

REINSERCIÓN LABORAL Y ANTECEDENTES PENALES

Elena Larrauri

Profesora de Derecho Penal y Criminología. Universitat Pompeu Fabra de Barcelona

James B. Jacobs

Chief Justice Warren E. Burger Professor of Law y Director del Center for Research in Crime and Justice de la New York University, School of Law.

LARRAURI, Elena y JACOBS, James B. Reinserción laboral y antecedentes penales. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2011, núm. 13-09, p. 09:1-09:25. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13-09.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 13-09 (2011), 29 nov]

RESUMEN: Este artículo asume que los antecedentes penales suponen un serio obstáculo para la reintegración laboral de las personas que han cumplido una condena. Se presume que esta reinserción es más difícil en los países en que se dan tres condiciones: los antecedentes penales son públicos y fácilmente accesibles, los empresarios están obligados a llevar a cabo controles antes de contratar a sus empleados, y los antecedentes penales no se cancelan.

El artículo se centra en la legislación española referida a los empleos para los cuales se exige la presentación de un certificado de antecedentes penales (CAP), e intenta averiguar en qué casos está permitido solicitarlos y en cuáles está prohibido. Dado que en el año 2010 se han realizado un millón y medio de peticiones al Registro Central de Penados (RCP) en España nuestra duda es si también aquí los antecedentes penales representan un mayor obstáculo del imaginado a la reinserción laboral.

PALABRAS CLAVE: Antecedentes penales, Sanción colateral, Discriminación laboral, Reinserción.

Fecha de publicación: 29 noviembre 2011

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. PUBLICIDAD DE LOS ANTECEDENTES PENALES EN ESPAÑA. 2.1. Regulación histórica. 2.2. Regulación vigente. 2.3. ¿Son los Antecedentes Penales públicos en España? 3. ¿EN QUÉ EMPLEOS SE EXIGEN LOS ANTECEDENTES PENALES? 4. ¿EN QUÉ EMPLEOS PUEDEN SOLICITARSE LOS ANTECEDENTES PENALES? 5. EMPLEO Y PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR AP. 6. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

En los Estados Unidos la discriminación laboral que sufren las personas que han sido condenadas atrae mucha atención en una época de creciente preocupación por la reinserción (*reentry*) social de los ex presos que salen de la prisión. Se calcula que cada año salen aproximadamente unas 600.000 personas de las prisiones norteamericanas (Travis, 2005). Además, dada la importancia que tiene el empleo para el abandono de la delincuencia (Farrall, 2004; Richards and Jones, 2004; Leventz, 2011), se cree que si los ex-presos no obtienen un trabajo legítimo, tienen más probabilidades de reincidir.

Por otra parte los académicos y el público en general están convencidos de que la discriminación laboral, jurídica y de facto, constituye una barrera importante para su integración laboral. De acuerdo a investigaciones realizadas se sabe que entre un 50% y un 80% de los empresarios revisan los antecedentes penales de los solicitantes a un puesto de trabajo (Blumstein y Nakamura, 2009). Esta comprobación (*'background checks'*) se realiza en ocasiones porque lo exige la ley¹ y en otras de forma voluntaria, pues para muchos empresarios es una forma de valorar la aptitud laboral de las personas y en especial de minimizar la responsabilidad civil que pudiera derivarse por los daños y delitos realizados por los empleados (*'negligent hiring'*).

Es por ello que todas las personas preocupadas con el tema de la reinserción (*reentry*) se fijan en la discriminación jurídica y fáctica que sufren quienes ya han cumplido su condena, y abogan por conseguir una reducción de la discriminación que conlleva el hecho de tener antecedentes penales en Estados Unidos para conseguir un empleo.²

A lo largo de su historia los norteamericanos han estado profundamente preocupados con la discriminación racial, religiosa o de género,³ pero en cambio han

NOTA PREVIA:

Esta investigación ha sido apoyada por el proyecto de investigación *DER 2009-08344 JURI: Género y Marginación: victimización y delincuencia*, del Ministerio de Ciencia e Innovación y por el Departamento de Universidades de la Generalitat de Catalunya a través de su apoyo al Grupo de Investigación Consolidado en Criminología aplicada a la Penología (AGAUR 2009 SGR 1117). Agradecemos la ayuda de la juez de ejecución María Dolors Leyva, de los secretarios judiciales José Vela y Monserrat Molina, y del Jefe de Área del Registro Central de Penados por explicarnos el funcionamiento práctico del registro de antecedentes penales. Queremos hacer constar también la ayuda de: Lorena Antón (becaria FPI, UPF) por la realización de diversas tareas de investigación; Francisco Bueno Arús (Profesor emérito de derecho penal, UP Comillas) por una conversación clarificadora; Matti Joutsen (Director de Relaciones Internacionales, Ministerio de Justicia, Finlandia) por enriquecer cada versión; y Manuel Luque (profesor de derecho laboral, UPF) por su colaboración en la búsqueda de bibliografía. Por último, muchas gracias a Ester Blay (profesora de criminología, UPF) y William F. Perez (profesor, Universidad Antioquia) por mejorar la redacción del texto.

¹ Más de 2/3 partes de los estados norteamericanos tienen leyes que impiden que una persona con antecedentes penales ocupe numerosos empleos (Love, 2005).

² Las diversas propuestas de política criminal que se han realizado con este objetivo pueden verse a título de ejemplo en los siguientes textos: Love y Frazier (2006); Blumstein y Nakamura (2009); Henry y Jacobs (2007). Respecto de las campañas que se realizan en Estados Unidos puede consultarse la web <http://www.lac.org/>, y en el Reino Unido la emprendida por NACRO *'Change the record'* <http://www.changetherecord.org/>

³ La ley de derechos civiles (1964 *Civil Rights Act*) prohibió la discriminación con base en la raza, religión, etnicidad o nacionalidad. En 1972 la ley fue reformada para incluir la discriminación por sexo. Una persona que haya sido

tratado la discriminación que se produce con base en los antecedentes penales como una discriminación perfectamente lícita. Sólo se ha cuestionado la discriminación basada en los antecedentes penales cuando se ha creído que ella constituye un pretexto para esconder la discriminación racial. Debido a que los afro-americanos tienen más probabilidades de ser detenidos y condenados, una política que permita no contratar a los ex-ofensores produce un impacto mucho mayor en este colectivo. Por esto muchos Tribunales exigen que los empresarios justifiquen que hay una ‘necesidad laboral’ (*‘business necessity’*) para que puedan negarse a contratar a una persona con antecedentes penales. Sin embargo, en general las demandas de los empresarios han sido falladas a su favor por los Tribunales y se ha admitido frecuentemente que, en efecto, existe una ‘necesidad laboral’.⁴

En los Estados Unidos la discriminación laboral con base en antecedentes penales se contempla como una opción racional y normal. Las condenas son vistas como el reflejo de un determinado carácter y como el pronóstico de un comportamiento futuro. Los empresarios creen que una condena previa -y especialmente varias condenas previas- es un indicador de un posible mal comportamiento futuro. Aunque cada Estado de EEUU tiene su propia regulación y por tanto hay una gran diversidad de leyes, en general los empresarios de ese país tienden a discriminar de forma habitual a las personas con antecedentes penales o incluso policiales.⁵ Ellos creen que esa es una decisión no sólo racional sino además perfectamente legítima debido a que las personas que han sido condenadas o detenidas son menos fiables, menos honestas y eventualmente más peligrosas.

En general entonces los empresarios pueden negarse a contratar, o pueden despedir, a los solicitantes o trabajadores con antecedentes penales. Pero además cada Estado tiene leyes que exigen específicamente esta discriminación, que prohíben que personas con antecedentes penales trabajen en cientos de posiciones del sector público o privado: policía, seguridad privada, hospitales, educación, cuidado de niños, barberías, funerarias, etc.⁶ Si bien algunas de estas leyes reflejan el temor de que los ex ofensores puedan delinquir contra la empresa o el público, otras fueron aprobadas como resultado de presiones que realizó el lobby de una determinada profesión y que pretendía en realidad evitar una posible competencia laboral.⁷

discriminada por estos motivos puede denunciar a su empresario y pedir resarcimiento económico y anulación del despido. Hay miles de procesos cada año en Estados Unidos con fundamento en esta ley y numerosos despachos de abogados se especializan precisamente en derecho ‘anti-discriminatorio’.

⁴ Véase *Williams v. Scott* (1992 WL 229848 (N.D.III 1992)) y *Fletcher v. Berkowitz Oliver Williams Shaw & Eisenbrandt, LLP* (357 F.Supp.2d 1028, 1030 (W.D.Miss.2008)), citados por Lee (2011).

⁵ En Australia hubo 2.3 millones de solicitudes por parte de los empresarios en el año 2006-07 (Naylor, Paterson y Pittard, 2008). En el Reino Unido no parece haber datos actualizados pero Thomas (2007) apunta que en 1993 hubo 600.000 solicitudes sólo para trabajar con niños y suministra una lista extensa de empleos excluidos a personas con AP.

⁶ Damaska (1968:552) suministra una lista bastante exhaustiva de su época. El mismo recoge, quizás por su exotismo, una ley suiza de 1947 que prohíbe a quien tenga antecedentes penales ser depiladora (!)

⁷ Por ejemplo como reacción al establecimiento de programas formativos de barbería en las prisiones norteamericanas, las asociaciones de barberos presionaron, con éxito, para que muchos Estados vetaran la posibilidad de obtener una licencia de barbero a personas que tuviesen antecedentes penales.

