(...) la pérdida de la condición de funcionario como consecuencia de la imposición de una pena de inhabilitación, según reiterada jurisprudencia no constituye ni una sanción disciplinaria ni la ejecución por la Administración de los efectos administrativos de una condena penal, sino simplemente la aplicación del régimen estatutario legal en materia de la función pública, lo que es coherente con el requisito de aptitud para el acceso consistente en no hallarse inhabilitado para el ejercicio de funciones públicas; de modo que, la pena de inhabilitación absoluta o especial actúa, respecto de la subsistencia de la relación funcional, a modo de condición resolutoria que opera automáticamente ("ope legis") tan pronto como se produce el hecho determinante previsto en la Ley, que es la imposición de la sanción penal. Tratándose de una consecuencia automática derivada de la imposición de una pena, la resolución que acuerda la pérdida de la condición funcional no requiere un previo procedimiento administrativo que incluya el trámite de audiencia, ya que la Administración se limita a constatar la existencia de tal sanción y aplicar la consecuencia jurídica querida por la Ley. Por tanto, la Administración no necesitaba la tramitación de procedimiento alguno para declarar la pérdida de la condición funcional del actor, debiéndose desestimar este motivo de impugnación.

A nuestro parecer, es necesario recapacitar acerca del razonamiento formal de que estar en un registro no es una sanción, sino una medida de protección, una ‘norma tuitiva’; y que no poder trabajar con menores tampoco es una sanción, sino una ‘nueva condición’ para el ejercicio profesional.

¹⁸ Agradecemos al profesor Marc Salat que nos haya proporcionado esta sentencia.

¹⁹ Véase los argumentos en el apartado referido a la cancelación de los antecedentes penales.

- Caso 10: La problemática para decidir en qué posiciones se debe requerir el CDNS. Informe 0401/2015 de la Agencia Española de Protección de Datos sobre la necesidad de presentar un certificado de delitos de naturaleza sexual para diversas profesiones.

Una empresa de prestación de servicios de transporte público de viajeros por carretera requiere un informe de la AEPD para conocer si debe requerir el CDNS a todos sus trabajadores ya que “cuenta con numerosos trabajadores que en el desarrollo de su actividad están en contacto habitual con menores (conductores, azafatas, agentes de ventas, personal de estaciones de servicios, etc.)”.

La AEPD indica que: “No parece que el mero hecho de poder tener un contacto con menores determine, per se, una limitación para el acceso (...). Es necesario que la actividad implique en sí misma un contacto habitual con menores, por ejemplo, como destinatarios prioritarios de los servicios prestados (...), y no meramente circunstancial. (...) Se trata por tanto de un criterio casuístico, que habrá que valorar para cada puesto de trabajo, y no objetivo o genérico”. Finalmente, según la AEPD: “Será, por tanto, la empresa la que tenga que determinar qué puestos de trabajo tienen un contacto directo, regular y habitual con menores y exigir para el acceso y el ejercicio de tales funciones el certificado en cuestión.”

Este informe se cita frecuentemente para señalar que la expresión ‘contacto habitual’ debe ser objeto de una interpretación restrictiva (Fernández-Pacheco 2019: 53; Salat 2016a: 11). No obstante, advertimos que deja en el aire una auténtica concreción de estos límites, y, en últimas, la AEPD, señala que son los empresarios quienes directamente deben decidir, y por lo tanto son los responsables de determinar, en qué casos se debe solicitar el CDNS (Larrauri y Rovira 2020: 303).

2.3. *Comentario*

Por lo que respecta a la relevancia de los antecedentes penales para dificultar la entrada en el mercado laboral, lo más destacable en las sentencias judiciales recientes es el recurso a una ‘interpretación formal’, que reclama que sólo la Administración Pública puede solicitar un certificado de antecedentes penales. De este modo, lo que parece negativo es si la petición de un certificado de antecedentes penales la realiza la empresa, no si la hace la Administración. Y de forma semejante, se demanda una ley que requiera un certificado de antecedentes penales y se rechaza que este requisito pueda ser previsto solo en un Reglamento.

Por consiguiente, queda pendiente la reflexión acerca de en qué actividades es conveniente solicitar este certificado, independientemente de quién lo solicita. En este sentido, se han propuesto una serie de criterios acerca de cuándo tiene sentido exigir un certificado de antecedentes penales. Esta ley debería: (a) limitarse a condenas; (b) definir los delitos específicos que son relevantes; (c) restringirse a delitos y

condenas de cierta gravedad; (d) demostrar un “vínculo próximo” entre el delito y la ocupación específica; (e) tener en cuenta sólo los antecedentes penales vigentes; (f) establecer que los antecedentes no sean un obstáculo automático, sino un elemento más a valorar (Larrauri 2014b: 62).

Además del Certificado de Antecedentes Penales, el principal elemento que ha hecho aumentar la importancia de los antecedentes penales en los últimos años, como obstáculo para la entrada en el mercado laboral, es sin duda la nueva Ley 26/2015, de 28 de julio, que requiere un Certificado de Delitos de Naturaleza Sexual para actividades que impliquen un ‘contacto habitual con menores’.

Como acabamos de reseñar el informe de la AEPD refuerza que la expresión ‘contacto habitual’ puede ser objeto de una interpretación restrictiva, pero deja en el aire una auténtica concreción de estos límites. Sin embargo, este informe no es necesariamente seguido por los jueces; como hemos visto (en el caso 8), la sentencia afirma que se puede imponer este requisito a cualquier tipo de posición de enfermería, aunque los menores no sean los destinatarios prioritarios de los servicios prestados, ya que, a juicio del tribunal, se puede tener un contacto frecuente con menores al entrar o salir de un centro médico. Si esta concepción extensiva fuera aceptada por el resto de los tribunales, las más de 40.000 personas que figuran en el Registro de Delincuentes Sexuales (Larrauri y Rovira 2020: 296) no podrían realizar prácticamente ningún trabajo o actividad, ya que en casi todas las profesiones existe la posibilidad de encontrarse con menores al entrar o salir del centro de trabajo.

