

ANTECEDENTES PENALES Y EXCLUSIÓN SOCIAL: UNA MIRADA A ESPAÑA, A EUROPA Y AL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN LA ERA DIGITAL¹

CRIMINAL RECORDS AND SOCIAL EXCLUSION: A LOOK AT SPAIN, EUROPE AND THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS IN THE DIGITAL AGE

Carmen Rocío Fernández Díaz
Universidad de Málaga

Sumario: *I. Introducción. II. La política criminal socialmente incluyente o excluyente: especial referencia a los registros penales en España. II.A. Consideraciones previas. II.B. El carácter socialmente excluyente de los registros penales. II.B.1. La confidencialidad de los antecedentes penales, su cancelación y el derecho al olvido en Internet. II.B.2. Las consecuencias colaterales de la condena: la solicitud de certificados de antecedentes penales para acceder a un empleo. III. Los antecedentes penales en la Unión Europea. III.A. Los precedentes normativos y la creación del Sistema Europeo de Información de Antecedentes penales (ECRIS). III.B. El Sistema Europeo de Información de Antecedentes penales en cifras. IV. El estándar del Tribunal Europeo de Derechos Humanos frente a los registros de antecedentes penales. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.*

Resumen: En la era digital, el uso que se hace de la información como bien intangible conlleva diferentes consecuencias en función de

¹ Este estudio se inscribe en el marco del proyecto de excelencia de la Junta de Andalucía, titulado «Medidas inclusivas para menores en situación de exclusión social» (ProyExcel_00514), y cuyo investigador principal es Octavio García Pérez.

su naturaleza. La información relativa a los antecedentes penales de una persona afecta a su derecho al respeto de la vida privada y familiar y su uso trae consigo importantes efectos en su reinserción social. El presente trabajo analiza el papel que juegan los registros penales y el uso de la información contenida en ellos en España, especialmente para el acceso a un empleo; estudia cómo Europa ha ido legislando sobre el intercambio de antecedentes penales entre los Estados miembros, creando el Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (o ECRIS, por sus siglas en inglés); y trata de averiguar cuál es el estándar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido respecto a las condiciones del almacenamiento y uso de dicha información para el respeto del citado derecho. Todo lo anterior permitirá reflexionar sobre el fin para el que sirven actualmente los antecedentes penales de una persona y si ello va o no en consonancia con la idea de reinserción social.

Palabras clave: Antecedentes penales, exclusión social, Sistema Europeo de Información de Antecedentes penales, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, consecuencias colaterales.

Abstract: In the digital age, the use of information as an intangible asset entails different consequences depending on its nature. Information regarding a person's criminal record affects their right to respect for private and family life and its use has important effects on their social reintegration. This paper analyzes the role played by criminal records and the use of them in Spain, especially for access to employment; it studies how Europe has been legislating on the exchange of criminal records between Member States, creating the European Criminal Records Information System (ECRIS); and it tries to find out what is the standard that the European Court of Human Rights has settled regarding the conditions of storage and use of said information for the respect of the aforementioned right. All of the above will lead us to reflect on the purpose for which a person's criminal record currently serves and whether or not this is in line with the idea of social reintegration.

Keywords: Criminal records, social exclusion, European Criminal Records Information System, European Court of Human Rights, collateral consequences.

I. INTRODUCCIÓN

En un mundo cada vez más globalizado y digitalizado, la información constituye un valor de primer orden y su flujo y transmisión generan eficiencia e interconexión entre personas e instituciones. Sin

embargo, la información puede pertenecer a diferentes ámbitos y, en función de ello, puede ser almacenada, transmitida y utilizada con finalidades distintas.

En el caso que nos ocupa, la información relativa a los antecedentes penales va referida a la vida privada de una persona, derecho reconocido en los artículos 18.1 de la Constitución española y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y en concreto, a su historial delictivo, pudiendo generar el uso de esta información importantes efectos en su reinserción social. Esta cuestión se ubica en el ámbito de un tema relativamente reciente como objeto de interés en nuestro entorno académico más cercano: el de las consecuencias colaterales de los antecedentes penales². Así, se ha puesto de manifiesto por la doctrina especializada que hace poco más de una década que ha empezado a ganar protagonismo en el contexto europeo la investigación sobre el impacto económico, social u ocupacional, entre otros, que tienen los antecedentes penales de una persona en su vida. Ello frente a otros temas tradicionales que han estado en el foco de atención de los estudiosos de la materia, como pueden ser la prisión y las tasas de encarcelamiento. En este sentido, han destacado la importancia de este ámbito de estudio empíricamente comparando la tasa de encarcelamiento por cada 100.000 habitantes frente a la de sujetos que cuentan con antecedentes penales, constituyendo la primera en torno a un 2% de la segunda³. Las consecuencias colaterales de contar con antecedentes penales también son reputadas un «castigo invisible, pues implican una disminución de derechos y privilegios ciudadanos que no es tenida en cuenta en la imposición de las penas por la jurisprudencia, que recibe escasa atención en el debate público de la política criminal y que no se prevé entre las sanciones penales⁴.

De tal importancia resulta este tema, como desafío jurídico en nuestros días, que la doctrina más autorizada ha señalado recientemente que los antecedentes policiales y penales constituyen el ámbito

² Corda, A. / Rovira, M. / Van 't Zand-Kurtovic, E., «Collateral consequences of criminal records from a cross-national perspective: An introduction», *Criminology & Criminal Justice* 00(0). *Special Issue: Collateral Consequences of Criminal Records*, SAGE, 2023, p. 3; Henley, A., «Criminalisation, criminal records and rehabilitation: From supervision to citizenship?», *Probation Journal*, Vol. 69(3), 2022, p. 273.

³ Así, Corda, A. / Rovira, M. / Van 't Zand-Kurtovic, E., *Ibidem*, pp. 2-3, señalan que, por ejemplo, en Estados Unidos, la tasa de encarcelamiento sobre 100.000 habitantes es de 635 frente a la de 34.404 sujetos que cuentan con antecedentes penales. Estos datos en España -apuntan-, son de 125 y de 6.175, respectivamente.

⁴ Travis, J., «Invisible Punishment: An Instrument of Social Exclusion», en Mauer, M. / Chesney-Lind, M. (ed.): *Invisible Punishment. The Collateral Consequences of Mass Imprisonment*, The New Press, New York, 2002, pp. 15-17.

que mayor exclusión social expresa en la política criminal española⁵, por lo que actualmente «los antecedentes penales preocupan a la ciudadanía y ocupan a los jueces españoles»⁶. Además, en los últimos años, los antecedentes penales han ido adquiriendo un mayor protagonismo, como consecuencia, entre otros motivos, del desarrollo legislativo que esta materia ha sufrido en la Unión Europea y, en consecuencia, en sus Estados miembros. De este modo, se ha criticado por algunos autores lo conveniente que resulta para Europa la dicotomía que suele hacerse penalmente con Estados Unidos, situando la política criminal de este último país como particularmente dura y excepcional, ya que, en dicha dicotomía, Europa se presenta como un ejemplo de racionalidad, proporcionalidad, reinserción y moderación penal para otros países, caracterizada por su progresismo⁷. No obstante, como bien apuntan estos autores, esto no debe darse por supuesto, siendo necesario el estudio de los efectos reales de la normativa y la práctica de la política criminal en Europa⁸.

Así, especial importancia en dicho desarrollo legislativo ha tenido la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13

⁵ García España, E. / Cerezo Domínguez, A. I., «La política criminal comparada según los resultados de la aplicación de RIMES», en García España, E. / Cerezo Domínguez, A. I. (ed.), *La exclusión social generada por el sistema penal: su medición internacional por RIMES*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 413-414.

⁶ Larrauri, E. / Rovira, M., «Publicidad, solicitud y cancelación de los antecedentes penales en los tribunales españoles», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. RECPC 23-01*, 2021, pp. 2-3 y 28.

⁷ Corda, A. / Rovira, M. / Van 'T Zand-Kurtovic, E., *Collateral consequences*, ob. cit., p. 6. Así mismo, véase Corda, A. / Rovira, M. / Henley, A., «Collateral consequences of criminal records from the other side of the pond: How exceptional is American penal exceptionalism?», *Criminology & Criminal Justice 00(0). Special Issue: Collateral Consequences of Criminal Records*, SAGE, 2023.

⁸ Así, Corda, A. / Rovira, M. / Henley, A., *Ibidem*, pp. 12-14, quienes estiman que pueden señalarse, al menos, tres áreas en las que Europa está desarrollando un cambio de tendencia que no la aleja ya tanto de Estados Unidos. Estas son: (1) la difusión de antecedentes penales, en cierta medida protegida por el TEDH y el TJUE pero con conflictos aún abiertos; (2) la cada vez mayor formalización de consecuencias colaterales de contar con antecedentes penales, que hasta ahora solo se producen *de facto*, mas no *de jure*; y (3) el debilitamiento de los mecanismos que fomentan legalmente la reinserción, como, en el caso de España, el plazo de 30 años tras el cumplimiento de la condena para la desaparición del nombre del condenado del registro de delinquentes sexuales. Lo anterior lleva a estos autores a concluir, que no es exagerado decir que Europa se encuentra en grave peligro de alcanzar eventualmente a Estados Unidos respecto a la imposición de consecuencias colaterales, creando un entorno social más excluyente para las personas con antecedentes penales que son vistas como riesgos que deben gestionarse en lugar de individuos que luchan por reintegrarse al tejido social (p. 15). No obstante, dentro de Europa se perciben diferencias importantes, como han puesto de manifiesto García España, E. / Cerezo Domínguez, A. I., *La política criminal comparada*, ob. cit.

de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil. Esta establece en su artículo 10.2 que «[l]os Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los empresarios, al contratar a una persona para realizar actividades profesionales o actividades de voluntariado organizadas que impliquen contactos directos y regulares con menores, tengan derecho a solicitar información, de conformidad con el Derecho nacional, por cualquier medio apropiado, como el acceso previa petición o a través del interesado, de la existencia de condenas por infracciones contempladas en los artículos 3 a 7 que consten en el registro de antecedentes penales, o de cualquier inhabilitación para ejercer actividades que impliquen contactos directos y regulares con menores derivada de dichas condenas penales»⁹. Esta normativa supranacional ha derivado en cambios legislativos a nivel nacional, siendo los más relevantes en España la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, y su desarrollo por el Real Decreto 1110/2015, de 11 de diciembre, por el que se regula el Registro Central de Delincuentes Sexuales¹⁰. Este último prevé plazos de cancelación para sus inscripciones de hasta 30 años, lo que conlleva, como veremos, importantes consecuencias para la vida de una persona.