En comparación con esa perspectiva norteamericana, Europa no parece estar excesivamente preocupada por el tema del impacto de los antecedentes penales en la reinserción laboral.⁸ No es una cuestión candente de política criminal que atraiga demasiada discusión. ¿Por qué? ¿Se debe ello acaso a que en Europa no se discrimina a las personas con antecedentes penales? Y si ello es cierto, ¿a qué obedece? ¿Quizás Europa tiene una poderosa legislación que prohíbe la discriminación y suministra potentes remedios legales a las personas que la sufren? O si estas leyes no existen ¿quizás lo que existe es un consenso de que está mal discriminar a personas con antecedentes penales? ¿Acaso piensan los europeos que los antecedentes penales no predicen un futuro comportamiento delictivo? ¿O quizás creen que, aun cuando los antecedentes penales pronostican un comportamiento futuro, ello no debe prevalecer por encima de otros valores como la rehabilitación? ¿No responden los empresarios españoles por los delitos realizados por sus empleados? Este artículo intenta contestar a estas preguntas y para ello se concentra en la legislación española, el país que mejor conocemos y que posee hasta cierto punto una regulación semejante a la del resto de Europa continental.

En España los antecedentes penales (a partir de ahora AP) son una institución penal olvidada.⁹ Parece evidente que constituyen una sanción colateral (Demleitner, 1999) añadida a la pena y que en esta medida aumentan la carga punitiva del castigo. Como quizás es conocido, una persona que tiene antecedentes penales no puede optar -por lo menos mientras aquéllos no sean cancelados-, a determinados empleos.¹⁰ En consecuencia, aun cuando la persona ha cumplido ya la condena, su reintegración plena a la sociedad no se produce en numerosos casos por imperativo legal.

En la literatura criminológica española esta afirmación parece obvia. Es un tópico afirmar que las personas condenadas que salen de prisión tendrán graves dificultades para reincorporarse al mercado laboral (Grosso, 1983; Gutiérrez y Sintas, 1994; Harremanak, 2001; Quintanilla, 2001; Bueno Arús, 2006; Conde, 2006).¹¹ Sin embargo, preguntar si ello se debe *específicamente* al hecho de tener antecedentes penales, implica respuestas menos evidentes. Así, en general parece presumirse que las dificultades de integración de una persona que ha estado en prisión se deben al hecho de su poca formación profesional o escaso nivel educativo, o también a la ruptura de sus vínculos sociales familiares y laborales. Sin duda esta afirmación

⁸ La única publicación que hemos conseguido encontrar es Louks, Lyner y Sullivan (1998).

⁹ Excepto por dos publicaciones de penalistas, Grosso (1983) y Bueno Arus (2006). La doctrina laboral ha abordado el tema de los antecedentes penales de forma incidental al tratar la intimidad o protección de datos personales del trabajador (Goñi, 1986; del Valle, 1991; del Rey, 1993; Fernández, 1996; Harremanak, 2001; Quintanilla, 2001; Goñi, 2004; Tascón, 2005; Alameda, 2010).

¹⁰ En EEUU un AP es considerado un 'castigo invisible' (Travis, 2002) y una 'sanción colateral' (Demleitner, 1999) pues afecta a derechos políticos (derecho al voto), civiles (derecho al trabajo) y sociales (derecho a determinadas prestaciones sociales). Véase además Pinard (2006, 2010) y Thacher (2008).

¹¹ Según Grosso (1983: 163) era casi imposible durante la dictadura (1939-1977) solicitar un puesto de trabajo si se poseía antecedentes penales (o incluso si se carecía del certificado de buena conducta).

puede ser cierta. La discriminación laboral se produce (o es mayor) no por el hecho de tener antecedentes penales sino indirectamente por el hecho de haber estado en prisión.

No obstante, muchas personas son condenadas a otras penas (trabajo en beneficio de la comunidad, multa, asistencia a un programa formativo) y por el sólo hecho de tener antecedentes penales pueden sufrir algún tipo de discriminación laboral. En Estados Unidos está criminológicamente demostrado que el hecho de tener antecedentes penales *aumenta por sí mismo la dificultad de acceder al mercado laboral*. Como afirma Pager (2003) los AP son una nueva forma de estratificación social y constituyen un estigma certificado por el propio Estado. La investigación que realiza Pager con pares idénticos de personas (*matched*) ofrece resultados como estos: de los pares compuestos por personas blancas, el sujeto que no tenía AP recibió 34 llamadas para incorporarse a un trabajo y el que tenía 17. Así pues, *los AP disminuyen en un 50% las oportunidades laborales*.¹² En el caso de los pares compuestos por personas negras, al que no tenía AP lo llamaron 14 veces, y 5 veces a los que tenían AP. Es evidente que los antecedentes penales multiplican su efecto discriminador cuando se suman a la raza (y no deja de ser sorprendente que las personas negras sin antecedentes fueran llamadas menos veces que las personas blancas con antecedentes).

Esta conclusión podría ser aceptada por la literatura criminológica española, pero se acostumbra a contestar que de todos modos los AP no tienen aquel efecto discriminador debido a que en general los empresarios no solicitan ese tipo de información en España.¹³ Sería necesario indagar con empresarios o ex penados para saber efectivamente en cuántas ocasiones se requiere el certificado de antecedentes penales al solicitar un empleo. Debido a que una investigación empírica como esa no se encuentra por ahora a nuestro alcance, en este artículo nos limitamos a suministrar una primera información acerca de la legislación española y algunos datos que quizás sirvan para cuestionar el escaso impacto que, se presume, producen los AP en las personas condenadas. Debemos aclarar que estas reflexiones se limitan a los antecedentes producto de una condena penal. Aunque los antecedentes policiales también dificultan el acceso a los derechos civiles y la reintegración laboral de la persona¹⁴, no han sido objeto específico de este estudio.

¹² De acuerdo con Pager y Western y Sugie (2009) si la persona consigue una entrevista ésta produce efectos mediadores muy significativos. Esta conclusión es importante para iniciativas que pretenden evitar la exclusión automática (véase más amplio en Henry y Jacobs, 2007). En España de acuerdo con la investigación de Gutiérrez y Sintás (1994) sólo un 24,3% de empresarios es absolutamente contrario a ofrecer empleo a un ex-presos y ello se modula en función del tipo de delito, número de condenas previas, edad y género.

¹³ Hemos entrevistado a tres responsables: uno del Centro de Iniciativas para la Reinserción (CIRE), otro de régimen abierto y otro de libertad condicional. Todos coinciden en que el hecho de tener AP no es un grave problema en España ya que “se les recomienda a los internos que no soliciten los empleos en los que se pide un certificado de antecedentes penales”, y a su juicio ello solo sucede para acceder a empleos en la Administración Pública y la seguridad privada.

¹⁴ Por ejemplo, para trabajar en el sector policial, se requiere, además de no tener antecedentes penales, no tener antecedentes policiales. Artículo 10.2.e, f y h Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada y RD 2364/1999, de 9 de diciembre.

Dividiremos esta exposición en tres partes: el ámbito en el que los antecedentes penales son exigidos, los casos en que está permitido solicitarlos, y el ámbito en el que está prohibido hacerlo. Pero antes de adentrarnos en el estudio del mercado laboral y los AP es conveniente conocer la regulación de la publicidad de los AP. Ello es necesario porque en España, a diferencia de Estados Unidos, el Registro Central de Penados no es público y en consecuencia los empresarios no tienen acceso directo a esta información.

2. PUBLICIDAD DE LOS ANTECEDENTES PENALES EN ESPAÑA¹⁵

El Registro Central de Penados (RCP) es único para toda España. Los secretarios judiciales envían electrónicamente los datos de la condena al mismo (artículo 252 LECrim). El RCP contiene los antecedentes por delitos y, tal como ha sido previsto en la última regulación,¹⁶ también por faltas (en cambio, no existe un registro central para infracciones administrativas). El RCP no es un registro público¹⁷ y, como veremos, pocos organismos estatales y desde luego ninguna institución privada, tienen acceso al mismo. Sin embargo el grado de publicidad ha ido variando a lo largo de la historia.¹⁸

2.1. Regulación histórica

a) *Real Orden 3 de abril 1896*

Esta Orden reconoce que el reglamento que creó el Registro Central de Penados en 1878 no especificó quién puede tener acceso al mismo. Según la exposición de motivos, esta falta de regulación habría llevado a una situación en que

“(...) por costumbre inveterada se facilitan antecedentes sin exigir la justificación legal de la persona que los reclama (...) franquea demasiado la información, al extremo de facilitar constantemente a todo el mundo los antecedentes penales de cualquiera que, por haber extinguido su condena, tienen derecho a que no se de publicidad a su conducta anterior. La misma idea fundamental a que obedeció la creación de los *casilleros judiciales* lo demuestra. No se crearon como oficina pública de informaciones abierta a todo género de publicidad. Se crearon fundamentalmente para satisfacer un fin jurídico: el de hacer posible la demostración de la reincidencia para la aplicación más justificada de los correspondientes preceptos del Código penal.”

Esta Real Orden establece a continuación una prolija regulación. En resumen,

¹⁵ Véase más amplio en Larrauri (2011)

¹⁶ Real Decreto 95/2009 de 6 de febrero. A pesar de ciertas discusiones jurídicas, los jueces no envían las sentencias por faltas al RCP. Esto *quizás* cambiará a partir de finales de 2011. Véase Disp. Ad. 2, LO 5/2010 de 22 de junio, de reforma del Código Penal.

¹⁷ Artículo 136.4 del Código penal; y artículo 6 Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero.