Por último, también representa un obstáculo añadido la inscripción en Registro Central de Delincuentes Sexuales por un delito de naturaleza sexual. Ello conlleva la imposibilidad de desarrollar una profesión, oficio o actividad con un contacto habitual con menores que puede llegar a alcanzar los 30 años. Más allá de ejercicios semánticos que afirman que estar en un registro no es una sanción, sino una medida de protección, esta inscripción deviene una inhabilitación para ejercer numerosos empleos, y supera el límite de 10 años para las inhabilitaciones señalado por el Código Penal (Fernández-Pacheco 2019: 53; Molina Blázquez 2016: 1; Salat 2016a: 10).

3. Cancelación

En España y en general en toda Europa todos los antecedentes penales deben poder ser ‘cancelados’, ‘borrados’, ‘eliminados’ o cuando menos dejan de producir efectos. Este hecho es una manifestación del apoyo a la rehabilitación, y la constatación de que los antecedentes penales precisamente dificultan la misma. En este apartado tratamos la legislación y las decisiones judiciales relacionadas con el momento en que los antecedentes penales pueden ser cancelados.

3.1. *Leyes*

El derecho de supresión (‘derecho al olvido’) de los datos de carácter personal registrados por parte de las autoridades competentes a efectos de la prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de la ejecución de sanciones penales, es reconocido en el artículo 17 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016; y en los mismos términos en el artículo 15 de la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Además, la Directiva (UE) 2016/680 establece un régimen propio para este tipo de datos, que también reconoce el derecho de supresión (artículo 16).

En España para que los antecedentes penales dejen de tener efectos (‘se cancelen’) son necesarios dos requisitos: 1) que se haya extinguido la responsabilidad penal y 2) que hayan transcurrido sin delinquir los plazos previstos señalados en el artículo 136 del Código Penal.

En los últimos años se han aumentado los plazos para la cancelación de los antecedentes penales. Por un lado, la LO 1/2015, amplió el plazo de 5 a 10 años para las penas graves para el conjunto de los antecedentes penales que figuran en el Registro Central de Penados y que aparecen en el CAP. Por otro, a este incremento de los plazos generales del Código Penal, se le suma el plazo de cancelación específico de 30 años por las condenas por delitos sexuales cometidos por adultos sobre menores inscritas en el Registro de Delitos de Naturaleza Sexual (Artículo 10.b del Real Decreto 1110/2015), y que aparecen en el CDNS.

Además, desde la creación del Registro Central de Delincuentes Sexuales se incorporaron a este registro todas las inscripciones contenidas en el Registro Central de Penados y en el Registro Central de Sentencias de Responsabilidad Penal de los Menores, pues la Disposición adicional primera del Real Decreto 1110/2015 señala que “se remitirán en el estado en que se encuentren”. De esta forma, cuando se creó el Registro de Delitos de Naturaleza Sexual en marzo de 2016 se incorporaron todos los datos de las 40.782 personas con una inscripción por un delito de este tipo cometido con anterioridad y que no habían sido canceladas en ese momento (Larrauri y Rovira 2020: 293).

3.2. *Sentencias*

La no cancelación de los antecedentes penales, y más especialmente de los antecedentes penales por delitos de naturaleza sexual, ha cobrado una especial importancia a raíz de su incorporación en el Registro de Delitos de Naturaleza Sexual. Debido a la existencia de numerosas sentencias respecto la cancelación de los antecedentes penales, antecedentes policiales y otros registros del Ministerio de Justicia, las agruparemos por temática y, para intentar poner orden, distinguiremos las situaciones más recurrentes.

a. *Inscripciones en el Registro Central de Delincuentes Sexuales*

La creación del Registro Central de Delincuentes Sexuales ocasionó que numerosas personas se preocuparan de cancelar sus antecedentes en el Registro Central de Penados. Su queja estriba en que sus antecedentes penales se han incorporado al Registro Central de Delincuentes Sexuales, a pesar de que su condena es anterior al 2015.

Numerosas sentencias²⁰ desestiman el recurso contra la decisión del Secretario General de la Administración de Justicia que deniega la cancelación de los datos existentes en el Registro Central de Delincuentes Sexuales. En todas ellas el razonamiento utilizado es idéntico y se basa en señalar que la incorporación en este registro no es un caso de aplicación irretroactiva prohibida, sino una ‘irretroactividad mínima’. Así se reitera en el fundamento 6.3 de la sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de mayo de 2018 (ROJ: SAN 2060/2018):

El Tribunal Constitucional en la sentencia 270/2015 de 17 de diciembre, (FD 7o) hace las siguientes precisiones sobre el concepto de retroactividad incompatible con el artículo 9.3 CE: en el caso de la retroactividad impropia, que incide en situaciones no concluidas, hay que reconocer al legislador un amplio margen de libertad, de suerte que no entran dentro del ámbito de la retroactividad prohibida las disposiciones que, carentes de efectos ablativos o peyorativos hacia el pasado, despliegan su eficacia inmediata hacia el futuro, aunque ello suponga incidir en una relación o situación jurídica aún en curso.

Las numerosas sentencias concluyen que los antecedentes no están cancelados, pues constan en el Registro Central de Penados, y por ello pueden ser incorporados al Registro Central de Delincuentes Sexuales. De forma sorprendente, en algunas sentencias se desliza el reproche que el interesado debía haberse preocupado de cancelarlos.