Pues bien, partiendo de todo lo anterior, parece clara la relevancia y repercusión que puede tener un mal uso de la información relativa al pasado delictivo de una persona. Los diferentes Estados miembros cuentan con regulaciones nacionales de distinta índole para registrar y hacer uso de los antecedentes penales. Ello da lugar a políticas criminales más o menos excluyentes o incluyentes, en función de los efectos que se deriven de contar con un mayor o menor número de antecedentes penales.

No obstante, a pesar de que cada legislación cuenta con su propia regulación en esta materia, en los últimos años, por un lado, desde la Unión Europea se han adoptado diferentes medidas y se ha legislado con el objetivo de facilitar el intercambio de información entre Estados miembros para prevenir y combatir la delincuencia, no así para

⁹ Los artículos 3 a 7 de la Directiva 2011/92/UE van referidos a los abusos sexuales, la explotación sexual, la pornografía infantil, el embaucamiento de menores con fines sexuales por medios tecnológicos, incluyendo su autoría mediante inducción y su participación mediante complicidad, así como su realización en grado de tentativa.

¹⁰ Tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, este cambia su denominación a «Registro Central de Delincuentes Sexuales y de Trata de Seres Humanos».

unificar los sistemas internos de registro de antecedentes penales por lo que respecta al uso de la información con fines de ámbito nacional. Por otro lado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el almacenamiento y la utilización de información relativa a antecedentes delictivos, lo que crea así mismo un estándar al que los diferentes Estados deberían atender en sus legislaciones internas.

Teniendo en cuenta lo anterior, el presente trabajo pretende, en primer lugar, poner en contexto el tema objeto de estudio en el marco de la política criminal actual, considerando su carácter excluyente para el sujeto que tiene que reinsertarse en la sociedad tras la comisión de uno o más delitos, tomando como ejemplo el papel de los registros penales en el sistema español; en segundo lugar, poner de relieve los puntos clave de la regulación europea sobre antecedentes penales, recibiendo especial atención el llamado Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales o ECRIS (por sus siglas en inglés, *European Criminal Records Information System*); y, en tercer lugar, extraer los aspectos más relevantes de la postura mantenida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la hora de valorar si la regulación y práctica de los registros nacionales se ajusta al Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH). Finalmente, todo ello permitirá extraer algunas conclusiones sobre a qué fin sirven actualmente los antecedentes penales de una persona, sin perder de vista que vivimos en la era digital, y si ello va en consonancia con la idea de reinserción social.

II. LA POLÍTICA CRIMINAL SOCIALMENTE INCLUYENTE O EXCLUYENTE: ESPECIAL REFERENCIA A LOS REGISTROS PENALES EN ESPAÑA

II.A. Consideraciones previas

A fin de contextualizar el tema objeto de estudio en el marco de las políticas criminales contemporáneas, así como de poner de relieve el rol excluyente que los antecedentes penales juegan actualmente, se estima adecuado tomar como guía la perspectiva analítica promovida por Díez Ripollés, que considera insuficiente la dimensión rigor/moderación penal para interpretar la realidad político-criminal de los diferentes países, y promulga más bien seguir la dimensión inclusión/exclusión social, de mayor alcance¹¹.

¹¹ Díez Ripollés, J. L., «El abuso del sistema penal», *RECPC* 19-01, 2017, pp. 2-5. Esta dimensión es aplicada en el instrumento RIMES, para medir comparativamente

El autor define el concepto de inclusión social, considerando que esta aspira, entre otros fines, «...a que sospechosos o delincuentes se encuentren, tras su contacto con los órganos de control penal, en iguales o mejores condiciones individuales y sociales para desarrollar voluntariamente una vida conforme con la ley». En sentido contrario, la exclusión social —señala— «...ha de garantizar que el sospechoso o delincuente se encuentre, tras su contacto con los órganos de control penal, en unas condiciones individuales y sociales en las que le resulte más difícil infringir la ley o evitar ser descubierto»¹².

Así mismo, aclara que el programa incluyente se inspira en las corrientes penológicas que priorizan la resocialización del delincuente, mientras que el excluyente lo hace en aquellas que se centran en su inocuización¹³. El fin último del derecho penal, y de toda política criminal, viene dado por la prevención de la delincuencia dentro de parámetros socialmente asumibles¹⁴, para lo cual, por tanto, la reinserción social del sujeto, prevista en el artículo 25.2 de la Constitución española, como fin al que se orientan las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad, constituye una piedra angular. Sin embargo, el logro de estos objetivos será difícil si se perpetúa la exclusión social¹⁵ y si el peso de la consecución de dichos objetivos se descarga, casi exclusivamente, en la persona del delincuente¹⁶, siendo una de

la exclusión social en las políticas criminales actuales. Véanse, entre otros trabajos, Cerezo Domínguez, A. I. (Coord.), *Política criminal y exclusión social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021; Díez Ripollés, J. L. / García España, E., «RIMES: Un instrumento de comparación de políticas criminales nacionales desde la exclusión social», *Polít. Crim.* Vol. 15, n. 30, 2020; García España, E. / Cerezo Domínguez, A. I. (ed.), *La exclusión social generada por el sistema penal: su medición internacional por RIMES*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

¹² Díez Ripollés, J. L., *Ibidem*, pp. 5-6.

¹³ Díez Ripollés, J. L., *Ídem*, p. 6 nota 12.

¹⁴ Díez Ripollés, J. L., «La dimensión inclusión/exclusión social como guía de la política criminal comparada», *RECPC* 13-12, 2011, p. 5.

¹⁵ Así, también, Díez Ripollés, J. L., *Ibidem*, p. 9; el mismo: «Sanciones adicionales a delincuentes y exdelincuentes. Contrastes entre Estados Unidos de América y países nórdicos europeos», *Indret* 4/2014, p. 17, donde señala que la producción o acentuación de la exclusión social de condenados y ex condenados, mediante prácticas que constituyen obstáculos para su reinserción social, en último término, fomenta la reincidencia o reiteración delictivas; el mismo: El abuso, *ob. cit.*, p. 6, donde defiende que «...un cierto nivel de inclusión social de sospechosos, delincuentes y exdelincuentes es una de las más eficaces estrategias para la prevención de la delincuencia», mientras que «...la producción o profundización de la exclusión social de sospechosos, delincuentes y exdelincuentes por las instituciones de control penal genera mayor delincuencia a medio y largo plazo».

¹⁶ En este sentido, García Magna, D., *La lógica de la seguridad en la gestión de la delincuencia*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 63-64, señala que el Estado, en lugar de centrar sus esfuerzos en políticas inclusivas y asistenciales que promuevan la inclusión social y económica, y que son especialmente necesarias en el caso de

esas cargas la «etiqueta» como «desviado» por haber infringido una norma acordada¹⁷ y creando así una realidad «nosotros y ellos»¹⁸.

En este contexto, la cada vez mayor exhaustividad y volumen de los registros policiales y penales, que se van consolidando progresivamente en los sistemas de control penal nacionales, marca una inequívoca evolución hacia un modelo político-criminal excluyente y, en consecuencia, hacia un uso abusivo de los medios de intervención penal¹⁹. En concreto, se analizarán los registros penales en el sistema español, considerando el papel de los antecedentes de esta naturaleza y la posibilidad de confiar en una verdadera resocialización para aquellos sujetos que sufren las consecuencias derivadas de contar con ellos en su historial delictivo en la actualidad.

II.B. El carácter socialmente excluyente de los registros penales

II.B.1. La confidencialidad de los antecedentes penales, su cancelación y el derecho al olvido en Internet

Díez Ripollés señala que los nuevos medios electrónicos, entre otros factores, son los responsables de la cada vez mayor exhaustividad y volumen de los registros policiales y penales. De este modo, critica que su persistencia temporal cada vez sea más prolongada, debido a la ampliación de los plazos de prescripción de delitos, de la cancelación o borrado de antecedentes o la dificultad de realizar estas últimas operaciones²⁰.

Como establece el artículo 136.4 del Código penal, «las inscripciones de antecedentes penales en las distintas secciones del Registro Central de Penados y Rebeldes no serán públicas», siendo solo accesibles por las autoridades previstas en los artículos 5 y 6 del Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia. Por tanto, el principio general en España es la no publicidad de los

delinquentes reincidentes, desplaza dicha responsabilidad al propio penado, que no solo debe asumir el castigo que merece por lo que ha hecho, sino también la responsabilidad sobre su propia rehabilitación.