¹⁸ La evolución histórica hasta la reforma de 1983 puede leerse más extensamente en Grosso (1983).

instaura una curiosa distinción que ha permanecido durante mucho tiempo: si la persona de la que se solicita información tiene antecedentes penales, entonces el RCP niega el acceso y no permite que esta información se haga pública (a menos que esa persona hubiera dado su consentimiento). Si la persona no tiene antecedentes penales, entonces el RCP emite un Certificado de Antecedentes Penales a cualquier persona que lo solicita. Como Grosso (1983) señala, la ironía es que si alguien no puede obtener la información, asume (¡correctamente!) que la persona en cuestión tiene antecedentes penales.

b) *Real Orden 1 de diciembre de 1910*

Esta orden pretendió simplificar la normativa anterior, pero mantuvo la distinción antes mencionada. El artículo 4 establece:

“Las certificaciones podrán ser también solicitadas por persona distinta de aquella a que se contraigan; pero en este caso si resultaren antecedentes penales no se entregaran sino mediante autorización expresa del interesado (...)”

Esta es probablemente la razón por la que Grosso (1983) afirma que el RCP tiene en España hasta 1983 un carácter público, ya que si a un empresario se le niega el acceso a la información éste puede asumir que la persona tiene antecedentes penales. Esta situación fue subsanada con la reforma de 1983.

c) *La reforma del Código Penal en 1983*

Esta reforma se produce poco tiempo después de la muerte de Franco y se trata, según Grosso (1983), de una reacción a la amplia petición de los antecedentes penales durante esa época de la historia de España. El Preámbulo de la reforma de 1983 establece claramente por primera vez que el RCP no es público y que el Certificado de Antecedentes Penales sólo puede expedirse para los jueces y en “los casos establecidos por la Ley” (Artículo 118 Código Penal).¹⁹

2.2. Regulación vigente

a) *Nuevo Código Penal (1995)*

El nuevo Código Penal confirmó la última regulación y afirmó que *el RCP no es un registro público*. El artículo 136.4 establece:

“Las inscripciones de antecedentes penales en las distintas Secciones del Registro Central de Penados y Rebeldes no serán públicas. Durante su vigencia sólo se emitirán certificaciones con las limitaciones y garantías previstas en sus normas específicas y en los casos establecidos por la Ley. En todo caso, se librarán las que soliciten los Jueces o Tri-

¹⁹ Si bien nunca se concretó en qué otros ‘casos establecidos por la ley’ podía expedirse un certificado de antecedentes penales por el RCP (Grosso, 1983); al menos no hasta el RD 95/2009 de 6 de febrero que establece una mínima regulación.

bunales, se refieran o no a inscripciones canceladas, haciendo constar expresamente, si se da, esta última circunstancia.”

b) *Real Decreto 95/2009 de 6 de febrero*

Este RD establece por primera vez, hasta donde conocemos, una regulación más amplia. Así, afirma que el acceso a la información contenida en el RCP sólo se autoriza a *jueces, fiscales y policía judicial*.²⁰ Y por último, también la propia *persona interesada* puede solicitar una copia de sus antecedentes penales.²¹ Este RD ha creado otros registros como consecuencia de algún escándalo judicial, pero ha mantenido el principio básico de que estos no son públicos.²²

2.3. ¿Son los Antecedentes Penales públicos en España?

En resumen, de acuerdo con la legislación española y con el Tribunal Constitucional (STC 22 de julio 1999, n° 144), el registro de antecedentes penales en España no está a disposición del público. En general, los antecedentes penales se consideran y se tratan como un asunto privado a pesar de que las sentencias penales son públicas (Jacobs y Larrauri, 2010), tal como establece el art.120 de la Constitución Española.

Esta conclusión no desconoce los episodios de publicidad en la prensa o Internet de determinadas condenas, pero generalmente esto se produce respecto de casos que por uno u otro motivo han alcanzado cierta popularidad. La regla en España es la no publicidad de los antecedentes ni de los nombres de las personas condenadas en las sentencias judiciales.²³ Tampoco existe ninguna ley como las denominadas genéricamente en Estados Unidos “Ley Megan”, que ordene notificar a la comunidad si una persona que ha cumplido una condena pasa a ser residente local. Como mucho, las personas que cumplen la última parte de su condena en la comunidad, deben informar de su domicilio (Roldán, 2010), pero esta información tampoco es pública.

La distinta regulación norteamericana y española refleja distintas formas de concebir el RCP. Así, en Estados Unidos la publicidad de los antecedentes penales se concibe como una herramienta para proteger a la sociedad. En tanto, en España el RCP cumple una función eminentemente judicial, principalmente en dos momentos: 1) en la medición de la reincidencia como circunstancia agravante; y 2) en la

²⁰ Artículo 5 y 6 Real Decreto 95/2009 de 6 de febrero. También tienen acceso la Guardia Civil encargada de los permisos de armas, la Policía responsable del control de pasaportes y la Policía que controla las entradas al país (artículo 6 b) c) y d)).

²¹ Hasta 2009 el sujeto tenía que explicitar la finalidad por la que pedía su certificado (Gutiérrez, 2010).

²² Se ha creado el RC de medidas cautelares, requisitorias y sentencias no firmes y el RC de protección a las víctimas de violencia doméstica. A este último pueden acceder también los organismos del gobierno que trabajan especialmente con este problema. Por tanto, se crean más registros y se garantiza más acceso. No obstante, la información sigue siendo inaccesible para empresas y ciudadanos privados.

²³ La alternativa de acceder a los nombres mediante la inspección de las sentencias penales en los juzgados no es posible. Los archivos del tribunal y las sentencias no son accesibles directamente a los ciudadanos, sino sólo a través de un organismo público llamado CENDOJ que publica las sentencias de apelación y del Tribunal Supremo, tras haberlas “anonimizado”, cambiando los nombres. Sólo las sentencias del Tribunal Constitucional se publican con nombres. Véase Jacobs y Larrauri (2010).

decisión acerca de la suspensión de la ejecución de la pena.²⁴ Esta distinta concepción entre un RCP judicial y restringido o un RCP público y abierto, obedece sin duda a distintos valores culturales en torno a los conceptos de privacidad, libertad de expresión y rehabilitación (Jacobs y Larrauri, 2010); y quizás también a una menor influencia de la ‘cultura del control’ (Garland, 2001) en la cultura jurídica europea (Larrauri, 2011).

Se podría concluir, sobre la base de la regulación legal de la publicidad de antecedentes penales, que en España éstos no representan un gran obstáculo a la reintegración laboral de los condenados debido, en parte, a su limitada difusión.²⁵ Sin embargo, para intentar comprender mejor el impacto de los AP en la reinserción laboral, es necesario prestar atención específicamente a la manera como se encuentra regulada en España la petición de un certificado de antecedentes penales (CAP) para acceder a un puesto de trabajo.

3. ¿EN QUÉ EMPLEOS SE EXIGEN LOS ANTECEDENTES PENALES?

Intentar averiguar en qué empleos debe requerirse el CAP en España no es fácil. La Orden 9 de Marzo 1937 estableció el requisito de no tener antecedentes penales al solicitar puestos en la Administración, la Policía o el Ejército.²⁶ Y esta es la idea que permanece en la conciencia colectiva. Sin embargo hay cierta sorpresa cuando se ve el número de empleos para los cuales legalmente se puede solicitar el certificado de antecedentes penales (ver Tabla 1).

Empleos	Regulación Legal
Abogados	Art. 13.2.a del Estatuto General de la Abogacía Española (RD 658/2001, de 22 de junio): ‘Carecer de antecedentes penales que inhabiliten para el ejercicio de la abogacía’.
Administradores de Lotería y Casas de Apuestas	Art.13.2 a) Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego: ‘2. No podrán ser titulares de las licencias y autorizaciones previstas en el Título III de esta Ley, las personas físicas o jurídicas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) Haber sido condenadas mediante sentencia firme dentro de los cuatro años anteriores a la fecha de la solicitud del título habilitante, por delito contra la salud pública, de falsedad, de asociación ilícita, de contrabando, contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, contra la Administración Pública o contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, así como por cualquier infracción penal derivada de la gestión o explotación de juegos para los que no hubieran sido habilitados’.

²⁴ Para las agravantes véase: arts.22.8 y 66.5. del Código penal. Respecto de la suspensión, art.80 del Código penal.

²⁵ Ciertamente hay otras variables además de la publicidad que aumenten o disminuyan el obstáculo a la reinserción que representan los AP. Por ejemplo la discriminación laboral sería menor si sólo se registran *penas de prisión* y no como el español que inscribe todas las penas.

²⁶ Se presume derogada aun cuando se desconoce si lo ha sido formalmente. Agradecemos la información a la profesora y Magistrada del TC Adela Asúa.