Por último, se alega que la inscripción en un Registro no es una pena, sino que se trata de “medidas preventivas de protección del menor” citando la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de diciembre de 2009, asunto Gardel v. France, no 16428/05 (ECLI:CE:ECHR:2009:1217JUD001642805).

Sin embargo, esta argumentación ha variado en una reciente sentencia del Tribunal Supremo 295/2020 de 2 de marzo de 2020 (ROJ: STS 686/2020)²¹. El TS empieza declarando “(...) que el art. 10 del R.D. 1110/15 en su enjuiciamiento abstracto no vulnera los derechos y principios reconocidos en los artículos 9.3, 14, 18 y 25 CE”²². De esta forma, la sentencia da implícitamente apoyo a que todos los

²⁰ Véase entre otras las sentencias de la Audiencia Nacional de 16 de junio de 2019 (ROJ: SAN 3877/2019), de 25 de junio de 2019 (ROJ: SAN 2727/2019), de 16 de octubre de 2019 (ROJ: SAN 3898/2019), de 22 de octubre de 2010 (ROJ: SAN 4438/2018), de 23 de octubre de 2019 (ROJ: SAN 4082/2019 y SAN 4083/2019), de 18 de diciembre de 2019 (ROJ: SAN 4915/2019) y de 24 de enero de 2020 (ROJ: SAN 470/2020).

²¹ Agradecemos a la profesora Iris Rosario que nos haya puesto en conocimiento de esta sentencia.

²² Recordemos que el apartado b del artículo 10 reza: “Cuando la víctima fuera menor de edad y el condenado mayor de edad, la cancelación se realizará cuando haya transcurrido el plazo de treinta años, a contar

antecedentes penales que no debían estar cancelados en esta fecha integren efectivamente el Registro Central de Delincuentes Sexuales y en consecuencia se les pueda aplicar el nuevo plazo de cancelación de los 30 años. En estos casos entiende que “estaríamos ante un supuesto de retroactividad mínima excluida por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo de la retroactividad en sentido propio, ya que la norma afecta a situaciones o relaciones jurídicas actuales no concluidas”.

No obstante, la sentencia estima el recurso ya que los antecedentes penales en el caso concreto enjuiciado “debieron estar cancelados de oficio” antes de la entrada en vigor del Registro Central de Delincuentes Sexuales. De este modo, a partir de ahora hay que distinguir dos situaciones: por un lado, si los antecedentes penales debían estar cancelados en la fecha de creación del registro a 30 de diciembre de 2015 no debieron integrarse en él; por otro, si los antecedentes penales no eran cancelables, aun cuando los delitos fueran realizados con anterioridad a 2015, pasan a integrarse en el Registro Central de Delincuentes Sexuales.

Para finalizar, merece destacarse un caso referido a la cancelación de antecedentes penales de menores por la Audiencia Nacional (Sentencia de 18 de mayo de 2015, ROJ: SAN 2060/2018). En este supuesto, la condena penal es de seis meses de intervención educativa a un menor de 14 años, que había sido cumplida el 30 de julio de 2007. La Audiencia deniega la cancelación de los datos inscritos en el Registro Central de Delincuentes Sexuales, por no haber transcurrido el plazo de 10 años desde que el interesado alcanzó la mayoría de edad²³.

b. Inscripciones en registros de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (‘Antecedentes policiales’).

Un segundo grupo de sentencias sobre cancelación se refieren a los antecedentes policiales²⁴. En términos generales en este grupo de sentencias el recurrente pide que se cancelen sus antecedentes policiales, por ejemplo, por delitos de hurto y malos tratos ya que en un caso el recurrente resultó absuelto y otro fue sobreesido. La policía le da un formulario para que ejercite su derecho a la cancelación en el fichero PERPOL²⁵, y posteriormente le deniega la cancelación. Ante esta negativa, el ciudadano acude a la AEPD quien también desestima su demanda.

desde el día en que se considere cumplida la pena de conformidad con el artículo 136 del Código Penal sin haber vuelto a delinquir”.

²³ Las inscripciones por condenas a menores de edad se cancelan cuando la persona cumple 28 años, siempre que la medida haya finalizado o haya prescrito (Artículo 24 del Real Decreto 95/2009).

²⁴ Véase las sentencias de la Audiencia Nacional de 28 de marzo de 2011 (ROJ: SAN 2025/2011), de 26 de junio de 2012 (ROJ: SAN 2934/2012), de 23 de julio de 2018 (ROJ: SAN 3074/2018), de 8 de noviembre de 2018 (ROJ: SAN 5101/2018) y de 23 de julio de 2019 (ROJ: SAN 3935/2019).

²⁵ "PERSONAS", al que se alude en las resoluciones recurridas, es el fichero de gestión de antecedentes de las personas de interés policial, denominado PERPOL declarado mediante Orden del Ministerio del Interior INT/1202/2011, de 4 de mayo, por la que se regulan los ficheros de datos de carácter personal del Ministerio del Interior (BOE nº 114, de 13/5/2011). Hay además otros ficheros.

En concreto, respecto los antecedentes policiales el artículo 22 de la LOPD 15/1999²⁶ dispone: “4. Los datos personales registrados con fines policiales se cancelarán cuando no sean necesarios para las averiguaciones que motivaron su almacenamiento. Se considerará especialmente la edad del afectado y el carácter de los datos almacenados, la necesidad de mantener los datos hasta la conclusión de una investigación o procedimiento concreto, la resolución judicial firme, en especial la absolutoria, el indulto, la rehabilitación y la prescripción de responsabilidad.”