¹⁷ Becker, H., *Outsiders*, hacia una sociología de la desviación, Siglo veintiuno editores, 1ª ed., 4ª reimpresión, Buenos Aires, 2018, p. 28.

¹⁸ Jacobs, J. B., *The Eternal Criminal Record*, Harvard University Press, 2015, p. 302.

¹⁹ Díez Ripollés, J. L., *El abuso*, ob. cit., p. 19.

²⁰ *Ibidem*, p. 18.

antecedentes penales, lo cual se extiende a los de carácter policial, pues como defienden Larrauri y Rovira, «...en estos casos no hay ni siquiera una sentencia judicial que desvirtúe la inocencia de la persona detenida»²¹. A esta razón, Larrauri añade que, frente al sistema anglosajón, en la mayor parte de las jurisdicciones europeas, se pone un mayor énfasis a la intimidad y a la reinserción²².

Además de lo anterior, Díez Ripollés afirma que, a pesar de existir diferencias significativas en los registros de los diferentes países, cada vez es más fácil acceder a los antecedentes por condenas previas por parte de empresas, organizaciones privadas y particulares. Lo anterior, sumado a la obligación de algunos países, como es el caso de Estados Unidos, de facilitar el paradero tras la condena en el caso de delincuentes especialmente estigmatizados, como los sexuales, constituyen penas infamantes contemporáneas, que dejan arrumbados a los derechos al honor o a la intimidad, la protección de datos y, sin duda, a la reinserción social de los delincuentes²³.

Cabe mencionar aquí que la conculcación de estos derechos se hace especialmente patente hoy en día con las tecnologías, pues estas no solo favorecen el que se recoja la información por las vías institucionales en los citados registros, sino que también permiten perpetuar la permanencia de aquella en la red de manera extraoficial, como puede ser con su presencia en prensa o en buscadores. En este contexto, hay que recordar la sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), de 13 de mayo de 2014 (Asunto C-131/12), que reconoce el derecho al olvido en Internet, al establecer que el gestor de un motor de búsqueda (como era el caso de Google España, en esta sentencia), «está obligado a eliminar de la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona vínculos a páginas web, publicadas por terceros y que contienen información relativa a esta persona» (párrafo 88), pues constituye un tratamiento de datos personales que «puede afectar significativamente a los derechos fundamentales de respeto a la vida privada y de protección de datos personales» (párrafo 80). En esta sentencia se pone de manifiesto la confrontación entre el derecho

²¹ Larrauri, E. / Rovira, M., Publicidad, solicitud, ob. cit., p. 5.

²² Larrauri, E., «Criminal record disclosure and the right to privacy», *Criminal Law Review* (London, England), January 2014, p. 728.

²³ Díez Ripollés, J. L., El abuso, ob. cit., pp. 18-19. Sobre la facilidad para acceder a los antecedentes penales de una persona en Estados Unidos, véanse Lageson, S. E., *Digital Punishment: Privacy, Stigma, and the Harms of Data-Driven Criminal Justice*, Oxford University Press, 2020 y Jacobs, J. B., *The Eternal*, ob. cit., p. 303, quien señala que hoy en día es más difícil acceder al expediente educativo o al historial laboral de una persona que a aquellos.

a la vida privada y familiar (previsto en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos) y la libertad de expresión (recogida en el artículo 10 del Convenio), que no parece estar aún resuelta, siendo necesario lograr un mejor equilibrio entre ambos²⁴. Además, no hay que olvidar que la Constitución española no solo garantiza en su artículo 18.1 el derecho a la intimidad personal y familiar, sino que el apartado 4 de dicho precepto establece que «[l]a ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos». Sin embargo, hay que tener presente que, como afirma Lageson, aunque el «castigo digital» puede ser experimentado por muchas personas, la carga recae especialmente sobre aquellos que son estructuralmente vulnerables y, en gran medida, sobre los que son menos capaces de afrontar la gravedad de la situación²⁵.

Por tanto, tener en cuenta las consecuencias derivadas del reconocimiento del derecho al olvido resulta fundamental a la hora de tomar una decisión sobre la difusión de los datos relativos al historial delictivo de una persona, siendo conveniente en estos conflictos, como apunta Larrauri, que en la ponderación que realizan los jueces se tenga en cuenta también la reinserción social²⁶.

Este principio constitucional, no reconocido como derecho²⁷, aun cuando bien debería serlo, constituye el fin último al que deben ir dirigidas las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad, según establece el artículo 25.2 de nuestra Carta Magna. Ello implicaría que, una vez que se produce la cancelación de los antecedentes penales de una persona, todo rastro de estos debería eliminarse, ya sea de un registro policial o penal, ya sea de cualquier otro lugar donde consten y pudieran mermar dicho fin²⁸, conforme al derecho

²⁴ Faisal, K., «Balancing between right to be forgotten and right to freedom of expression in spent criminal convictions», *Security and Privacy* 4(4): e157, 2021.

²⁵ Así, Lageson, S. E., *Digital Punishment*, ob. cit., p. 9, aclarando que la relación con la tecnología y la propia capacidad de defender el derecho a la intimidad constituyen un conjunto de privilegios asignados a clases socioeconómicas específicas.

²⁶ Larrauri, E., «¿Es legítima la difusión de la identidad del agresor condenado? A propósito de la STS 25/2021, de 25 de enero», *InDret* 2.2021, p. 3, quien pone también de relieve la necesidad de que los tribunales diluciden los límites entre los citados derechos.

²⁷ Así se pronunció el Tribunal Constitucional en el ATC 15/1984, de 11 de enero, FJ único.

²⁸ Respecto a esta cuestión y cómo, actualmente, las tecnologías de la información dificultan la efectividad del derecho al olvido, en relación con la legislación británica y su *Rehabilitation of Offenders Act* de 1974, véase Stacey, C., «Rehabilitation in the internet age: The Google-effect and the disclosure of criminal records», *Probation Journal*, Vol. 64(3), 2017, pp. 269-275. Por su parte, y como señala Larrauri, E.,

de supresión, previsto en el artículo 15 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. En este sentido, y como ha apuntado la doctrina, la previsión legal de la cancelación de los antecedentes penales es una manifestación del apoyo a la rehabilitación, así como la constatación de que aquellos la dificultan²⁹, por lo que no hay duda de que son un elemento de carácter excluyente en la política criminal.

A lo anterior hay que añadir que, según el artículo 136.1 del Código penal, la cancelación de los antecedentes constituye un derecho del condenado, y se produce una vez que este ha extinguido su responsabilidad penal, cuando hayan transcurrido, sin haber vuelto a delinquir, los plazos previstos en dicho precepto que, en función de la gravedad del delito, van desde los seis meses para las penas leves hasta los diez años para las graves. Sin embargo, un límite distinto aplica para los casos de delitos sexuales con víctima menor de edad, en los que la inscripción se amplía hasta 30 años, estableciendo el Real Decreto 1110/2015, de 11 de diciembre, por el que se regula el Registro Central de Delincuentes Sexuales, en el apartado II de su Preámbulo, que ello se prevé «como una medida para la protección de la infancia y la adolescencia», sin oponerse a los principios de proporcionalidad, necesidad o reinserción.

Pues bien, siendo reconocida la cancelación de antecedentes penales un derecho del condenado, aparece como preocupante la redacción del Real Decreto-Ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo, que se enmarca en el llamado Plan «Justicia 2030», y cuyo objeto es regular la utilización de las tecnologías de la información en el ámbito de la Administración de Justicia³⁰. Así, el artículo 101 del citado texto, en su apartado Dos, modifica el artículo 252 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, estableciendo, en su párrafo primero, que las notas autorizadas de las sentencias firmes en las que se imponga alguna pena por delito y los autos en que se declare la rebeldía de los procesados se remitirán por los tribunales a los correspondientes registros «a través

Criminal record disclosure, ob. cit., p. 725, en la legislación británica bajo esta Ley y sus sucesivas reformas, las llamadas «*spent convictions*» (condenas que en nuestro sistema se considerarían canceladas o que deben ser ignoradas tras un determinado periodo de tiempo) pueden ser reveladas.

²⁹ Larrauri, E. / Rovira, M., Publicidad, solicitud, ob. cit., p. 18.

³⁰ Artículo 1.1 de dicho Real Decreto-Ley, accesible a través del siguiente enlace: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2023-25758> (última visita: 8 de julio de 2024).

de procedimientos electrónicos». Sin embargo, el Real Decreto-Ley añade un segundo párrafo al citado precepto, que prevé que «[e]n los procedimientos de cancelación de la inscripción de antecedentes penales en el Registro Central de Penados iniciados a instancia del interesado, una vez transcurrido el plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa, la solicitud se entenderá desestimada». De este modo, parece que se establece una suerte de silencio negativo, que juega en contra del interesado en el procedimiento para hacer efectivo su derecho a la cancelación de sus antecedentes penales, lo cual resulta criticable.

En cualquier caso, el Real Decreto-Ley 6/2023 establece el principio general de una justicia basada en datos, siendo estos clave en las políticas públicas modernas³¹. No obstante, no hay que perder de vista, como defiende Lageson respecto a Estados Unidos, que la toma de decisiones basada en datos ha hecho creer a muchas personas que la existencia de más registros trae consigo un sistema de justicia penal más eficiente, más transparente y más justo. Sin embargo, la autora considera que ello no es así y que esos datos suelen utilizarse contra las personas para avergonzarlas, vigilarlas y castigarlas mucho más allá del sistema de justicia³². Solo cabe esperar que este no sea el destino de la realidad española.