Agencias encargadas de las adopciones internacionales	Extremadura: 'Que esté dirigida y administrada por personas cualificadas por su integridad moral y por su formación y/o experiencia para actuar en el ámbito de la adopción internacional' (Artículo 5.9 Decreto 142/1996, de 1 de octubre, sobre régimen jurídico, funcionamiento y habilitación de entidades colaboradoras en materia de adopción internacional). En Cataluña los requisitos se establecen en el artículo 6 del Decreto 97/2001, de 3 de abril, sobre la acreditación y el funcionamiento de las entidades colaboradoras de adopción internacional, y no se mencionan los antecedentes.
Agentes de establecimientos de cambio de moneda	Circular Banco de España 6/2001
Audidores	Art. 7.1.c Ley 19/1988, de 12 de Julio, de Auditoría de Cuentas (modificado por la Ley 12/2010 de 30 de junio)
Banco de España	En el art. 25.4.d Ley 13/1994, de 1 de junio. Autonomía del Banco de España se regula el cese por condena por delito doloso, y en algunas convocatorias se exige a los que han superado las pruebas de acceso que presenten el certificado de antecedentes penales (Anuncio 29/2010, de 26 de mayo, del Banco de España, www.bde.es/webbde/es/secciones/convoca/be/2010a29b.pdf)
Bomberos	Artículo 2.f de las bases que han de regir la convocatoria mediante concurso-oposición para la provisión de 30 plazas de la categoría de bombero del servicio de prevención, extinción de incendios y salvamento del Ayuntamiento de Barcelona, aprobadas por Decreto de la Gerencia Municipal (DOGC 5766, de 30 de noviembre de 2010): 'Declaración jurada o promesa manifiesta de no estar inhabilitado para el ejercicio de las funciones públicas ni estar separado mediante expediente disciplinario del servicio de cualquier administración pública'.
Conductores de pasajeros y mercancías	Art. 44 Ley 16/1987, de 30 de Julio, de ordenación de los transportes terrestres. Artículo 44: 'A los efectos previstos en la presente Ley, se entenderá que poseen el requisito de honorabilidad las personas en quienes no concurra ninguna de las circunstancias siguientes: a. Haber sido condenadas, por sentencia firme, por delitos dolosos con pena igual o superior a prisión menor, en tanto no hayan obtenido la cancelación de la pena. b. Haber sido condenadas, por sentencia firme, a penas de inhabilitación o suspensión, salvo que se hubieran impuesto como accesorias y la profesión de transportista no tuviera relación directa con el delito cometido. c. Haber sido sancionadas de forma reiterada, por resolución firme, por infracciones muy graves en materia de transportes, en los términos que reglamentariamente se determinen'.
Conductores de taxi	Madrid: No tener AP: Art. 25.2.b de la Ordenanza Reguladora del Servicio de Vehículos de Alquiler con Aparato Taxímetro http://www.taxienmadrid.net/2008/12/que-hacer-para-ser-taxista-de-madrid.html Barcelona: no lo menciona : http://www.taxibarcelona.cat/tabid/941/Default.aspx

Contratados por la Administración Pública	Art. 49 de la Ley 30/2007, de 30 de abril, de Contratos del Sector Público. Artículo 49: 'Prohibiciones de contratar.1. No podrán contratar con el sector público las personas en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes: a. Haber sido condenadas mediante sentencia firme por delitos de asociación ilícita, corrupción en transacciones económicas internacionales, tráfico de influencias, cohecho, fraudes y exacciones ilegales, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, malversación y receptación y conductas afines, delitos relativos a la protección del medio ambiente, o a pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio'.
Cuerpo Nacional de Policía	Art. 3.2.c y 7.1 Resolución de 30 de abril de 2010, de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, por la que se convoca oposición libre para cubrir plazas de alumnos del Centro de Formación, de la División de Formación y Perfeccionamiento, aspirantes a ingreso en la Escala Básica, categoría de Policía, del Cuerpo Nacional de Policía
Empleados de Bingo	Ley4/1991 reguladora de la actividad del juego en la CA País Vasco. La Ley 15/1984, de 20 de marzo, reguladora del juego en Cataluña no lo menciona.
Funcionarios de prisiones	Art. 2.1.5. JUS/913/2010, de 24 de marzo, por la cual se hace pública la convocatoria del proceso selectivo para el acceso al cuerpo técnico de especialistas de la Generalitat de Catalunya, Grupo de Servicios Penitenciarios (núm. de registro de convocatoria JU026).
Funcionarios Públicos	Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. Artículo 56: 'Requisitos generales. 1. (d) No haber sido separado mediante expediente disciplinario del servicio de cualquiera de las Administraciones Públicas o de los órganos constitucionales o estatutarios de las Comunidades Autónomas, ni hallarse en inhabilitación absoluta o especial para empleos o cargos públicos por resolución judicial, para el acceso al cuerpo o escala de funcionario, o para ejercer funciones similares a las que desempeñaban en el caso del personal laboral, en el que hubiese sido separado o inhabilitado'.
Guardia Civil	Art. 2.1.4 y 2.4 Resolución 160/38130/2010, de 7 de junio, de la Subsecretaría, por la que se convocan pruebas selectivas para el ingreso directo, por el sistema de concurso- oposición, en los centros docentes de formación, para la incorporación a la Escala de Cabos y Guardias del Cuerpo de la Guardia Civil.
Jueces	Art.303 LOPJ 'Están incapacitados para el ingreso en la Carrera Judicial (...) los condenados por delito doloso mientras no hayan obtenido la rehabilitación; los procesados o inculcados por delito doloso (...)'
Maestros	art. 12.d del RD 276/2007, de 23 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ingreso, accesos y adquisición de nuevas especialidades en los cuerpos docentes a que se refiere la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.
Mossos d'Esquadra	Art. 2.f del anexo 1 INT/305/2011, de 2 de febrero, de convocatoria de pruebas selectivas para el ingreso a la categoría de mosso/a del cuerpo de Mossos d'Esquadra de la Generalitat (núm. de registro de la convocatoria 46/11)

Notarios	Art. 7.2 del Reglamento Notarial, aprobado por Decreto d 2 de junio de 1944: ‘Carecen de aptitud para ingresar en el notariado los que estuvieren inhabilitados para el ejercicio de funciones públicas, como consecuencia de sentencia firme’.
Personal de las Cortes Generales	http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Organos/SecGen/CG_B073.pdf
Propietarios de escuelas privadas	Art. 21.2.b. LO 8/1985, de 3 de Julio, reguladora del Derecho a la Educación.
Seguridad Privada	Arts. 8.2.b y 10.2.e,f y h Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada, arts. 53.d,e y f RD 2364/1994, de 9 de diciembre, modificado por el Real Decreto 4/2008, de 11 de enero. [10.2.] Para la obtención de la habilitación indicada en el apartado anterior, los aspirantes habrán de reunir los siguientes requisitos: Carecer de antecedentes penales. No haber sido sancionado en los dos o cuatro años anteriores por infracción grave o muy grave, respectivamente, en materia de seguridad privada. No haber sido separado del servicio en las Fuerzas Armadas, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, ni haber ejercido funciones de control en las entidades, servicios o actuaciones de seguridad, vigilancia o investigación privadas, ni de su personal o medios, como miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en los dos años anteriores. No haber sido condenado por intromisión ilegítima en el ámbito de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, del secreto de las comunicaciones o de otros derechos fundamentales, en los cinco años anteriores a la solicitud.

Tabla 1. Empleos del sector público en los que se exige carecer de antecedentes penales²⁷

En términos genéricos en España se exige carecer de antecedentes penales para trabajar en el *sector público*.²⁸ Así, se requiere para acceder a un puesto de *funcionario público* relacionado con la seguridad, como por ejemplo el ejército, la Guardia Civil, la Policía nacional, autonómica, o local, los funcionarios de prisiones, y bomberos. Pero también se aplica el Estatuto Básico del Empleado Público²⁹ a jueces, profesores de Universidad, médicos de hospitales públicos o maestros. También se exige carecer de AP para trabajar, aun cuando sea sometido al régimen laboral, en algunas *Instituciones Públicas* (como por ejemplo, Banco de España, y Parlamento).

Además hay una serie de actividades, responsabilidad del sector público, que se realizan en régimen de *concesión administrativa*. Un ejemplo de ello sería el servicio de taxis municipal (que p.ej. en Madrid solicita expresamente carecer de AP). También debe mencionarse las *corporaciones* o instituciones semipúblicas. El ejemplo son los Colegios profesionales (abogados, y notarios) que exigen carecer de AP para poder colegiarse. Por último están los supuestos que requieren una

²⁷ Estas son las normas que hemos conseguido encontrar. Algunas otras profesiones quizás también lo exigen pero no hemos localizado la regulación.

²⁸ Agradecemos la ayuda de Jordi Cases (Secretario Ayuntamiento de Barcelona).

²⁹ Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, artículo 56.

autorización administrativa, cuya concesión se supedita a la ausencia de antecedentes penales. Este es el caso de quien quiera crear una escuela privada, un establecimiento de juego, una agencia de adopción, o una guardería. En estos casos sería de aplicación la Ley 30/2007, de 30 de abril, de Contratos del Sector Público que requiere no tener AP para contratar con la Administración.³⁰

Además de la amplitud del listado hay varias cuestiones que, si bien no podemos resolver, merecen cuando menos ser enunciadas para una posterior discusión:

- a) ¿Cuál es el *fundamento* para admitir prácticamente sin discusión que el acceso a la Administración Pública requiera carecer de AP? Es curioso que, en tanto hay un posicionamiento generalmente crítico frente al hecho de que los empresarios particulares exijan el CAP, se admita acríticamente que esto se realice de forma generalizada por la Administración. Se podría cuestionar si acaso no es precisamente la Administración la que debiera dar ejemplo de no discriminación por AP (Henry y Jacobs, 2007)
- b) Es *incoherente* pedir el certificado de antecedentes penales para algunos puestos de trabajo y no para otros (Grosso, 1983; Bueno Arús, 2006). Así, por ejemplo, no parece muy lógico que los antecedentes penales impidan trabajar de ujier (portero) en el Parlamento o en un bingo³¹, pero nada se exija a un monitor deportivo.
- c) Hay cierta *confusión* en los requisitos exigidos. Así por ejemplo, el Estatuto Básico del Empleado Público no exige carecer de antecedentes penales sino literalmente no ‘hallarse inhabilitado por resolución judicial’, lo cual debiera interpretarse como no haber sido condenado a la pena de inhabilitación. Si ello es así, no toda pena inhabilita para optar a un concurso y trabajar en la Administración Pública (como también parece deducirse de la STS, sala de lo contencioso-administrativo, sección 7, de 18 de septiembre de 2006, RJ\2006\7419).³²
- d) Hay *desigualdad* de requisitos de acceso. Como puede verse en la Tabla 1 hay variedad en los requisitos que se mencionan, y algunas reglamentaciones exigen no haber sido condenado por delito doloso, otras incluyen un listado de delitos, e incluso otras exigen carecer de antecedentes policiales o no haber sido sancionado. En suma, hay una gran variedad

³⁰ Esta ley afecta presumiblemente sólo a los que contratan con la Administración, no a sus empleados.