No obstante, en numerosas ocasiones se rechaza la cancelación, alegando necesidades de prevención de un peligro para la seguridad pública, de acuerdo con el art. 23 de la misma ley: “1. Los responsables de los ficheros que contengan los datos a que se refieren los apartados 2, 3 y 4 del artículo anterior podrán denegar el acceso, la rectificación o cancelación en función de los peligros que pudieran 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.” Como podemos observar, la formulación es tan genérica que la policía puede denegar en numerosas ocasiones la cancelación de antecedentes policiales²⁷.

Sin embargo, desde la Sentencia de Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 28 de marzo de 2011 (ROJ: SAN 2025/2011), se afirma la vulneración del derecho fundamental a la protección de los datos personales (art. 18.4 CE) en caso de no haberse aceptado cancelar los datos obrantes en los ficheros policiales sin suministrar una motivación individualizada:

(...) cuando, pese a encontrarse perfectamente definidos los límites que resultan aplicables al derecho de acceso, las autoridades públicas encargadas de la custodia de tales ficheros no justifican adecuadamente las razones por las que se restringe o deniega el derecho de acceso solicitado, o para ello se emplean razones genéricas o fórmulas estereotipadas que no permitan apreciar las razones en las que se sustenta la limitación. Y este es el caso que nos ocupa en el que la negativa a facilitar los datos personales obrantes en los ficheros policiales no se justificó en algunos de los supuestos antes mencionados sino en una genérica imposibilidad de proporcionarlos (...). Esta respuesta resulta insuficiente y no satisface debidamente el derecho de acceso antes mencionado.

Este razonamiento se ve confirmado en sentencias posteriores en las que se constata que, si bien la autoridad administrativa puede restringir o denegar el derecho de cancelación solicitado, ha de motivar y justificar esa cancelación, sin que baste la utilización de fórmulas genéricas o estereotipadas que no permitan apreciar las razones en las que se sustenta la limitación.

²⁶ Véase en la actualidad la LO 3/2018 de 5 de diciembre (art 15) y especialmente art.17 Regl. (UE) 2016/679 y art.16 Directiva (UE) 2016/680.

²⁷ En este sentido sería bueno que se publicasen los datos.

c. Inscripción en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica y de Género ('Antecedentes de Víctimas').

La Sentencia de la Audiencia Nacional con fecha de 28 de junio de 2018 (ROJ: SAN 2848/2018), se enfrenta a un recurso contra la resolución del Secretario General de la Administración de Justicia por delegación del Ministro de Justicia de 12 de septiembre de 2016, por la que se acuerda denegar la cancelación de datos contenidos en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica y de Género. Los datos inscritos son de un procedimiento de violencia doméstica por quebrantamiento de condena o medida cautelar del Juzgado de Instrucción nº6 de Alcalá en que se ha dictado auto de sobreseimiento provisional. No consta que se adoptarán órdenes de protección u otras medidas cautelares en este caso.

En opinión del tribunal el Registro Central de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica no tiene por objeto dejar constancia de la existencia de un procedimiento penal en tramitación, sino, de las medidas cautelares y órdenes de protección acordadas y quebrantamiento de estas: “Por tanto, conforme al artículo 2.3 c) RD 95/2009 sólo se deben inscribir en el mismo. 1) Penas y medidas de seguridad impuestas en sentencia por delito o falta. 2) Medidas cautelares y órdenes de protección acordadas en procedimientos penales en tramitación. 3) Quebrantamientos de cualquier pena u orden de protección acordada en dichos procedimientos penales.”

En este caso no existe ninguna resolución judicial que indique que se ha producido un quebrantamiento de pena u orden de protección, ya que se ha dictado un auto de sobreseimiento provisional (desde hace cinco años). En consecuencia, la Audiencia estima el recurso contencioso-administrativo y ordena la cancelación de la inscripción en el Registro Central de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica de los datos relativos al recurrente.

Es objetable a nuestro parecer el argumento del abogado del Estado que sostiene que la Ley de Protección de Datos no es de aplicación para este tipo de registros. La Directiva (UE) 2016/680 establece un régimen propio relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, en la que se reconoce el derecho de rectificación o supresión de datos personales (artículo 16). Si bien esta Directiva aun no ha sido traspuesta al ordenamiento español (Miguel 2020: 1), ello no implica que no pueda tener efectos directos.

d. Inscripciones de condenas de otros países ('Antecedentes extranjeros').

El art. 5 de la LO 7/2014, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones penales en la Unión Europea, en relación con las notas de condena relativas a españoles derivadas de sentencias firmes dictadas en otros estados miembros, establece que: “1. El Registro Central de Penados inscribirá

las notas de condena transmitidas como firmes que, por considerar que se refiere a una persona con nacionalidad española, le hayan sido remitidas por la autoridad central del Estado miembro de condena. Si el Registro Central de Penados tuviera constancia cierta de que la notificación se refiere a una persona que no tiene la nacionalidad española la rechazará, salvo que dicha persona hubiera sido condenada en España con anterioridad, fuera o hubiera sido residente en España o hubiera tenido la nacionalidad española.”

Las sentencias analizadas²⁸ se refieren a supuestos en que la persona pide al Ministerio de Justicia que cancele una inscripción de una condena de otro país miembro de la Unión Europea en el Registro Central de Penados español y el Ministerio de Justicia lo deniega. El argumento esgrimido es que la cancelación debe estar conforme a la legislación del país que lo inscribió originalmente, ya que el Registro Central de Penados español no es competente para resolver la solicitud de cancelación de condenas por tribunales de otros países²⁹.

e. *Inscripciones de condenas previas ('Antecedentes penales')*.