II.B.2. Las consecuencias colaterales de la condena: la solicitud de certificados de antecedentes penales para acceder a un empleo

A pesar de que la cancelación de antecedentes penales constituye teóricamente un derecho del condenado, la inscripción registral de un sujeto condenado por un delito trae consigo consecuencias colaterales³³ que, de alguna manera, sí afectan a los principios de proporcionalidad, necesidad y, sobre todo, a la reinserción social. Así, la doctrina ha puesto de manifiesto que estas consecuencias pueden ser de dos tipos: por un lado, consecuencias formales o *de iure*, donde se incluyen sanciones, restricciones e inhabilitaciones que se atribuyen a los antecedentes penales y que tienen una base legal o reglamentaria, entre las

³¹ Apartado VI del Preámbulo del Real Decreto-Ley 6/2023, de 19 de diciembre.

³² Lageson, S. E., *Digital Punishment*, ob. cit., pp. 6-7.

³³ Con razón, Henley, A., *Criminalisation*, ob. cit., p. 274, ha apuntado que posiblemente los perjuicios de la criminalización (*«pains of criminalisation»*), asociados con el estigma de los antecedentes penales deberían ser considerados no simplemente como «colaterales» sino como «centrales» para las prácticas sociales de castigo, que implican vergüenza y estigmatización moral.

que destacan, por ejemplo, las que se dan en materia de extranjería³⁴ o la que se prevé para los delitos sexuales cometidos contra menores de edad; por otro lado, se encuentran las consecuencias informales o *de facto*, que constituyen prácticas excluyentes y discriminatorias que suponen la imposición de barreras sociales que carecen de base legal, entre las que hay que destacar aquí las limitaciones al acceso de un puesto de trabajo por parte de empresas privadas, por contar con antecedentes penales³⁵, sobre todo, cuando no existe un pronunciamiento legal claro que tampoco lo impida, como es el caso de España³⁶. En este sentido, la doctrina ha afirmado que constituye una práctica frecuente, que va en aumento, la solicitud del certificado de antecedentes penales (en adelante, CAP) para acceder a un empleo, no solo cuando se trata de delitos sexuales cometidos contra menores, para lo cual existe el certificado de delitos de naturaleza sexual (en adelante, CDNS)³⁷.

Así, por un lado, como consecuencia formal, la inscripción en el Registro Central de Delincuentes Sexuales conlleva la inhabilitación para ejercer una profesión con menores de edad por un periodo que puede alcanzar hasta 30 años, como se mencionó antes, lo que ha generado la discusión doctrinal de si constituye en realidad una verdadera sanción o más bien una medida de protección³⁸. El carácter excluyente de esta medida se ve agravado si la extendemos al ámbito

³⁴ Sobre el papel que los antecedentes penales juegan en el futuro del extranjero ex condenado, véase García España, E., «Extranjeros sospechosos, condenados y excondenados: Un mosaico de exclusión», *RECPC* 19-15 (2017), pp. 22-24, donde la autora pone de relieve las variadas sanciones adicionales o invisibles derivadas de poseerlos, de intenso contenido aflictivo, que afectan a la posibilidad de mantenerse en el país o dificultan su reinserción social postpenitenciaria, al impedirle acceder a una autorización de residencia.

³⁵ Corda, A. / Rovira, M. / Van 't Zand-Kurtovic, E., *Collateral consequences*, ob. cit., pp. 1-2; Corda, A. / Rovira, M. / Henley, A., *Collateral consequences*, ob. cit., p. 2.

³⁶ García España, E. / Díez Ripollés, J. L., «La exclusión social generada por el sistema penal español», *InDret*, n. 1, 2021, p. 273; Jacobs, J. / Larrauri, E., «European Criminal Records & Ex Offender Employment», *Oxford Handbooks Online, New York: Oxford University Press, NYU School of Law, Public Law Research Paper*, No. 15-41, 2015, p. 26.

³⁷ Así, Larrauri, E. / Rovira, M., «Publicidad, certificados y cancelación de los antecedentes penales ¿La cultura del control se consolida en España desde las nuevas leyes de 2015?», *InDret*, n. 3, 2020, pp. 297 y ss., quienes han llevado a cabo una investigación empírica en la que constatan el citado aumento.

³⁸ Defiende la naturaleza de «sanción» de esta medida, Fernández Cabrera, M., «Naturaleza jurídica de la normativa relativa al registro de delincuentes sexuales a la luz de la jurisprudencia del TEDH y crítica a toda la regulación», *Estudios Penales y Criminológicos*, 42, 2022. En sentido similar, Larrauri, E. / Rovira, M., *Publicidad, solicitud*, ob. cit., p. 16, quienes consideran que «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».

del derecho penal de menores. Es el caso de España desde la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y la creación del Registro Central de Delincuentes Sexuales, cuya vigencia comenzó en marzo de 2016. A partir de ese momento puede decirse que en España los menores de edad que cometen un delito de naturaleza sexual cuentan con antecedentes penales, al incluirse en el citado Registro y, por tanto, en el CDNS, que los empleadores requieren para trabajos con un contacto habitual con menores, no solo la información relativa a los adultos infractores en el Registro Central de Penados, sino también la contenida en el Registro Central de Sentencias de Responsabilidad Penal de los Menores³⁹. Así, Fernández Cabrera critica esta decisión por suponer un exceso del legislador español respecto a la normativa europea, e incluso a otros ordenamientos como el británico o el francés⁴⁰. Por último, cabe mencionar que la doctrina ha criticado la ambigüedad del concepto de «contacto habitual», carente de concreción en la legislación y quedando esta, por tanto, en manos de la institución contratante, ya sea pública o privada, lo que ha dado lugar a la adopción de diferentes criterios para definir en qué profesiones debe exigirse esta información⁴¹.

Sin embargo, por otro lado, si bien existen determinados supuestos en los que la solicitud del CAP está prevista legal o reglamentariamente, generalmente en el sector público, como es el caso de vigilantes de seguridad, jueces y taxistas⁴², como consecuencia informal, la doctrina ha señalado que también existen actualmente numerosos supuestos en los que ninguna ley lo prevé⁴³. Así, Larrauri y Rovira destacan diferentes situaciones en las que esto ocurre, como las siguientes: (1) puestos de trabajo en los que un comportamiento delictivo por parte del trabajador puede acarrear graves consecuencias (en la industria cárnica, farmacéutica o química o como empleado del hogar o asistente personal); (2) servicios puntuales en el extranjero que pueden precisar de un visado con información sobre anteceden-

³⁹ Larrauri, E. / Rovira, M., Publicidad, certificados, ob. cit., p. 293.

⁴⁰ Fernández Cabrera, M., Naturaleza jurídica, ob. cit., p. 26.

⁴¹ Larrauri, E. / Rovira, M., Publicidad, solicitud, ob. cit., p. 9. Estos autores apuntan que ello ha llevado en algunos casos a exigir un certificado negativo de antecedentes penales para ejercer profesiones donde el contacto con menores es meramente ocasional.

⁴² *Ibidem*, pp. 9 y ss.

⁴³ Sobre esta práctica y otras relacionadas con antecedentes policiales y penales en España y su comparación internacional con otras políticas criminales, véase Aguilar Jurado, J. A., «Cesta 8. Antecedentes policiales y penales», en García España, E. / Cerezo Domínguez, A. I. (ed.), *La exclusión social generada por el sistema penal: su medición internacional por RIMES*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

tes penales (ello se ha detectado en sectores de la construcción y el transporte); (3) empresas multinacionales con sede en otros países donde se exige el certificado de antecedentes penales (en concreto, en el sector educativo, turístico y financiero); (4) peticiones erróneas que en realidad iban referidas a solicitar un CDNS, no un CAP, y que podría haber terminado favorablemente para el sujeto al no poseer antecedentes penales por delitos sexuales; o (5) casos en los que no existe una motivación legal, donde ponen de relieve que esta parece un práctica cada vez más usual por parte de ciertas multinacionales del sector tecnológico⁴⁴. Como puede apreciarse, los supuestos en los que, *de facto*, se solicitan antecedentes penales para acceder a un empleo son múltiples.

Hace casi una década, los datos disponibles llevaban a la doctrina a intuir una creciente tendencia en Europa a la solicitud de un certificado limpio de antecedentes penales por los empleadores para el acceso a un puesto de trabajo, basándose en el hecho de que la criminalidad pasada constituye un predictor de la criminalidad futura, a pesar de que, como también se ponía de manifiesto entonces, no existieran investigaciones que demostraran que ello redujera el riesgo de delinquir y, por tanto, la prevención del delito⁴⁵. Hoy en día esta tendencia se sigue confirmando, no solo en Europa, sino aparentemente a nivel mundial⁴⁶.

⁴⁴ Así, Larrauri, E. / Rovira, M., Publicidad, certificados, ob. cit., pp. 298-299.

⁴⁵ Larrauri, E., «Legal protections against criminal background checks in Europe», *Punishment & Society* 16(1), 2014, p. 51. Así también se pronunciaba la misma autora, en Larrauri, E., Criminal record disclosure, ob. cit., p. 736.