³¹ Agradecemos esta información a Miren Ortubay y Rafael Sainz de Rozas. Ver Ararteko (1996)

³² El Real Decreto 2669/1998, de 11 de diciembre, por el que se aprueba el procedimiento a seguir en materia de rehabilitación de los funcionarios públicos en el ámbito de la Administración General del Estado, establece el procedimiento por el cual el funcionario puede instar la rehabilitación, pero tanto en su artículo 2 como en el artículo 6 parecen confirmar que la única condena que inhabilita es la pena de inhabilitación. Si ello es así para perder la condición de funcionario, parecería que para acceder tampoco se exige ‘carecer de antecedentes penales’ sino *estrictamente* no haber sido condenado a la pena de inhabilitación.

que dificulta conocer cuáles son exactamente los efectos que va a producir una condena penal.³³

- e) En los casos en los que se exige carecer de AP *el grado de aplicación es desigual y dudoso*. Así, por ejemplo, los jueces deben aportar un CAP, los profesores universitarios sólo firman una declaración en la que manifiestan no haber sido inhabilitados y en fin, otros profesionales afirman no haber nunca aportado ni firmado ningún documento al respecto (p.ej. médicos o maestros). Además, en el caso del desempeño en seguridad privada no parece estar claro si el hecho de tener AP impide automáticamente el acceso al empleo, o si se ‘valora’ la situación, o si sólo se excluye al trabajador del grupo que puede llevar armas (pues los AP le impedirán conseguir el permiso de armas).³⁴
- f) El *tiempo de vigencia* de los antecedentes penales es mayor de lo que se cree. Los AP producen sus efectos hasta que se cancelan, y ello en España debiera producirse, como mucho, cinco años después del cumplimiento de la pena (art.136.2, 2º del Código Penal). Este es un periodo más dilatado de lo que parece, no sólo porque las penas tardan bastante tiempo en empezar a ejecutarse, sino además porque el plazo de cancelación es el de la pena *principal* más grave.³⁵ Además en España existe la creencia de que al afirmar el Código Penal que los AP se cancelan de oficio, esto efectivamente sucede. Esta creencia, además de expresar cierto grado de ingenuidad, obedece a una confusión entre cancelación judicial (el juez no toma en cuenta los antecedentes si son cancelables) y cancelación administrativa (la Administración *sí* los toma en cuenta si no están *realmente* cancelados).³⁶ En tanto este problema específico será objeto de una futura publicación, baste por el momento anticipar un dato: en el año 2010 se han llevado a cabo 9.357 cancelaciones de oficio. Si pensamos que aproximadamente se producen unas 600.000 inscripciones cada año, nos daremos cuenta de la “enorme” proporción de cancelación que ello representa.

¿A cuántas personas afecta realmente la cuestión de los antecedentes penales? De nuevo no es fácil responder a esta pregunta, pues el RCP no suministra infor-

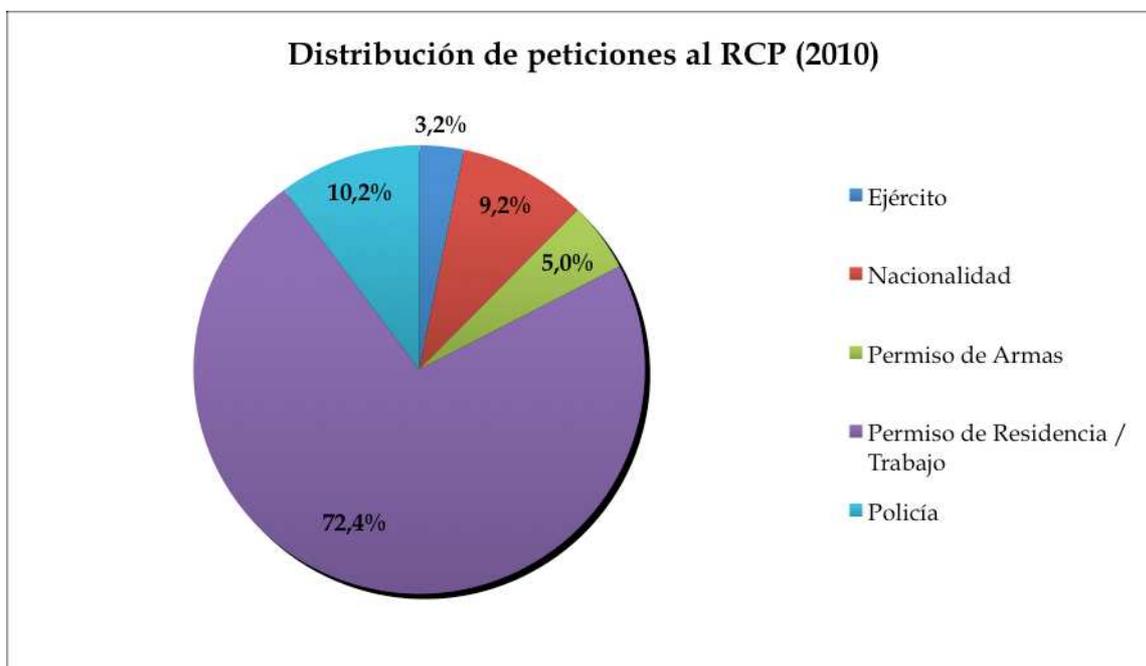
³³ La sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos (Padilla v. Kentucky, 31 de marzo, 2010) obliga a informar de las sanciones colaterales asociadas a la pena (Love y Chin, 2010). En España por el contrario muchos abogados aconsejan la conformidad sin informar acerca de los efectos que tendrán los AP (comunicación personal de Rosi Hernández, abogada).

³⁴ Esta información se basa en una entrevista que realizamos con personas directivas de la empresa de seguridad privada Prosegur.

³⁵ También en el tema del cómputo de los plazos de cancelación hay una excesiva inseguridad jurídica.

³⁶ Además de la cancelación para reincorporarse a la Administración Pública se requiere ser rehabilitado legalmente. Véase STS, sala de lo contencioso-administrativo, sección 7, de 18 de septiembre de 2006, RJ\2006\7419.

mación y los intentos realizados a través del INE han resultado infructuosos.³⁷ Disponemos de unos pocos datos y sabemos que en el año 2010 se han realizado 1.512.166 solicitudes al RCP (que no incluyen las que realizan los jueces por vía telemática).



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

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

No conocemos exactamente el motivo por el cual se presentan esas solicitudes y por tanto no puede deducirse que todas tengan que ver con las condiciones para acceder a un puesto de trabajo. Pero debido a que 1,3 millones se piden directamente por organismos administrativos, podemos deducir que pertenecen al apartado en el que se ‘exige’ un CAP para acceder a un empleo.

El grupo más numeroso de solicitudes son cursadas por personas que requieren el CAP para obtener un permiso de trabajo y residencia. Por ahora, lo único que podemos asegurar es que el área en la cual los antecedentes penales constituyen el

³⁷ Véase Los criminólogos necesitan más datos en http://www.elpais.com/articulo/sociedad/informacion/oficial/secreto/Estado/elpepisoc/20110623elpepisoc_1/Tes#despiece1

mayor obstáculo para la reintegración social se centra en la *solicitud de permiso de trabajo y residencia de los ciudadanos no españoles*. El impacto de los antecedentes penales como obstáculo para la reintegración es, por tanto, significativamente mayor en el caso de inmigrantes, pues 966.249 peticiones al RCP (un 72,4%) lo fueron a efectos de conseguir este permiso.³⁸

4. ¿EN QUÉ EMPLEOS PUEDEN SOLICITARSE LOS ANTECEDENTES PENALES?

Es necesario enfatizar que en los casos de empleos en el sector público que acabamos de analizar se exige un certificado de antecedentes penales, pero la cantidad de empresarios particulares *autorizados* para solicitarlos podría ser mucho mayor. Debe intentarse por tanto una respuesta a la pregunta tantas veces planteada: ¿en los casos en que no es legalmente exigible, está permitido en España pedir el certificado de antecedentes penales?

Debe también recordarse que los empresarios españoles no tienen acceso directo al RCP. La única forma de saber si una persona tiene antecedentes penales es por medio de la solicitud que ella misma hace al RCP de su Certificado de antecedentes penales. Los autores españoles critican esta práctica (Bueno Arús, 2006) ya que es una forma indirecta de acceder al RCP. Como afirma Damaska (1968), admitir la posibilidad de que el interesado demande sus antecedentes penales es una especie de ‘caballo de Troya’ ya que el empresario siempre podría advertir al solicitante que aporte el certificado de antecedentes penales para optar al empleo.