En este grupo de casos³⁰, el acto recurrido es la resolución del Secretario General de la Administración de Justicia, por delegación del Ministro de Justicia, por la que se acuerda denegar la solicitud de cancelación de los antecedentes penales. En general, no son pocos los casos en que no consta que haya transcurrido los plazos. Ello se debe a que los juzgados no siempre remiten la fecha de extinción de la responsabilidad penal con la misma diligencia con la que sí se tramita la inscripción de la fecha de condena (ver Muñoz 2014: 218).

3.3. *Comentario*

Respecto de la cancelación de los antecedentes penales deben realizarse varios aspectos. En primer lugar, debería reflexionarse acerca de que no haya nada que el ciudadano pueda realizar para acortar los plazos de cancelación, cuando incluso el tribunal está convencido, y en alguna sentencia se exclama, de su buen comportamiento. Debe enfatizarse que la persona ya ha cumplido la pena y es precisamente la existencia de los antecedentes penales lo que le impide conseguir algún trabajo, como vigilante de seguridad privada, tramitar una licencia de taxi o el permiso de residencia. Además, se debe recordar a los tribunales la necesidad de enviar al registro de

²⁸ Véase las sentencias de la Audiencia Nacional de 23 de julio de 2019 (ROJ: SAN 2214/2019) y de 18 de noviembre de 2019 (ROJ: SAN 4526/2019).

²⁹ Ello origina algunas paradojas, como que, por ejemplo, en España se publican en el certificado de antecedentes penales las inscripciones de condenas por sentencias de conformidad mientras que en Italia no.

³⁰ Véase las sentencias de la Audiencia Nacional de 29 de abril de 2019 (ROJ: SAN 1741/2019), de 18 de junio de 2019 (ROJ: SAN 2620/2019), de 20 de noviembre de 2011 (ROJ: SAN 4528/2019), de 15 de enero de 2020 (ROJ: SAN 256/2020), de 28 de enero de 2020 (ROJ: SAN 254/2020) y de 5 de febrero de 2020 (ROJ: SAN 392/2020).

forma automática las fechas de cumplimiento de las penas, para que el Registro tenga constancia y pueda empezar a calcular el plazo de cancelación.

En segundo lugar, por lo que respecta al CDNS debe remarcarse la reciente sentencia del Tribunal Supremo 1220/2020 de 2 de marzo de 2020 (ROJ: STS 686/2020) que rechaza que se integren en el Registro de Delincuentes Sexuales los antecedentes que debían estar cancelados en el momento de su creación, sin aceptar el argumento que la disposición adicional primera del R.D. 1110/15 señala que “se remitirán en el estado en que se encuentren”, ya que un antecedente penal cancelable no debiera estar en el Registro Central de Penados; y sin culpar además de la inactividad al ciudadano, pues la cancelación se debiera producir ‘de oficio’.

Además, se debería discutir si, en efecto, en el caso de la creación del Registro Central de Delincuentes Sexuales estamos ante un caso de irretroactividad mínima. La incorporación al registro conlleva un nuevo plazo de cancelación y una inhabilitación para ejercer numerosas profesiones durante 30 años; cuesta creer que este supuesto sea un ejemplo de ‘retroactividad impropia o mínima en que no se producen efectos peyorativos o lesivos’.

En tercer lugar, es criticable que se mantenga un plazo de 10 años de cancelación para todos los delitos realizados por menores de edad. Este plazo es muy superior al que resultaría de aplicar los plazos para delitos cometidos por adultos previstos en el art. 136 del Código Penal. Este plazo de diez años tras la mayoría de edad para todo tipo de sentencias ya era objetable con anterioridad, si bien no había producido excesiva alarma pues sólo tenían acceso a las sentencias del Registro de Menores los juzgados de menores, y, en principio, esta información no podía ser conocida fuera del sistema judicial. Sin embargo, desde el momento en que estas se incorporan al Registro Central de Delincuentes Sexuales, habría que exigir que los plazos de cancelación para menores sean, por lo menos, idénticos a los plazos de los adultos y no más largos. En este ejemplo, el plazo de cancelación para adultos hubiera sido de dos años, y de acuerdo con la reciente Sentencia del Tribunal Supremo, esta condena hubiera estado cancelada y en consecuencia no se debería haber inscrito en este registro.

Por último, merece también enfatizarse la preocupación por la cancelación no solo de los antecedentes penales sino también policiales. La normativa europea³¹ regula el derecho de supresión (‘el derecho al olvido’) (art.17 Reglamento (UE) 2016/679)³². El problema, como hemos visto, es que este se puede denegar “b) para

³¹ Véase también artículo 15 de la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales) regula el derecho de supresión (‘el derecho al olvido’), de acuerdo con la regulación europea (art.17 Reglamento (UE) 2016/679).

³² Adicionalmente, la Directiva (UE) 2016/680 establece un régimen propio relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales. Esta también reconoce el derecho de rectificación o supresión de datos personales (artículo 16).

evitar que se cause perjuicio a la prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales o a la ejecución de sanciones penales; c) proteger la seguridad pública; d) proteger la seguridad nacional; y e) proteger los derechos y libertades de otras personas”. Esta formulación es tan amplia que la policía puede rechazar en numerosas ocasiones la cancelación de los ‘antecedentes’ policiales. Aun cuando, como hemos reseñado, los jueces exijan que, por lo menos, se motive de forma individualizada (SAN 2025/2011), sería deseable una ley que estableciera de forma más precisa y determinada cuando procede la cancelación de los ‘antecedentes’ policiales.

Además, como veremos, tener ‘antecedentes’ policiales produce consecuencias muy reales, por ejemplo, para conseguir la autorización de residencia (véase Larrauri, 2016: 7-8). Como señala Jacobs (2015: 31-32), es precisamente el hecho de que esta información este en registros policiales lo que le da relevancia, y en este sentido no es casualidad que se hable coloquialmente de ‘antecedentes’ policiales. Ello le imprime un marchamo de oficialidad y dota, de facto, a la policía de un poder para imponer un estigma duradero a una persona.