⁴⁶ Sobre esta cuestión, véase Rovira, M., «The Global Rise of Criminal Background Checks», *International Criminology* (2023) 3:1-11, quien realiza un impresionante análisis de datos de 52 países para determinar si puede afirmarse en las últimas dos décadas una tendencia global al aumento de las comprobaciones de los antecedentes penales con fines no relacionados con el proceso penal (acceso a un puesto de trabajo, migración, alojamiento, actividades voluntarias, interés personal, etc.). El autor, tras exponer con detalle las trabas metodológicas con las que se ha topado en su investigación, concluye que, si bien pueden observarse carencias en el indicador elegido, diferencias entre los resultados de los países analizados e incluso patrones distintos entre aquellos que presentan tendencia al aumento [que son la mayoría], puede afirmarse que existe una expansión de alcance global de las comprobaciones de antecedentes penales y que esta dimensión internacional puede ser beneficiosa para futuros estudios y políticas dirigidas a controlar este ascenso con el fin de favorecer la reinserción social de los sujetos que han vivido una experiencia en el sistema de justicia penal. Además, críticos con esta tendencia y con el papel central que adquieren los actores privados que negocian y se benefician de esta información sobre antecedentes penales, Corda, A. / Rovira, M. / Henley, A., Collateral consequences, ob. cit., p. 11.

Según Larrauri, solo cuando haya una ley que explícitamente lo autorice, un empleador podrá solicitar a un potencial empleado carecer de antecedentes penales, teniendo en cuenta el principio de confidencialidad que caracteriza a esta información⁴⁷. Pero, además, la autora defiende que esta norma debería cumplir los siguientes requisitos: «(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»⁴⁸. En mi opinión, además de la exigencia de una ley que regule las solicitudes de certificados de antecedentes penales para acceder al empleo, cada uno de los requisitos propuestos por la autora resultan imprescindibles para, por un lado, dotar de seguridad jurídica a toda ley que prevea un obstáculo para el ejercicio del derecho al trabajo de los ex condenados, reconocido en el artículo 35 de la Constitución, y, por otro lado, garantizar que la medida adoptada es proporcionada y necesaria a los efectos de prevenir la delincuencia, asegurando que las limitaciones a la reinserción social estén suficientemente justificadas.

Sin embargo, actualmente, en la práctica, la comprobación de los antecedentes penales de un potencial empleado viene favorecida por el hecho de que ello no es que sea posible mediante una consulta directa a los registros nacionales por parte del empleador, lo que no está permitido de forma general al ser considerados datos personales, sino que es el propio solicitante del empleo el que lo lleva a cabo ante la petición del empleador⁴⁹. El problema de esta segunda posibilidad, en la que, más que de forma voluntaria, el interesado solicita el certificado condicionado por la obtención del empleo, es que podría enmascarar supuestos en los que se haga un uso abusivo de esta vía, dando rienda suelta a los empleadores para solicitar un historial de-

⁴⁷ Larrauri, E., *Legal protections*, ob. cit., pp. 58-59, quien pone de manifiesto que en la Europa continental este principio tiene un papel especialmente relevante en las legislaciones nacionales.

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 56, 60 y 62. Años más tarde, Larrauri, E. / Rovira, M., *Publicidad, solicitud*, ob. cit., pp. 17-18, siguen defendiendo estos requisitos (la traducción al castellano de estos requisitos se transcribe literalmente de esta última obra).

⁴⁹ Así, como se ha mencionado, ello viene establecido por el artículo 10.2 de la Directiva 2011/92/UE y de él se hizo eco el artículo 9.3 del Real Decreto 1110/2015, de 11 de diciembre, por el que se regula el Registro Central de Delincuentes Sexuales, al establecer que «A petición del titular interesado, podrán certificarse directamente los datos relativos a su persona», salvo que se trate de menores o personas con la capacidad modificada judicialmente, en cuyo caso la solicitud debe realizarla su representante legal.

lictivo impecable a sus potenciales empleados de forma generalizada y sin un motivo que lo justifique.

Esto nos lleva a una necesaria crítica al sistema para intentar poner límites a esta práctica de alguna forma. Como ha señalado la doctrina, en caso de que exista un riesgo de amenaza inmediata y grave, más allá del cumplimiento de la condena, es el derecho penal el que tiene que abordar dicho riesgo, en lugar de dejarlo en manos de empleadores privados que controlen antecedentes penales⁵⁰, lo que puede dar lugar a prácticas discriminatorias, siendo responsabilidad del Estado proporcionar seguridad y proteger los derechos de los sectores vulnerables de la sociedad⁵¹. No obstante, parece que esto constituye una práctica del propio Estado, cada vez más extendida, pues como explicaba Garland, los límites formales del ámbito de control del delito ya no están marcados por las instituciones nacionales de justicia penal, sino que actualmente involucra también a actores y agencias de la sociedad civil⁵². Entre esos actores se encuentran las empresas, siendo el supuesto que nos ocupa un ejemplo de ello, aunque no es el único.

Así, otro caso emblemático de esta delegación de las funciones estatales derivadas del ejercicio del *ius puniendi*, que puede apreciarse en el ordenamiento jurídico español, lo encontramos en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En este sentido, es de destacar el papel que juegan actualmente las empresas en la prevención del delito⁵³, tras la reforma del código penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. De este modo, esta ley introdujo en su artículo 31 bis, apartados 2 y 4, la exigencia, para poder eximirse de responsabilidad penal, de que las personas jurídicas adopten y ejecuten con eficacia, antes de la comisión de un delito en su seno, modelos de organización y gestión, esto es, los llamados, programas de cumplimiento, que resulten adecuados para prevenir

⁵⁰ Larrauri, E., Legal protections, ob. cit., p. 60.

⁵¹ *Ibidem*, p. 62.

⁵² Garland, D., *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford University Press, 2001, p. 170. Aunque el autor habla de la realidad estadounidense y, en menor medida, británica, en las más de dos décadas que han transcurrido desde su obra podrían ser extrapoladas estas consideraciones a la realidad europea.

⁵³ Crítico con la línea argumental que justifica la necesidad de implicar a los entes colectivos en la prevención y persecución de delitos cometidos por personas físicas, Díez Ripollés, J. L., *Derecho penal español. Parte general*, 5ª edición revisada, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 160-161, quien defiende que ello supone «asumir postulados de la cuestionable prevención comunitaria, en cuya virtud se exige a los ciudadanos que se impliquen directamente en tareas policiales, lo que implica que los poderes públicos renuncian en parte a ejercer, o perfeccionar, sus tareas preventivas y persecutorias penales».

delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. No sería de extrañar que ambas cuestiones pudieran estar relacionadas, de modo que la necesidad de demostrar en el ámbito empresarial que se han puesto todos los medios posibles por parte de la persona jurídica para evitar la comisión de delitos en su seno, para así eludir la responsabilidad penal en caso de que se dieran, esté en alguna medida favoreciendo las comprobaciones de antecedentes penales de potenciales empleados y, por tanto, podría ser que esta previsión penal esté generando el efecto perverso de jugar en contra de su reinserción social⁵⁴.

En definitiva, la cada vez mayor magnitud que están adquiriendo los registros penales, caracterizada por el uso abusivo de su contenido para fines de prevención delictiva, pero extramuros del derecho penal, constituye una medida socialmente excluyente y sitúa a la política criminal española en un escenario crítico.

III. LOS ANTECEDENTES PENALES EN LA UNIÓN EUROPEA

III.A. Los precedentes normativos y la creación del Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS)

La cooperación judicial entre los Estados miembros ha sido considerada un elemento clave para cumplir el objetivo, marcado por la Unión Europea, de ofrecer a los ciudadanos un alto nivel de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia.

Por ello, desde el Consejo Europeo de Tampere, celebrado en dicha ciudad el 15 y 16 de octubre de 1999, se han adoptado medidas para poner en práctica el llamado principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones y la ejecución de las sentencias en materia penal entre Estados miembros, reforzando así la cooperación entre ellos, la protección de los derechos de las personas, pudiendo favorecer una mejor reinserción social del delincuente y constituyendo un factor de seguridad jurídica en el seno de la Unión⁵⁵.

⁵⁴ Sobre los costes para el empleador de contratar a un empleado con antecedentes penales y el papel que las políticas del Estado juegan en ello, en relación con la realidad estadounidense, véase Bushway, S. D. & Kalra, N., «A Policy Review of Employers' Open Access to Conviction Records», *Annual Review of Criminology*, 2021, 4:165-89.

⁵⁵ Programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal (DOCE 2001/C 12/02. 15.1.2001).

Para lograr los fines que planteaba el citado principio, se adoptaron años más tarde diferentes normas desde la Unión Europea⁵⁶. En primer lugar, hay que mencionar la *Decisión Marco 2008/675/JAI, del Consejo, de 24 de julio de 2008, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados Miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal*, que tenía como objetivo definir una obligación mínima para los Estados miembros de tener en cuenta las condenas pronunciadas por otros Estados miembros (Considerando 3), en la misma medida en que se tienen en cuenta, de acuerdo con sus legislaciones internas, las condenas dictadas por sus órganos jurisdiccionales nacionales. Esta norma, por tanto, no pretendía armonizar las consecuencias que las diferentes legislaciones nacionales reconocían a la existencia de condenas anteriores, sino que, siempre que su derecho interno así lo estableciera, las condenas dictadas en otros Estados miembros tendrían el mismo valor que las nacionales.

Meses más tarde, la *Decisión Marco 2009/315/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre los Estados miembros*, como establece su artículo 1, buscaba definir las condiciones en las que la información de una condena dictada sobre un nacional de otro Estado miembro sería transmitida a este último, cómo debía conservarse dicha información y responder a una solicitud de esta y establecer el marco sobre el que se construiría y desarrollaría un sistema informatizado de intercambio de información sobre las condenas entre los Estados miembros.