No hay, salvo que hayamos sido incapaces de encontrarla, ninguna sentencia de los tribunales -penales o de la jurisdicción laboral- al respecto. Por su parte la doctrina laboralista se ha ocupado escasamente del tema y de forma solo incidental al tratar la protección legal de la intimidad del trabajador (Goñi, 1986). En general se aportan tres razones para negar que el empresario pueda solicitar un CAP. Según un primer argumento, se rechaza que el empresario pueda preguntar³⁹ por los AP de un solicitante de empleo debido a que se considera que esta información es privada (tanto como la referida a la afiliación política o sindical, a la religión, la salud o al

³⁸ La cuestión de los antecedentes penales e inmigración es de una enorme complejidad por la variedad de situaciones y los constantes cambios de la ‘ley de extranjería’. De forma muy resumida la legislación española impide *automáticamente* la concesión inicial del permiso de residencia y del permiso de trabajo a quien tiene AP. Artículo 31.5, Artículo 50.2 LO 4/2000, de 11 de enero y RD 2393/2004, de 30 de diciembre. Ello ha sido objeto de una cuestión de constitucionalidad que el TC resolvió afirmando la conformidad de esta exclusión automática (ATC 54/2010 de 19 de mayo). Además, el hecho de tener AP *se valora* a efectos de renovar el permiso de trabajo y residencia (si bien de facto conlleva habitualmente su denegación). Agradecemos la ayuda de Diana Zreiq (asesora jurídica de AMIC-UGT).

³⁹ En España el solicitante no está obligado a declarar que tiene AP. Algunos profesores laboralistas entienden que tiene ‘derecho a mentir’ si es preguntado (Goñi, 1986; Tascón, 2005). No está muy claro qué significa derecho a mentir, aunque probablemente se piensa que ese hecho no daría lugar a despido si posteriormente es conocido por la empresa. Sólo hemos encontrado una sentencia del Tribunal Superior de la Comunidad Valenciana de 4 de Julio 1991 (nº 4736) que trata el caso de una persona que no comunica a la empresa que ha sido condenado y ésta lo despide, pero el motivo fundamental es su falta de asistencia al trabajo al ingresar unos días en prisión. El tribunal declara que el despido es procedente de acuerdo al art.54.2 a) del Estatuto de los Trabajadores.

estado civil). En nuestra opinión esta conclusión está poco fundamentada. Es ciertamente difícil, sin mayor elaboración, concluir que los AP son ‘privados’.⁴⁰

Un segundo argumento de la doctrina laboralista (Goñi, 1986; del Valle, 1991; Fernández, 1996; Harremanak, 2001; Goñi, 2004; Tascón, 2005; Alameda, 2010) se basa en que la Ley de Protección de Datos Personales⁴¹ prohíbe que los particulares creen una base con datos relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas. Sin embargo, la respuesta de del Rey (1993) parece plausible: no es evidente que la prohibición de mantener una base de datos incluya la prohibición de preguntar.

Por último, la doctrina laboralista considera que esta información hace referencia a la personalidad o carácter ‘moral’ y que no es relevante para evaluar las habilidades laborales de una persona. No obstante uno puede replicar que el carácter es muy importante para decidir a favor de uno u otro solicitante.⁴²

En general la doctrina laboralista española sólo tiende a admitir como excepción la solicitud de AP cuando esta información sea necesaria para valorar la aptitud laboral y un presupuesto para el ‘normal desarrollo de la prestación’.⁴³

Es clásico el ejemplo del trabajador a quien es confiado el manejo de dinero o la custodia de bienes. La comprobación de los requisitos de admisión aquí no puede quedar referida únicamente a las aptitudes profesionales (conocimiento y experiencia del candidato para ejercer la tarea), sino que debe incluir también una serie de factores del sujeto –como que carezca de ciertos antecedentes penales o no haya sido despedido de otra empresa por desviar fondos, etc.- que supongan una garantía de cumplimiento honesto y diligente de la prestación futura. La dificultad está en especificar las relaciones de trabajo en que vienen exigidas este complejo de cualidades de la persona sin incurrir en la peligrosa tendencia de extenderlo a todas (...) mientras que es lógico que antes de ser contratado se le pregunte por los antecedentes penales o si está incurso en alguna causa por delito que tenga que ver con la apropiación de dinero o la estafa, porque existe una relación directa entre la pregunta y la actividad del puesto que se le ofrece (...) (Goñi, 1986).⁴⁴

Como ya hemos manifestado, no hemos encontrado ninguna sentencia referida a la demanda de un CAP, o la negativa a contratar a alguien por tener AP, o al despido por descubrir que una persona ha mentido acerca de sus antecedentes penales. Esta ausencia de sentencias judiciales podría abonar la idea de que, en efecto, los empresarios en España no piden en ningún caso los AP, quizás precisamente porque creen que no están autorizados.

⁴⁰ Véase Jacobs y Larrauri (2010).

⁴¹ Art. 7.5 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 Diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD).

⁴² Sólo hemos encontrado algunos autores (Beneyto, Herrero y Prados, 2007) que parecen aceptar que una empresa solicite los AP, siempre y cuando lo pida a todos los trabajadores ya que entonces, a su juicio, no es discriminatorio.

⁴³ También Alameda, (2010, nota 63) recoge este principio.

⁴⁴ Tascón (2005, nota 139) recoge la Recomendación sobre protección de datos de los trabajadores de la Organización Internacional del Trabajo que en su art.6.5.1 afirma el “deber de poner de manifiesto los antecedentes penales cuando el trabajo consista en cuidar niños y el candidato haya sido condenado por importunar a un menor.”

En últimas no hay una respuesta concluyente a la pregunta sobre si, o cuándo, los empresarios pueden solicitar los antecedentes penales de una persona a la que quieren contratar. Si bien el RCP no es público -y el TC así lo ha confirmado-, una defensa a favor de solicitar los AP podría alegar que esta posibilidad no se encuentra explícitamente prohibida en ninguna ley, que se permiten solicitudes individuales al RCP y, finalmente, que en todo caso es el empresario quien sería declarado responsable civil por los daños y delitos que realicen sus empleados, con lo cual sería lógico permitirle aminorar los costes que conlleva la decisión de contratar a alguien.⁴⁵ Y adicionalmente, la normativa europea tiende cada vez más a imponer que se exijan los AP especialmente en el caso de delincuentes sexuales y puestos de trabajo en contacto con menores (Jacobs y Blitsa, 2012).⁴⁶

Pero de otra parte, y en sentido contrario, puede argumentarse que en España los AP se consideran parte de la ‘vida privada’ o que son ‘datos personales’ protegidos por el derecho constitucional a la intimidad⁴⁷ y que el objetivo de la rehabilitación prevalece sobre la libertad empresarial y la autonomía personal (que requiere tomar decisiones personales con toda la información existente). En ningún caso existe jurisprudencia que nos oriente sobre cuál es la solución jurídica adecuada de este conflicto.

Para intentar profundizar en la pregunta fáctica acerca de si se solicita frecuentemente en el sector privado un CAP realizamos 50 encuestas a personas que estaban cumpliendo una pena comunitaria (suspensión de la pena de prisión y obligación de asistir a un Programa Formativo).⁴⁸ Según los resultados que obtuvimos, se les había solicitado AP en un 10% de ocasiones, casi en todos los casos al intentar trabajar en seguridad privada y, en un caso, al pretender participar en un ‘*reality show*’ en televisión.⁴⁹ Además pasamos una encuesta a personas encargadas de secciones sindicales y obtuvimos 16 respuestas.⁵⁰ Ocho desconocían en qué situación podía solicitarse información acerca de los AP y nunca se les había pedido a pesar de trabajar para grandes establecimientos. Cuatro respondieron afirmativa-

⁴⁵ La jurisprudencia respecto de la responsabilidad civil del empresario por daños cometidos por sus trabajadores (art.1903 Código civil) o por delitos (art.120.4 Código penal) no parece incentivar al empresario a pedir los AP. Si bien por un lado el empresario tiene interés en disminuir el riesgo de que estos daños o delitos se produzcan, por otro lado los tribunales tienden a establecer una responsabilidad (cuasi) objetiva si hay una relación de dependencia y el daño o delito se ha producido con ocasión del cumplimiento de funciones asignadas. En consecuencia aun cuando haya pedido los AP el empresario no va a ser exonerado de su responsabilidad. Agradecemos la ayuda de Josep Ferrer (Profesor de derecho civil, UPF).

⁴⁶ Si bien es interpretable si el art.5.3 de esta Decisión (2004/68/JAI del consejo de 22 de diciembre de 2003) impide a una persona con AP trabajar en el cuidado de niños o sólo a una persona inhabilitada (judicialmente con una pena de inhabilitación).

⁴⁷ Véase más amplio en Jacobs y Larrauri (2010)

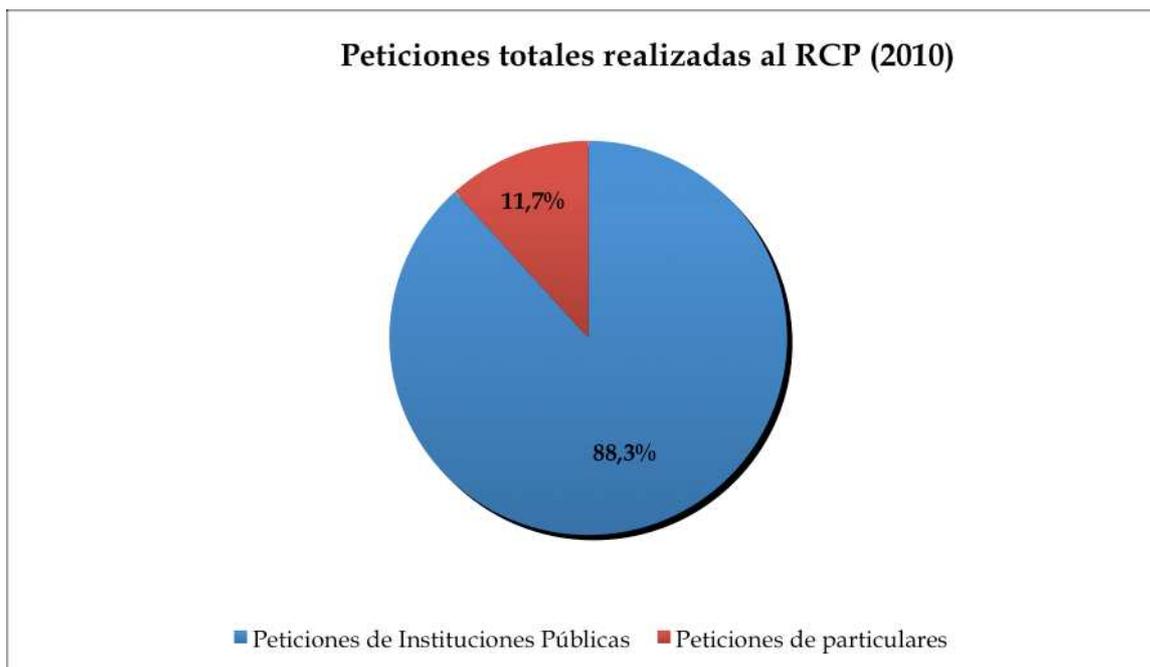
⁴⁸ Agradecemos la ayuda de Pius Fransoy (Cap de l'Àrea de mesures penals alternatives, Generalitat de Catalunya). El hecho de que estas personas estén reunidas y conectadas por el Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya es lo que motivó que la encuesta se realizara a esta población. No hay en ello ninguna opción metodológica.