4. Antecedentes penales y extranjería

Para finalizar, nos vemos obligados a introducir un breve comentario respecto del efecto de los antecedentes penales para solicitar la autorización del permiso de residencia.

Como quizás es conocido la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social prevé la exclusión de forma automática de la autorización de la residencia temporal a personas con antecedentes penales (art. 31) (véase más en detalle en Larrauri 2016: 8-11). En este sentido ya detectamos que la petición de un certificado de antecedentes penales se produce en numerosos casos para solicitar la autorización de residencia (Larrauri y Jacobs 2011: 15; Blitsa et al. 2016: 206-207).

La sentencia del Tribunal Supremo 1150/2018 de 5 de julio de 2018 (ROJ: STS 2771/2018) confirma esta posición: “La cuestión controvertida consiste en determinar si en presencia de antecedentes penales deberá denegarse la autorización de residencia de larga duración o si, con carácter previo a dicha decisión estimatoria o denegatoria de la solicitud, deberán considerarse las circunstancias concurrentes [y la] existencia de motivos suficientes, razonables y razonados de que la conducta personal del extranjero constituye una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad”. Para concluir que “no parece coherente que para la concesión de la residencia temporal se exija carecer de antecedentes penales y sin embargo para obtener una posición más beneficiosa tal requisito no sea determinante”, y en consecuencia concluye que “la sola existencia de algún

antecedente penal determina sin más la denegación de la solicitud de autorización de larga duración”.

Sin embargo, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo 1305/2019 de 3 de octubre de 2019 (ROJ: STS 3300/2019) llega a una conclusión más matizada (FJ octavo). En primer lugar, expone la pregunta planteada: “El Tribunal de Justicia (Gran Sala) de la Unión Europea (T.J.U.E), de 13 de septiembre de 2016, asunto c-165/14, decide una cuestión prejudicial planteada por esta Sala del Tribunal Supremo, en la que se pregunta: "si es conforme con la Jurisprudencia Tribunal de Justicia relativa al artículo 20 TJUE, invocada en el caso de autos, la regulación nacional, que prohíbe, sin posibilidad de excepción, la concesión de una autorización de residencia en caso de antecedentes penales en el país en que ésta se solicita, aunque ello implique como consecuencia ineludible privar a un menor, nacional de la Unión y dependiente del solicitante de la autorización, de su derecho a residir en la Unión.”

A continuación, reproduce el razonamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea³³ de acuerdo con el cual procede denegar la residencia si existe una amenaza real, actual y suficientemente grave para el orden o la seguridad pública. Y debe procederse a una valoración concreta, teniendo en cuenta además el principio de proporcionalidad, del interés superior del niño y los derechos fundamentales. Por lo cual falla: “El artículo 20 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a esa misma normativa nacional que exige la denegación automática de una autorización de residencia al nacional de un tercer Estado, progenitor de unos hijos menores de edad, ciudadanos de la Unión y de los que tiene la guarda exclusiva, debido únicamente a que el interesado tiene antecedentes penales, cuando tal denegación tenga como consecuencia obligar a esos hijos suyos a abandonar el territorio de la Unión Europea.”

Por lo que el Tribunal Supremo concluye [FJ décimo]: En los supuestos de solicitud de autorización de residencia de larga duración³⁴, procede considerar la gravedad o el tipo de delito contra el orden público o la seguridad pública o el peligro que representa la persona en cuestión, además de las circunstancias personales del solicitante, nacional de un tercer Estado, si tiene el solicitante la guarda y custodia del menor de edad, ciudadano español y por tanto ciudadano de la U.E.

En consecuencia, según esta sentencia la mera existencia de antecedentes penales no es un obstáculo automático para la autorización de larga duración³⁵. Esta interpretación ha recibido la confirmación definitiva en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de septiembre de 2020, que rechaza la posibilidad de una denegación automática por el hecho de tener antecedentes penales y reclama una valoración individual [39]

³³ ECLI:EU:C:2016:675.

³⁴ Agradecemos a José Javier Ordoñez que nos haya ayudado en la interpretación de esta sentencia, ya que de la misma se deduce que tampoco es posible la denegación automática en el supuesto de la *autorización temporal* de residencia y trabajo.

³⁵ Si bien en el caso concreto se deniega la autorización de residencia de larga duración.

que sopesa el tipo de delito, la amenaza o peligro real y grave que representa para el orden público, la duración de la residencia y sus vínculos con el Estado miembro [38,40]. En consecuencia, considera que el artículo 6 de la Directiva 2003/109 se opone a la normativa de un Estado miembro que establezca una denegación ‘por el mero hecho de tener antecedentes penales, sin examinar específicamente su situación’ [43].

Para finalizar, es necesario recordar que a efectos de valorar la concesión de la autorización de residencia se han considerado generalmente también los antecedentes policiales (Larrauri 2016: 4-5). Por lo que será necesario proseguir las decisiones judiciales y el debate acerca del efecto que tienen los antecedentes policiales para conseguir esta autorización (véase el Auto del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2019 (ROJ: ATS 10671/2019), que admite a trámite el recurso de casación para dilucidar específicamente el efecto de los antecedentes policiales).

5. Conclusión

En este artículo ofrecemos una descripción y análisis de las sentencias más relevantes sobre la publicidad, solicitud y cancelación de los antecedentes penales en los últimos diez años.