El artículo 11 de este texto legal establecía el formato y otros medios de organización y simplificación de los intercambios de información sobre condenas, donde consta la de carácter obligatorio, optativo y complementario, que deberá ser transmitida por la autoridad cen-

⁵⁶ Estas normas fueron transpuestas al ordenamiento jurídico español mediante la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea. A su vez, esta Ley ha sido recientemente objeto de reforma mediante el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea, para su adecuación a la normativa de la Unión Europea sobre el Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS), publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 22 de marzo de 2024. Puede accederse al Proyecto de Ley a través del siguiente enlace: https://www.congreso.es/public_oficiales/L15/CONG/BOCG/A/BOCG-15-A-17-1.PDF (última visita: 8 de julio de 2024).

tral del Estado miembro de condena a la autoridad central del Estado miembro de nacionalidad⁵⁷.

Nuevamente, unos meses más tarde, se adoptó la *Decisión 2009/316/JAI del Consejo, de 6 de abril de 2009, por la que se establece el Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS) en aplicación del artículo 11 de la Decisión Marco 2009/315/JAI*. Esta norma venía a poner en marcha, desde el punto de vista técnico, la Decisión Marco 2009/315/JAI, mediante la creación del Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales o ECRIS.

El ECRIS, que constituye un sistema informatizado de intercambio de información sobre condenas entre los Estados miembros, supuso la cristalización del objetivo de crear un espacio de libertad, seguridad y justicia. Como señalan Larrauri y Rovira, «[n]o es un registro en sí, sino un sistema basado en una serie de acuerdos que permite, a través de un programa informático, la traducción automática y la interconexión entre registros judiciales de diferentes países, para el envío directo de información sobre condenas», mediante el cual, «el registro de un país de la Unión Europea comparte información sobre condenas con otros países de la Unión...»⁵⁸. Con él se buscaba crear un formato normalizado que permitiera intercambiar la información de manera uniforme, electrónica y fácilmente traducible por el ordenador⁵⁹.

Con dicho fin, la Decisión 2009/316/JAI recoge unas tablas de referencia que contienen categorías de delitos y categorías de penas y medidas que, mediante un sistema de códigos, se han elaborado te-

⁵⁷ Así, según este precepto, será *obligatoria* la transmisión de: (i) La información sobre el condenado (nombre completo, fecha y lugar de nacimiento —ciudad y Estado—, sexo, nacionalidad y, en su caso, nombres anteriores); (ii) La información sobre el carácter de la condena (fecha de la condena, designación del órgano jurisdiccional, fecha en la que la resolución pasó a ser definitiva); (iii) La información sobre el delito que dio lugar a la condena (fecha del delito subyacente a la condena, y nombre o tipificación jurídica del delito, así como referencia a las disposiciones jurídicas aplicables); (iv) La información sobre el contenido de la condena (en particular la pena y posibles penas accesorias, medidas de seguridad y resoluciones posteriores que modifiquen la ejecución de la pena). Será *optativa* la transmisión de: (i) el nombre completo de los padres del condenado; (ii) el número de referencia de la condena; (iii) el lugar del delito; (iv) las inhabilitaciones derivadas de la condena. Se considera información *complementaria*: (i) el número de identidad del condenado o el tipo y número de su documento de identidad; (ii) las impresiones dactilares obtenidas del condenado; (iii) si los tiene, seudónimos y alias. Por otra parte, la autoridad central podrá transmitir cualquier otra información sobre condenas que conste en el registro de antecedentes penales.

⁵⁸ Larrauri, E. / Rovira, M., *Publicidad, certificados*, ob. cit., pp. 290-291.

⁵⁹ Considerando 6 de la Decisión 2009/316/JAI.

niendo en cuenta el análisis de las necesidades de los Estados miembros, tienen como fin una mejor comprensión de los hechos y el tipo de penas o medidas que figuran en la información transmitida y se deben revisar y actualizar periódicamente⁶⁰.

Por un lado, respecto a los delitos, el artículo 4.1 de la Decisión, relativo al formato de la transmisión de la información, alude a unos códigos correspondientes a los ilícitos penales, que dicho texto recoge en una tabla de categorías delictivas que prevé en su anexo A. Y, además, establece que, de forma excepcional, cuando el delito no corresponda a ninguna subcategoría, se utilizará en ese caso el código «categoría abierta» de la categoría de delitos pertinente o más próxima, o en su defecto, de la referente a «otros delitos». Así mismo, el último párrafo del artículo 4.1 establece que «[l]os Estados miembros también podrán facilitar la información disponible sobre el grado de ejecución del delito y el grado de participación en él y, si procede, sobre la existencia de exención total o parcial de la responsabilidad penal o de reincidencia». Por otro lado, en lo que respecta a las consecuencias jurídicas, el anexo B recoge también una tabla común de categorías de penas y medidas, como establece el artículo 4.2 de la citada Decisión⁶¹. También se prevé una «categoría abierta», con carácter excepcional, cuando la pena o medida no corresponda a ninguna subcategoría específica. Cuando proceda, los Estados miembros también facilitarán la información disponible sobre el carácter y/o las condiciones de ejecución de la pena o medida impuesta.

Hay que reconocer que, por un lado, las categorías establecidas en la tabla de delitos son bastante exhaustivas y no solo prevén con detalle las tipologías delictivas, sino que también incluyen otros parámetros a efectos de analizar su similitud, como el grado de ejecución, de participación, aspectos relacionados con la culpabilidad, así como si concurre reincidencia. Este extremo resulta especialmente interesante, por ejemplo, para aplicar la circunstancia agravante de reincidencia, que como ocurre en el código penal español (artículos 22.8^a. y 66.1.5^a.), exige que para ello se hayan cometido delitos de la misma naturaleza. Por otro lado, respecto a la tabla relativa a las penas, si bien alude a penas afectantes a diferentes bienes jurídicos, no parece incluirse su duración y, por tanto, su naturaleza grave o menos grave, lo que se echa en falta para poder evaluar comparativamente si tienen la misma consideración punitiva en un Estado y en otro.

⁶⁰ Considerandos 12, 14 y 15 de la Decisión 2009/316/JAI.

⁶¹ Ambas tablas pueden consultarse en el siguiente enlace: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_2009.093.01.0033.01.SPA&oc=OJ%3AL%3A2009%3A093%3ATOC (última visita: 8 de julio de 2024).

La Decisión 2009/316/JAI ha estado vigente hasta el 27 de junio del año 2022. Tras dicha fecha, ha entrado plenamente en vigor una de las últimas decisiones legislativas adoptadas en este ámbito, esto es, la *Directiva (UE) 2019/884, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, por la que se modifica la Decisión Marco 2009/315/JAI en intercambio de información sobre nacionales de terceros países y ECRIS, que sustituye a la Decisión Marco 2009/316/JAI, del Consejo, de 6 de abril de 2009, por la que se establece el Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS), en aplicación del artículo 11 de la Decisión Marco 2009/315/JAI*. Esta nueva normativa surge como consecuencia de una deficiencia de la que adolecía la anterior, relativa a las solicitudes relacionadas con nacionales de terceros países. Así, la información sobre ellos no se recogía como la de los nacionales, sino que solo se conservaba en los Estados miembros en los que se hubieran impuesto las condenas, lo que obligaba a solicitar dicha información a todos ellos uno a uno, suponiendo una carga administrativa desproporcionada. Ello disuadía, en la práctica, a los Estados miembros a solicitar a otros, información sobre nacionales de terceros países, dando lugar a un intercambio ineficaz y fragmentario. Con el fin de subsanar esta deficiencia, se aprobó el *Reglamento (UE) 2019/816 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un sistema centralizado para la identificación de los Estados miembros que poseen información sobre condenas de nacionales de terceros países y apátridas (ECRIS-TCN) a fin de completar el Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales, y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1726*⁶². Y, más recientemente, la Decisión de Ejecución (UE) 2022/2470 de la Comisión de 14 de diciembre de 2022 por la que se establecen las medidas necesarias para el desarrollo técnico y la aplicación del sistema centralizado para la identificación de los Estados miembros que poseen información sobre condenas de nacionales de terceros países y apátridas (ECRIS-TCN)⁶³.

El ECRIS funciona en todos los Estados miembros desde abril de 2012, y el ECRIS-TCN en cuya implementación se está trabajando⁶⁴.

⁶² Mediante este Reglamento se creó la Agencia de la Unión Europea para la Gestión Operativa de Sistemas Informáticos de Gran Magnitud en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (eu-LISA), que da apoyo a los Estados miembros conforme a las funciones que le atribuye el Reglamento (UE) 2019/816 y que está destinada a facilitar, proseguir el desarrollo y mantener la aplicación de referencia ECRIS.

⁶³ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32022D2470> (última visita 8 de julio de 2024)

⁶⁴ Según informa el Ministerio de Justicia del Gobierno de España en su página web, accesible a través del siguiente enlace: <https://www.mjusticia.gob.es/es/servicio->

La Fiscalía Europea⁶⁵, Eurojust⁶⁶ y Europol tienen acceso directo a ambos sistemas, pero no pueden introducir, modificar ni suprimir ningún dato, aunque sí solicitar información de los antecedentes penales de un Estado miembro a través de sus propios canales, cuando los datos utilizados para una búsqueda coincidan con los datos de identidad registrados en el sistema central⁶⁷.