⁴⁹ Agradecemos la ayuda de Patricia Martín Escribano (Becaria UdG) en el tratamiento de los datos.

⁵⁰ Agradecemos la ayuda de Luis Antonio Salvadores (Abogado de CCOO). También en este caso el motivo para pasar la encuesta a diversos responsables sindicales y preguntarles si se les había solicitado o si conocían algún caso en que se solicitara el CAP no responde a una opción metodológica sino a la posibilidad de pasar en este caso un cuestionario.

mente que se requerían AP para trabajar en la policía, en seguridad privada o en bomberos. Pero las más sorprendentes fueron otras cuatro respuestas que manifestaron que también se pedían en servicios de jardinería, empresas de limpieza, servicios sociales de atención a las personas y empleadas del hogar.⁵¹

Por último recurrimos de nuevo al RCP y allí se nos dio un dato según el cual en el año 2010 se habían presentado 176.000 solicitudes por los particulares (Gráfico 2).



Total peticiones al RCP (2010)		
Peticiones de particulares	176.332	11,7%
Peticiones de Instituciones Públicas	1.335.834	88,3%
Total	1.512.166	100%

Gráfico 2. Total peticiones al RCP

Evidentemente todas las peticiones de particulares no son motivadas por la solicitud de un empleo pero finalmente esta cifra nos permite intuir que quizás existe un elevado número de personas que solicitan un CAP en situaciones en las cuales presumiblemente su presentación no está legalmente prevista, pues en el supuesto en que ello fuera exigible para trabajar en el sector público la tramitación generalmente la realizaría directamente el organismo público correspondiente.⁵²

⁵¹ Una persona manifestó que se piden 'verbalmente'.

⁵² Hay excepciones pues en algunos casos en los que se requiere un CAP es el particular quien lo solicita directamente (p.ej. juez). Agradecemos el comentario a Daniel Varona (profesor de derecho penal, UdG).

5. EMPLEO Y PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR AP

Después de examinar los casos en los cuales legalmente se exige un certificado de antecedentes penales, y habiendo concluido que no hay jurisprudencia que nos permita saber con precisión si es ilegal pedir los AP en España (por vulnerar derechos constitucionales), podemos dar un paso más e intentar analizar si existen normas que prohíben discriminar con base en los AP.

En Estados Unidos treinta y tres estados tienen leyes ‘anti-discriminatorias’ referidas expresamente a proteger a las personas con AP y exigir que la negativa a contratarlos esté basada en la ‘relación directa’ entre la condena y el tipo de trabajo (Love, 2005). Ni en España, ni en Europa, se mencionan específicamente los AP como una causa de discriminación.⁵³ La discriminación por antecedentes penales podría entenderse prohibida por el Estatuto de los Trabajadores, a pesar de que ese evento no se enumera en el artículo 4.2 de referencia.⁵⁴

En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho:

“c) A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta Ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español.”

De otra parte, el art.73 de la LGP prohíbe específicamente la discriminación a la que nos referimos:

“1. El condenado que haya cumplido su pena y el que de algún otro modo haya extinguido su responsabilidad penal deben ser plenamente reintegrados en el ejercicio de sus derechos como ciudadanos.

2. Los antecedentes no podrán ser en ningún caso motivo de discriminación social o jurídica.”

Sin embargo, no hemos encontrado ni una sola sentencia en la jurisdicción laboral que aluda al supuesto que la norma consagra (aun cuando sí se recoge en la Recomendación del Ararteko, 1996).

Esta situación podría deberse a que en España se produce poca discriminación por el hecho de poseer AP y en consecuencia no habría siquiera necesidad de prohibirla expresamente.⁵⁵ Pero, por otro lado, también es verosímil la convicción

⁵³ Tampoco la Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación menciona la discriminación por antecedentes penales. Artículo 1. “La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato.”

⁵⁴ También se considera que el artículo 17.1 E.T. cumple una función preventiva de los actos discriminatorios (Goñi, 1986)

⁵⁵ El artículo ‘anti-discriminatorio’ 73.2 de la LGP es alegado en pocas ocasiones y nulo éxito en la jurisdicción penal para intentar vetar la aplicación de la agravante de reincidencia (a título de ejemplo STS 25 de febrero de 1983, RJ 1983\1730). También y con éxito desigual para evitar la revocación de un permiso de residencia (por ejemplo Sentencia

contraria, esto es, que la discriminación no es detectada y que cuando se produce, la persona carece de recursos para hacer valer sus derechos ante los Tribunales.

Ciertamente el hecho de que no se conceda acceso al RCP por parte de los empresarios puede interpretarse como una barrera preventiva de posibles discriminaciones en razón de AP. Pero también parece evidente que un país que pretenda proteger a los trabajadores frente al riesgo de discriminación laboral por motivo de antecedentes penales, debería vetar la posibilidad de solicitar su certificado o cuando menos establecer límites a esta solicitud.⁵⁶

6. CONCLUSIÓN

La discriminación laboral con base en los antecedentes penales es una cuestión político-criminal controvertida. En primer lugar, porque implica una afectación de derechos civiles. Las personas culpables de un delito y condenadas no debieran ser castigadas o sometidas a desventajas de forma desproporcionada, es decir, más allá de lo que determina su pena proporcional. Excluir a esas personas indefinidamente del mercado laboral, como sucede en algunos estados norteamericanos, implicaría la imposición de una pena con frecuencia mucho más grave de la merecida. Además, excepto en el caso de la condena a la pena de inhabilitación, aquél no es un castigo impuesto por un juez,⁵⁷ sino que se aplica en virtud de distintas leyes laborales o administrativas o por decisión de determinados colegios profesionales.

En segundo lugar, este tema pone de manifiesto una importante preocupación de política social. De un lado, hay un interés en que las personas que han cumplido su condena puedan reintegrarse a la sociedad. Si las personas condenadas se ven relegadas a unas subculturas criminales y constreñidas a un futuro cíclico de más delincuencia y castigo, ello conlleva un daño social, físico y financiero. De otro lado, los empresarios tienen un interés legítimo en descartar a los aspirantes o trabajadores poco fiables, deshonestos y peligrosos. Podemos evitar ese dilema insistiendo en que un AP no es predictivo de una futura conducta delictiva (Lam y Harcourt, 2003), pero desgraciadamente la realidad no confirma estos deseos.⁵⁸ Las

del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía 349/2010 (sala contencioso administrativo, sección 4) de 5 de marzo, JUR 2010\245497), o para argumentar a favor de la concesión de la nacionalidad (por ejemplo Sentencia Audiencia Nacional (contencioso administrativo, sección 3) de 30 de octubre de 2001, JUR 2002\10083). Agradecemos la búsqueda de sentencias a Cristina del Alcazar (Abogada). El artículo también se alega ante las Juntas de Tratamiento para conseguir un permiso de salida o la progresión al régimen abierto para hacer frente a la objeción de que la persona posee diversos antecedentes penales (Julián Ríos, comunicación personal).

⁵⁶ En Finlandia todas las personas pueden solicitar su CAP. Sin embargo no se les suministra esta información si no demuestran con qué finalidad la piden. Por lo que respecta al mercado laboral, esta necesidad sólo existe respecto de determinados trabajos como los que conllevan un contacto con niños (Matti Joutsen, comunicación personal). Véase también las restricciones en Alemania en Morgenstern (2011) y en Holanda en Boone (2011).

⁵⁷ Por ello en Estados Unidos Demleitner (1999) aboga por ampliar las penas de inhabilitación y restringir la exclusión automática por el hecho de poseer AP.

⁵⁸ Si bien la investigación realizada por Kurlychek, Brame y Bushway (2007) muestra que una persona con AP de 7 años de antigüedad tiene las mismas probabilidades estadísticas de delinquir que una persona sin AP. También Blumstein y Nakamura (2009) consideran que estadísticamente es posible encontrar el momento 'h' en el cual el riesgo de una persona con antecedentes es igual al del resto de la población de su misma edad. Véase además la investigación realizada

investigaciones han encontrado distintos porcentajes de reincidencia en función del distinto tipo de delitos, edad, y, claro está, en función de la eficacia de la policía. No hay razón para creer que las tasas de reincidencia son constantes en el tiempo y en el espacio. Sin embargo no conocemos ninguna investigación empírica que demuestre que el hecho de poseer un AP no aumenta el riesgo de cometer un comportamiento delictivo futuro.