En este periodo se ha producido un notable incremento de las sentencias sobre estas cuestiones. El principal motivo es la obligación de solicitar un Certificado de Delitos de Naturaleza Sexual para aquellas actividades que impliquen un ‘contacto habitual con menores’ y la creación del Registro Central de Delincuentes Sexuales, que introduce un plazo de cancelación de 30 años para aquellos delitos cometidos por adultos sobre menores. Estos cambios han producido una conciencia clara de la importancia de los antecedentes penales, y por ello podemos afirmar que en la actualidad los antecedentes penales preocupan a la ciudadanía y ocupan a los jueces españoles.

A pesar de que el objetivo de este estudio es señalar las sentencias judiciales y resoluciones de la AEPD más relevantes, y no formular recomendaciones de carácter general, creemos que esta exposición permite realzar algunos aspectos que debieran ser objeto de una mayor discusión respecto la publicidad, los efectos y la cancelación de los antecedentes penales.

En primer lugar, los ‘antecedentes penales’ no se pueden seguir definiendo, de forma exclusiva, como las inscripciones en el Registro Central de Penados. Como ha quedado evidenciado a lo largo de nuestra exposición, el surgimiento de nuevos registros y bases de datos del sistema de justicia penal han creado nuevas preocupaciones en los ciudadanos ante la posibilidad de ver su nombre expuesto en ellos y afrontar las consecuencias derivadas.

Hemos constatado el creciente recurso a la justicia precisamente para cancelar la

inscripción de una base de datos policial. Asimismo, existen otro tipo de registros como el Registro Central para la Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica y el Registro Central de Delincuentes Sexuales que han generado problemáticas específicas. Como hemos destacado, en el Registro de Víctimas se inscribe información de medidas cautelares y ordenes de protección, lo que representa la inscripción de información de procedimientos en curso, sin que se sepa cómo finalizan. Por otra parte, el Registro Central de Delincuentes Sexuales presenta unos plazos de cancelación de 30 años, triplicando el plazo máximo de cancelación del Registro Central de Penados, y con ello imposibilita el acceso a múltiples trabajos. En este sentido, la existencia de nuevas bases de datos y registros, como el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica y de Género o el Registro Central de Delincuentes Sexuales debería conllevar el surgimiento de nuevos derechos, como el derecho a no ser estigmatizado por una inscripción en un registro penal (Campbell 2013: 681; Grace 2013: 305-309; Larrauri 2014a: 730-734).

En segundo lugar, es necesario reiterar que la exclusión del mercado laboral como consecuencia de un antecedente penal no se soluciona solo negando la posibilidad de que lo solicite un empresario privado o exigiendo la existencia de una ley. El reto es, aun cuando se permita solo pedir esta información a la Administración Pública, diseñar leyes cuidadosamente redactadas que puedan equilibrar adecuadamente todos los derechos involucrados. Como indicó Larrauri (2014b: 62), esta ley debería: (a) limitarse a condenas; (b) definir los delitos específicos que son relevantes; (c) restringirse a delitos y condenas de cierta gravedad; (d) demostrar un "vínculo próximo" entre el delito y la ocupación específica; (e) tener en cuenta sólo los antecedentes penales vigentes; (f) establecer que los antecedentes no sean un obstáculo automático, sino un elemento más a valorar. Hemos señalado además que una interpretación extensiva (como la adoptada en la sentencia analizada en el caso 8) de la expresión 'contacto habitual con menores' afectará a las más de 40.000 personas (Larrauri y Rovira 2020: 296) que figuran en el Registro de Delincuentes Sexuales, quienes no podrían realizar prácticamente ningún trabajo o actividad, ya que en casi todas las profesiones existe la posibilidad de encontrar a menores al entrar o salir del centro de trabajo.

En tercer lugar, es conveniente conocer las consecuencias colaterales de los antecedentes penales. Como se ha mostrado, el hecho de disponer de antecedentes penales puede tener efectos automáticos en las personas condenadas con consecuencias en ocasiones más negativas que las penas establecidas en la sentencia condenatoria, como la limitación de las oportunidades laborales o el conseguir un permiso de residencia (para una recopilación exhaustiva de todos estos efectos ver Larrauri y Rovira 2019: 37-39). Es necesario discutir, de acuerdo con la literatura internacional (Colgate Love 2011: 126-127, Goulette et al. 2014: 292-293), la posibilidad que los jueces conozcan y tomen en consideración estas consecuencias punitivas en sus

sentencias, pues sólo ello garantiza el respeto a la proporcionalidad del castigo; y también sería deseable que se constatará que los condenados conocen esta información cuando aceptan una sentencia en conformidad (Larrauri, 2014b: 61).

Finalmente, las numerosas sentencias sobre la cancelación de los antecedentes penales y el aumento exponencial de, aproximadamente, 10.000 procedimientos de cancelación en 2010, a 100.000 en 2019 (Larrauri y Rovira 2020) evidencian que tener un antecedente penal, además de las consecuencias que ocasiona, es considerado un estigma. Por ello, creemos que es necesario advertir al ciudadano que inste la cancelación, al tiempo que exigir a la Administración que cumpla con la cancelación de oficio. Como hemos enfatizado (y se constata en la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2020, ROJ: STS 686/2020) muchas inscripciones actuales en el Registro de Delincuentes Sexuales no deberían estar allí, pues los antecedentes penales debían haber estado cancelados (véase también Seitún, 2020: 294-299).

De acuerdo también con diversas experiencias internacionales (Larrauri, 2014b: 62) sería interesante incorporar un sistema que permita la cancelación anticipada de los antecedentes penales. Estas prácticas son conocidas en otros países como Francia (Herzog-Evans 2011: 13-17) y se han vinculado a mejores posibilidades en el proceso del desistimiento del delito (Maruna 2011: 106-113). En este sentido, debe recordarse que la persona ya ha cumplido la pena y es precisamente la existencia de los antecedentes penales lo que le impide conseguir un trabajo o el permiso de residencia.