En definitiva, la creación de este sistema de intercambio de información trae consigo una consecuencia clara: la de que todo efecto previsto en el derecho nacional para los sujetos que cuenten con antecedentes penales por un delito cometido en su territorio se extienda a aquellos que dispongan de ellos por la comisión de un ilícito penal en otro Estado miembro. Algunos de esos efectos pueden ser la aplicación de una mayor pena cuando concorra reincidencia, porque el sujeto condenado tenga antecedentes penales no cancelados, o las limitaciones de acceso a ciertos empleos. La ampliación de estos efectos a los supuestos mencionados, al disponer ya todo Estado miembro de la información relativa a los antecedentes penales de un sujeto también en otros países europeos, ha planteado en el caso de España el objetivo de elaborar acuerdos Marco o acuerdos bilaterales o multilaterales con otros países, con el fin de crear sistemas de intercambio de información similares, como es la propuesta de crear ECRIS-Iberoamérica, para conocer los antecedentes penales de ciudadanos de América Latina y el Caribe, e incluso el Magreb⁶⁸.

III.B. El Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales en cifras

La Comisión Europea, desde la puesta en marcha del ECRIS, en abril de 2012, ha emitido dos informes estadísticos sobre la aplicación práctica del intercambio entre los Estados miembros de información de los registros de antecedentes penales. Dichos informes fueron pu-

justicia/proyectos-transformacion/Foro-Transformacion/Dimensi%C3%B3n-internacional/ECRIS (última visita: 8 de julio de 2024).

⁶⁵ <https://www.eppo.europa.eu/en> (última visita: 8 de julio de 2024).

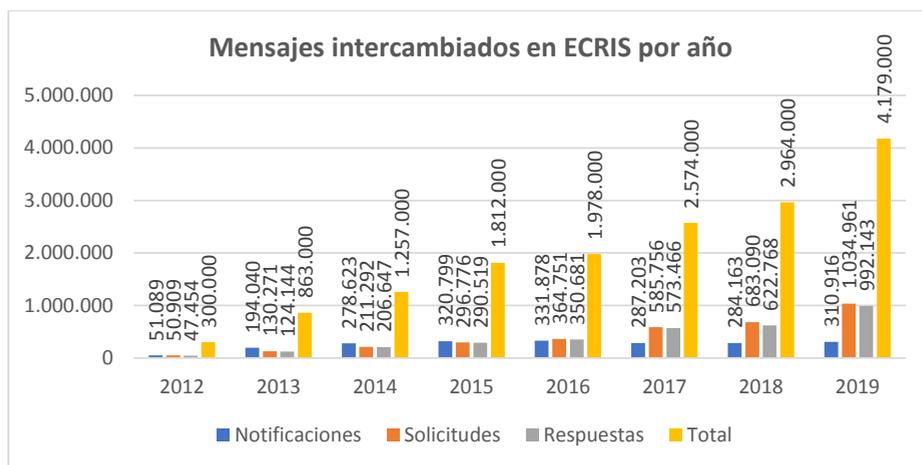
⁶⁶ <https://www.eurojust.europa.eu/judicial-cooperation/instruments/criminal-records> (última visita: 8 de julio de 2024).

⁶⁷ <https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/european-criminal-records-information-system-conviction-information-on-third-country-nationals-ecris-tcn.html> (última visita: 8 de julio de 2024).

⁶⁸ <https://www.mjusticia.gob.es/es/servicio-justicia/proyectos-transformacion/Foro-Transformacion/Dimensi%C3%B3n-internacional/ECRIS> (última visita: 8 de julio de 2024).

blicados en 2017⁶⁹ y en 2020⁷⁰, y corresponden, respectivamente, a los periodos de 2012 a 2016 y de 2017 a 2019.

Para entender el funcionamiento de ECRIS, así como el uso que los Estados miembros hacen de este sistema de información, pueden extraerse algunas conclusiones de dichos informes que son representativas al respecto.



Fuente: Elaboración propia a partir del informe de la Comisión Europea sobre ECRIS (2020, pp. 4-5)

En primer lugar, con relación a los mensajes, hay que poner de relieve que el número total de mensajes intercambiados entre Estados miembros ha sufrido un considerable aumento desde su creación hasta 2019. Hay que tener en cuenta que en 2014 se logró la interconexión de un número significativo de Estados miembros, siendo los datos más representativos desde entonces. Aun así, hay algunos Estados que no envían datos.

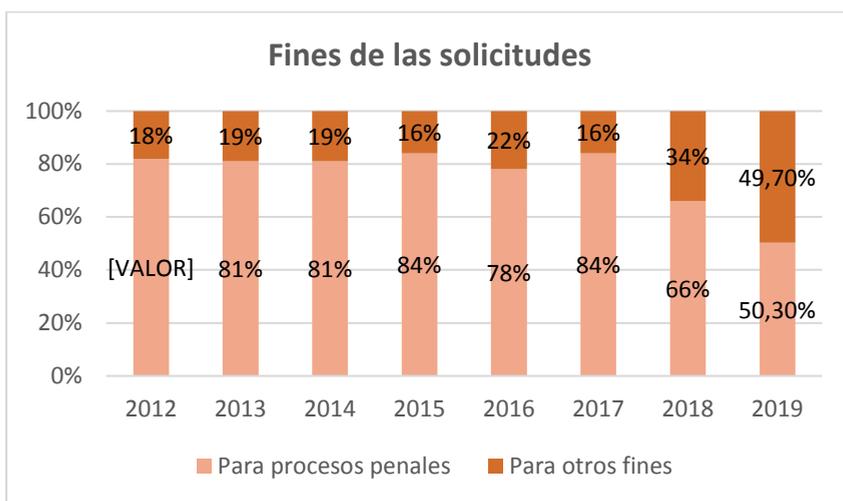
⁶⁹ Comisión Europea, *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el intercambio entre los Estados miembros, a través del Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS), de información de los registros de antecedentes penales*. 29.6.2017. COM (2017) 341 final. Accesible mediante el siguiente enlace: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52017DC0341> (última visita: 8 de julio de 2024).

⁷⁰ Comisión Europea, *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo relativo al intercambio a través del Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS), de información extraída de los registros de antecedentes penales de los Estados miembros*. 21.12.2020. COM (2020) 778 final. Accesible mediante el siguiente enlace: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0778> (última visita: 8 de julio de 2024).

Los mensajes más relevantes del total de ellos, como puede apreciarse en el siguiente gráfico, son de tres tipos: (1) notificaciones anuales sobre nuevas condenas; (2) solicitudes de información; y (3) respuestas a las solicitudes de información⁷¹.

En segundo lugar, los Estados miembros más activos en todo el tiempo de existencia del ECRIS son Alemania, Reino Unido⁷², Italia, Polonia y Rumanía. No todos ellos tienen una actividad de intercambio referida al mismo tipo de mensaje. Así, por ejemplo, Alemania ha realizado más de 700.000 solicitudes de información en 2019, pero Polonia y Rumanía suelen, más bien, responder solicitudes. En cualquier caso, estas cifras dependerán de la población emigrante e inmigrante o del número de condenas a nacionales de otros Estados, entre otros factores.

En tercer lugar, a mi juicio, uno de los datos más llamativos de los informes tiene que ver con los fines para los que se utiliza el ECRIS. Así, los informes señalan que este sistema se utiliza cada vez más para fines distintos de los procedimientos penales.



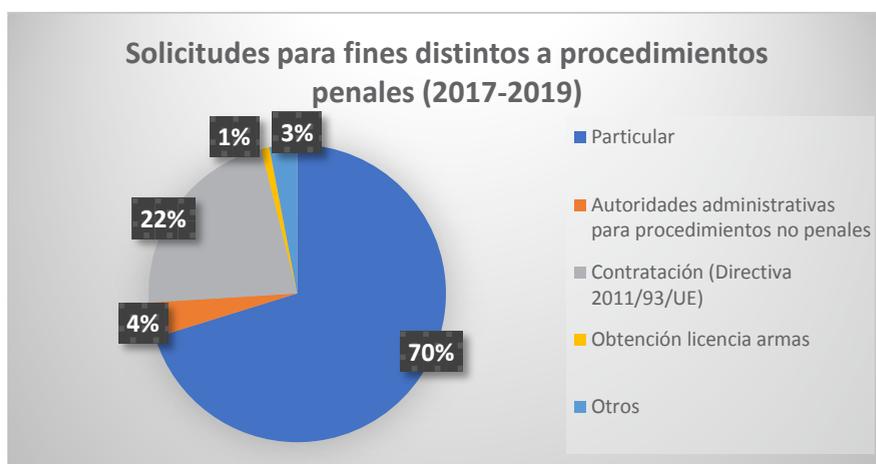
Fuente: Elaboración propia a partir del informe de la Comisión Europea sobre ECRIS (2020, p. 13)

⁷¹ *Ibidem*, pp. 4-5, aunque en realidad hay más tipos de mensajes, como pueden ser actualizaciones, intercambio de información adicional, respuestas en las que pueden incluirse denegaciones u otras respuestas, etc.

⁷² Sobre el papel de Reino Unido en esta cuestión tras el Brexit, véase Jackson, A. M. / Davies, G. M., «Making the case for ECRIS: Post-'Brexit' sharing of criminal records information between the European Union and the United Kingdom», *The International Journal of Evidence & Proof*, SAGE Journals, Vol. 21, Issue 4, 2017.

Como puede apreciarse, a partir de 2018 y, sobre todo, en 2019, resulta destacable el incremento de las solicitudes con otros fines, distintos a los procedimientos penales. Tanto es así que, si bien se mantenía hasta 2017 en torno al 20%, en 2018 supuso el 34% y en 2019 casi el 50% del total de solicitudes.