Finalmente, también deben considerarse los intereses de las personas no condenadas. Si no se contrata a un ex preso, este empleo no desaparece sino que se ofrece a alguien que quizás también necesite el trabajo desesperadamente. Esta persona nunca condenada quizás piense que este hecho debería contar positivamente en su *curriculum*, de la misma forma que cuentan las credenciales educativas o las cartas positivas de referencia. Si un pasado inmaculado no suministra ninguna ventaja a esta persona, su determinación a no delinquir -no importa cuántas dificultades enfrente- quizás se debilite.

Las opciones de política criminal en este ámbito son, como se puede advertir ahora, más complejas de lo que inicialmente parece. Afectan al derecho constitucional, al derecho penal, laboral y administrativo. Distintos intereses apuntan a distintas direcciones y la población más afectada suele ser la que tiene menos poder para hacerse oír (los ex presos, los inmigrantes). Quizás ello explica el por qué este problema de política criminal permanece hasta cierto punto escasamente debatido e investigado. Esta es, por supuesto, una situación poco afortunada, pues por un lado da pie a asunciones que pueden ser totalmente erróneas (¿no se discrimina en España a quien tiene AP?) y, por otro lado, evita una regulación más transparente y en últimas más controlable judicialmente.

BIBLIOGRAFÍA

- ALAMEDA, M.T. (2010) La oportuna adopción de un acuerdo colectivo comunitario sobre protección de datos personales de los trabajadores. *Justicia laboral*, nº.41: 81-102.
- ARARTEKO (1996) *Recomendación General*. 7.1. Necesidad de evitar el efecto discriminatorio de los antecedentes penales.
- BENEYTO, D., HERRERO V.M. y PRADOS, J.M. (2007) *2000 Soluciones Laborales*. CISS.
- BLUMSTEIN, A. y NAKAMURA, K. (2009) Redemption In The Presence of Widespread Criminal Background Checks, *Criminology*, volume 47, number 2, 327-359
- BUSHWAY, S. D., NIEUWBEERTA, P. y BLOKLAND, A. (2011). The predictive value of criminal background checks: Do age and criminal history affect time to redemption? *Criminology*, 49(1), 27-60.

por Bushway, Nieuwbeerta y Blokland (2011). Por ello se empieza a hablar de ‘redemption research’ que pretende averiguar cuándo el riesgo de reincidir de una persona con AP ‘converge’ con el del resto de la población.

- BOONE, M. (2011) Judicial rehabilitation in the Netherlands: Balancing between safety and privacy. *European Journal of Probation*, 3(1), <http://www.ejprob.ro/>
- BUENO ARÚS, F. (2006) *La Cancelación de Antecedentes Penales*, Thomson/Civitas, Madrid.
- CONDE, M. (2006) *Derecho Penitenciario Vivido*. Granada, Comares.
- DAMASKA, M. (1968) Adverse Legal Consequences Of Conviction And Their Removal: A Comparative Study (Part 2) *The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*. Vol.59, N°.4: 542.
- DEL REY, S. (1993) Tratamiento automatizado de datos de carácter personal y contrato de trabajo. *Relaciones Laborales*. Tomo 2, p.135.
- DEL VALLE, J.M. (1991) El derecho a la intimidad del trabajador durante la relación de trabajo. *Actualidad Laboral*. Tomo 3, p.485
- DEMLEITNER, N.V. (1999) Preventing internal exile: the need for restrictions on collateral sentencing consequences. *Stanford Law and Policy Review*, 11(1), 153-171.
- FARRALL, S. (2004) Social capital and offender reintegration: making probation desistance focused, in Maruna, S. & Immerigeon, R. (eds) *After Crime and Punishment: Pathways to Offender Reintegration*. Cullompton, Willan.
- FERNANDEZ VILLAZÓN, L.A. (1996) Los derechos de los trabajadores frente al tratamiento de datos personales. *La Ley*. Tomo 2, p.1178.
- GARLAND, D. (2001) *The Culture of Control*. Oxford, OUP.
- GOÑI, J.L. (1986) El respeto a la vida privada. A propósito del formulario MS1-02 del INI. *La Ley*. Tomo 2, p.115.
- GOÑI, J.L. (2004) Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo mediante instrumentos informáticos, de comunicación y archivos de datos. *Justicia Laboral*. P.13
- GROSSO, M. (1983) *Los Antecedentes Penales: Rehabilitación y Control Social*. Barcelona, Bosch.
- GUTIÉRREZ, A. (2010) La Protección de datos personales como derecho fundamental del imputado, ¿también en el ámbito del proceso penal?. *La Ley*. N° 71, Mayo.
- GUTIERREZ, J. y SINTAS, F. (1994) Actitud de los empresarios hacia la integración laboral de personas que están o han estado sometidas a medidas privativas de libertad. *Anuario de Psicología Jurídica*, N° 4, pp. 137-160.
- HARREMANAK, L. (2001) Medidas para fomentar el empleo de las personas que han sido privadas de libertad. *Revista de Relaciones Laborales*. N°.4
- HENRY, J. y JACOBS, J. (2007) Ban the Box to Promote Ex-Offender Employment. *Criminology and Public Policy*. Vol.6. N°.4: 755-762.
- HOLZER, H.J., RAPHAEL S. y STOLL, M.A. (2006). Perceived criminality, criminal background checks, and the racial hiring practices of employers. 49 *Journal of Law & Economics* 451-480
- JACOBS, J. B. (2006) 'Mass Incarceration and the proliferation of criminal records, *St. Thomas Law Review* 3: 387-420.
- JACOBS, J. B. y BLITSA, D. (2012) Pedophiles and European Integration (en prensa)

- JACOBS, J. B. y LARRAURI, E. (2010) ¿Son las Sentencias Públicas? ¿Son los Antecedentes Penales privados? Una comparación de la cultura jurídica de Estados Unidos y España. *Indret*. http://www.indret.com/es/derecho_penal/8/?&sa=10&fc=131&sn=8&indret
- KURLYCHEK, M., BRAME, R. y BUSHWAY, S. (2007) Enduring Risk? Old criminal records and predictions of future criminal involvement. *Crime & Delinquency*. 53:64.
- LAM, H. y HARCOURT, M. (2003) The use of criminal record in employment decisions: the rights of ex-offenders, employers and the public. *Journal of Business Ethics*. 47:237-252.
- LARRAURI, E. (2011) Conviction Records In Spain: Obstacles To Reintegration Of Offenders?. *European Journal of Probation*, 3(1). <http://www.ejprob.ro/>
- LEE, B. (2011) Business Necessity and the Use of Criminal Records by Employers. Manuscrito inédito.
- LEVERENTZ, A. (2011) Easing the strains of prisoner re-entry. *Offenders Programs Report*. Vol. 14, nº 5:65-80.
- LOUKS, N., LYNER, O. y SULLIVAN, T. (1998) The employment of people with criminal records in the European Union. *European Journal on criminal policy and research* 6: 195-210.
- LOVE, C. M. (2005) *Relief From The Collateral Consequences Of A Criminal Conviction: A State-By-State Resource Guide*. Open Society Institute.
- (2006) *Certificates of Rehabilitation and Other Forms of relief from the Collateral Consequences of Conviction: A Survey of State Laws*. American Bar Association.
- LOVE, C. M. y CHIN, J.G. (2010) Padilla v. Kentucky: The Right to Counsel and the Collateral Consequences of Conviction. *Arizona Legal Studies*. Discussion Paper Nº 10-16.
- MORGENSTERN, C. (2011) 'Judicial rehabilitation in Germany – the use of criminal records and the removal of recorded convictions', *European Journal of Probation*. <http://www.ejprob.ro/>
- NAYLOR, B., PATERSON, M. y PITTARD, M. (2008) In the shadow of a criminal record: proposing a just model of criminal record employment checks. 32 *Melbourne U.L.Rev.* 171
- PAGER, D. (2003) The mark of a criminal record, *The American Journal of Sociology*, vol.108, Nº.5: 937-975
- PAGER, D., WESTERN, B. y SUGIE, N. (2009) Sequencing disadvantage: Barriers to employment facing young black and white men with criminal records. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 623:195.
- PINARD, M. (2006). An integrated perspective on the collateral consequences of criminal convictions and reentry issues faced by formerly incarcerated individuals. *Boston University Law Review*, 86(3), 623-690.
- (2010) Collateral Consequences of Criminal Convictions: Confronting Issues of Race and Dignity. *New York University Law Review*, 85(2), 457-534.
- QUINTANILLA, R. (2001) El contrato de inserción. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 33.

- RICHARDS, S. y JONES, R. (2004) Beating the perpetual incarceration machine: overcoming structural impediments to re-entry, in Maruna, S. & Immarigeon, R. (eds) *After Crime and Punishment Pathways to Offender Reintegration*. Cullompton, Willan.
- ROLDAN, H. (2010) El uso de la libertad condicional y su influencia en el tamaño de la población reclusa en España. *RECPC* 12-04
<http://www.criminologia.net/reic.html>
- TASCON, R. (2005) El tratamiento por la empresa de los datos personales de los trabajadores ¿un problema resuelto o caído en el olvido? *Aranzadi Social*. Nº.16
- THACHER, D. (2008): The rise of criminal background screening in rental housing. *Law and Social Inquiry*, 33(1), 5-30.
- THOMAS, T. (2007) *Criminal Records*. New York, Palgrave Macmillan.
- TRAVIS, J. (2002) Invisible Punishment: An Instrument of Social Exclusion. Mauer, M. y Chesney-Lind, M. (eds) *The Collateral Consequences of Mass Imprisonment*. New York, The New Press.
- (2005) *But They All Come Back: Facing the Challenges of Prisoner Reentry*. Washington, The Urban Institute Press.