Creemos que un debate sobre estos elementos ayudaría a definir un sistema en el que la publicidad, solicitud y cancelación de los antecedentes penales pondere de forma más justa las eventuales necesidades de protección con la ayuda a la reinserción de las personas condenadas.

Referencias

- Areta, María. 2020. «Solicitud de un certificado de antecedentes penales a los trabajadores de nuevo ingreso y tratamiento de datos de carácter personal.» *Revista de Jurisprudencia Laboral* (3/2020):1-12.
- Blitsa, Dimitra, Lauryn P. Gouldin, James B. Jacobs, y Elena Larrauri. 2016. «Criminal Records and Immigration: Comparing the United States and the European Union». *Fordham International Law Journal* 36(2):206-40.
- Bueno Arús, Francisco. 1983. «Sobre la publicidad del registro de antecedentes penales». *Boletín de Información. Ministerio de Justicia e Interior* 37(1330):3-11.
- Cabo Pérez, Pablo, Eva Fernández Piedralba, y Noemí García Esteban. 2017. «El certificado negativo del registro central de delincuentes sexuales en el ámbito sanitario: normativa estatal y aplicación autonómica». *DS : Derecho y salud* 27(1):252-62.

- Campbell, Liz. 2013. «Criminal Labels, the European Convention on Human Rights and the Presumption of Innocence». *The Modern Law Review* 76(4):681-707.
- Colgate Love, Margaret. 2011. «Collateral Consequences after Padilla v. Kentucky: From punishment to regulation». *Saint Louis Public Law Review* 30:87-128.
- Fernández-Pacheco, Cristina. 2019. «Medidas que afligen como penas. La inhabilitación para delincuentes sexuales para profesiones de contacto con menores». *Revista Penal* 43:46-63.
- Goulette, N. W., A. K. Reitler, J. Frank, W. Flesher, y L. F. Travis. 2014. «Criminal Justice Practitioners' Perceptions of Collateral Consequences of Criminal Conviction on Offenders». *Criminal Justice Review* 39(3):290-304.
- Grace, Jamie. 2013. «Privacy, stigma and public protection: A socio-legal analysis of criminality information practices in the UK». *International Journal of Law, Crime and Justice* 41(4):303-21.
- Herzog-Evans, M. 2011. «Judicial Rehabilitation in France: Helping with the Desisting Process and Acknowledging Achieved Desistance». *European Journal of Probation* 3(1):4-19.
- Jacobs, James B. 2015. *The Eternal Criminal Record*. Cambridge: Harvard University Press.
- Larrauri, Elena. 2014a. «Criminal Record Disclosure and the Right to Privacy». *Criminal Law Review* 10:723-37.
- Larrauri, Elena. 2014b. «Legal protections against criminal background checks in Europe». *Punishment & Society* 16(1):50-73.
- Larrauri, Elena. 2014c. «Are Police Records Criminal Records?» *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 22(4):377-95.
- Larrauri, Elena. 2015. «Voces: Antecedentes Penales». *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* 8(Marzo):153-59.
- Larrauri, Elena. 2016. «Antecedentes penales y expulsión de personas inmigrantes». *Indret Criminología* 2/2016:1-29.
- Larrauri, Elena y James B. Jacobs. 2011. «Reinserción laboral y antecedentes penales». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 13(9):1-25.
- Larrauri, Elena y Marti Rovira. 2019. «Collateral Consequences of a Conviction in Spain». en *Fundamental Rights and Legal Consequences of Criminal Conviction*, editado por S. Meijer, H. Annison, y A. O'Loughlin. Hart Publishing.
- Larrauri, Elena y Marti Rovira. 2020. «Publicidad, certificados y cancelación de los antecedentes penales. ¿La cultura del control se consolida en España desde las nuevas leyes de 2015?» *Indret Criminología* (2/2020).
- Maruna, Shadd. 2011. «Judicial Rehabilitation and the “Clean Bill of Health” in Criminal Justice». *European Journal of Probation* 3(1):97-117.
- Miguel, Julio César. 2020. «España sancionada por el incumplimiento de la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento y Consejo Europeo». *Grupo CFI*. [Bitacora de 29 de Agosto] Recuperado de: <https://grupocfi.es/espana-sancionada-por-el-incumplimiento-de-la-directiva-eu-201668-del-parlamento-y-consejo-europeo/> (Última consulta 1 de mayo de 2020).

- Molina Blázquez, Concepción. 2016. «A propósito de la constitucionalidad del Real Decreto 1110/2015, que regula el registro de delincuentes sexuales». *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario* 119.
- Muñoz, Josefa. 2014. «Presente y futuro de la cancelación de los antecedentes delictivos». *Cuadernos de política criminal* 112: 195-232.
- Rovira, Martí. 2016. *Antecedentes penales y mercado laboral*. Tesis Doctoral. Universitat Pompeu Fabra.
- Salat, Marc. 2016a. «El registro de delincuentes sexuales español: su regulación jurídica y su efecto en la prohibición para desempeñar profesiones que impliquen contacto habitual con menores». *Revista General de Derecho Penal* 25(Mayo):1-15.
- Salat, Marc. 2016b. «Las consecuencias sancionatorias aplicables a los delincuentes sexuales tras las últimas reformas legislativas». *Estudios penales y criminológicos* XXXVI:281-346.
- Santamaría, Aymara. 2017. «La comprobación de antecedentes penales por parte de las empresas». *Actualidad Jurídica Aranzadi* 931:9-9.
- Seitún, Diego. 2020. «El Registro Central de Delincuentes Sexuales. Naturaleza Jurídica y aplicación en el tiempo». *InDret Penal*, 4/2020: 273-301.