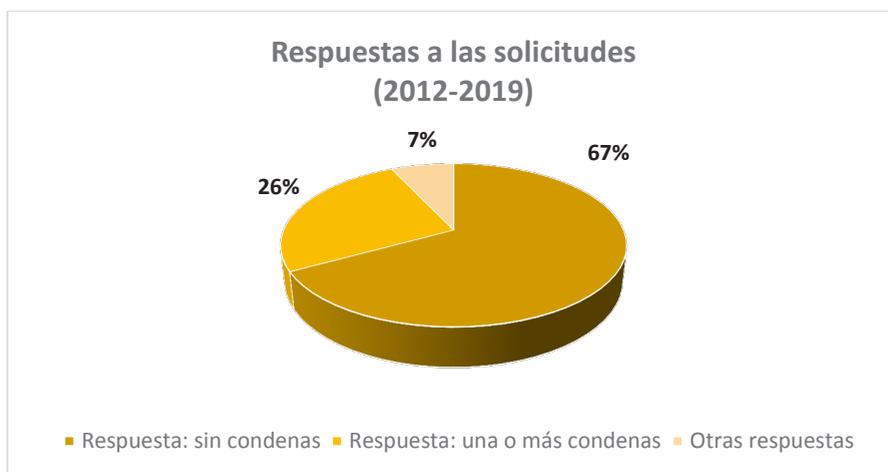
Ambos informes animan a los Estados miembros a solicitar información sobre condenas anteriores para fines distintos a los procedimientos penales, como las comprobaciones previas a la contratación, dado que —como señalan los informes— no hacerlo disminuirá el efecto preventivo de la delincuencia que de ello se deriva⁷³. Dentro de estos posibles fines, los datos del último informe muestran los siguientes porcentajes:



Fuente: Elaboración propia a partir del Informe de la Comisión Europea sobre ECRIS (2020)

Estando claramente diferenciados en el gráfico los casos de solicitudes dirigidas a la contratación en aplicación de la Directiva 2011/93/UE, sobre delitos sexuales contra menores de edad, llama la atención el alto número de solicitudes realizadas por particulares, sin un fin específico. Estas podrían enmascarar la dependencia de obtener un empleo a presentar un historial delictivo limpio, cuestión ya tratada y sobre la que a continuación veremos la postura del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

⁷³ Comisión Europea, Informe 2017, ob. cit., p. 6 y Comisión Europea, Informe 2020, ob. cit., p. 10.



Fuente: Informe de la Comisión Europea sobre ECRIS (2020, p. 13)

Finalmente, respecto al tipo de respuesta recibida, positiva o negativa, en función de si el sujeto sobre el que se solicita información tiene o no antecedentes penales, la media de respuestas positivas en estos dos periodos es del 26%. Hasta 2018, este porcentaje se mantuvo estable sobre el 30% y en 2019 cayó al 19%, paralelamente al drástico incremento del número de solicitudes para otros fines. El informe interpreta este descenso de respuestas negativas positivamente, en la medida en que la mayoría de las personas no han tenido condenas previas.

En conclusión, el intercambio de antecedentes penales en la Unión Europea es cada vez mayor, dependiendo el rol de cada Estado en dicho proceso de diversos factores. No obstante, lo más llamativo es que las solicitudes destinadas a fines distintos del proceso penal, como las comprobaciones para la contratación, van en aumento, lo que acerca de alguna manera nuestra realidad al tan criticado sistema estadounidense. Lo preocupante de ello es que esta práctica está alentada por la propia Comisión Europea, que arguye en sus informes que lo contrario genera un riesgo, pero sin matizar nada más ni sopesar otros intereses en juego.

IV. EL ESTÁNDAR DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS FRENTE A LOS REGISTROS DE ANTECEDENTES PENALES

Como se ha apuntado, cada Estado miembro cuenta con su correspondiente legislación interna que regula, de manera independiente, los registros de antecedentes penales y el uso de la información

contenida en ellos. Sin embargo, como también ha sido expuesto, dicha información se intercambia entre ellos con diferentes fines, siendo este uno de los objetivos que la Unión Europea se viene marcando desde hace más de dos décadas.

Dado que la información relativa a los antecedentes penales de una persona se transmite de un Estado a otro y, por tanto, su disponibilidad no es exclusiva de un Estado miembro, aunque los diferentes sistemas internos de registro no han sido armonizados a nivel europeo, sí debe serlo la tutela de dicha información compartida.

Respecto al registro, si bien se han planteado cuestiones de interés relacionadas con el artículo 7 CEDH, en la medida en que se discute si estamos ante una sanción de naturaleza penal o no, de lo que se derivan los derechos y garantías que deben serle aplicados (como el principio de legalidad o el de proporcionalidad, entre otros), dichas cuestiones, cuya dificultad daría lugar a una investigación independiente, no serán abordadas en el presente trabajo⁷⁴. En cambio, la atención se centrará aquí en el análisis de proporcionalidad que realiza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) para valorar si la norma interna del ordenamiento jurídico en cuestión es acorde con el artículo 8 CEDH⁷⁵.

Así, el apartado 1 del artículo 8 CEDH reconoce el derecho al respeto de la vida privada y familiar, domicilio y correspondencia de toda persona. Sin embargo, el párrafo 2 de dicho precepto también reconoce la posibilidad de que existan injerencias por parte de la autoridad pública en su ejercicio, «...en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

Por tanto, se establecen dos excepciones, que deben darse acumulativamente, a la protección absoluta de los derechos recogidos en

⁷⁴ Véase un detallado estudio sobre este tema, en Fernández Cabrera, M., *Naturaleza jurídica*, ob. cit.

⁷⁵ Según este precepto, «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

el artículo 8 CEDH. Por un lado, que dicha injerencia esté prevista legalmente. Y, por otro lado, que constituya una medida necesaria en una sociedad democrática, para determinadas finalidades legítimas establecidas en el Convenio.

Pues bien, las cuestiones más relevantes que se han extraído de la jurisprudencia del TEDH tienen que ver, sobre todo, precisamente, con el análisis acerca de cuándo se aceptan las injerencias a las que alude el párrafo 2 del artículo 8 CEDH, en cuyo caso no se daría la vulneración del derecho a la vida privada y familiar.

Por ello, seguidamente veremos cuál es el estándar que el TEDH ha establecido respecto a los registros de antecedentes penales, a partir de diversas resoluciones, para encontrar el equilibrio entre el principal fin que persiguen estos registros, de carácter público, esto es, la prevención de la delincuencia, y el otro lado de la balanza, de carácter privado, como es el derecho a la vida privada, y, en definitiva, a la reinserción social, del sujeto condenado por un delito cuya información se almacena y utiliza⁷⁶.

Así, por un lado, en relación con la exigencia que viene dada por la previsión legal de la injerencia, para valorar si dicha previsión es acorde al Convenio, el TEDH exige en consolidada jurisprudencia, (1) que la injerencia debe tener alguna base en el derecho interno, (2) que debe ser accesible de forma adecuada y (3) que debe ser previsible, lo que implica que la norma interna se formule con la suficiente precisión y claridad, para que el individuo pueda adecuar su conducta a ella, dejando claro el margen de discrecionalidad conferido a las autoridades competentes⁷⁷.

No obstante, por otro lado, es en el análisis de proporcionalidad sobre la necesidad de las medidas en una sociedad democrática donde se produce el mayor debate sobre esta cuestión, ya que dicha necesidad social se supedita a ciertas finalidades o razones que justificarían la injerencia en la vida privada de la persona por considerarse objetivos legítimos. Uno de los que se invoca con mayor frecuencia, y que interesa a los efectos del presente trabajo, es el de la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales.

⁷⁶ Un justo equilibrio debe lograrse, según Larrauri, E., *Criminal record disclosure*, ob. cit., p. 735, entre los objetivos generales de protección pública, los objetivos específicos de los procesos de selección de los empleadores y el derecho del individuo al respeto de la intimidad, así como a los intereses de la justicia penal en la rehabilitación y la reintegración.

⁷⁷ Así se pronunció, por ejemplo, en los casos *M. M. contra Reino Unido*, de 13 de noviembre de 2012, §193 y *M. C. contra Reino Unido*, de 30 de junio de 2021, §47, entre otras resoluciones.

Así, en el caso *Aycaguer contra Francia*, de 22 de septiembre de 2017 (§34), el TEDH admite que las autoridades nacionales pueden legítimamente crear bases de datos para ayudar a castigar o prevenir ciertos delitos, pero establece que estos medios no pueden implementarse abusivamente para maximizar la información almacenada en ellos y el tiempo durante el cual se mantiene. Algunas de las garantías que el TEDH ha ido perfilando con el fin de evitar dicho abuso, y que se imponen a las condiciones del almacenamiento de la información en bases de datos o registros, son las siguientes:

En primer lugar, el TEDH considera que la aplicación de medidas o criterios generales⁷⁸, a efectos de incluir una condena en un certificado de antecedentes penales, sin tener en cuenta el caso concreto sino, por ejemplo, solo considerando una categoría delictiva (delitos violentos, sexuales, segunda condena sin atender al tipo delictivo, etc.), debe cumplir una serie de condiciones, que el TEDH estableció en el caso *M. C. contra Reino Unido*, de 30 de junio de 2021 (§52). Estas pueden resumirse en tres:

- (1) Que aporten certeza, evitando la arbitrariedad que con mayor probabilidad podría generar la incertidumbre de supeditar cada supuesto al análisis caso por caso. Además, se pretende evitar el riesgo significativo de litigio, gasto, retraso, discriminación o arbitrariedad, que dicho análisis supondría.
- (2) Que permita discriminar supuestos más graves, de otros que lo son menos, como, por ejemplo, estableciendo un régimen diferente para adultos y menores o atendiendo a la gravedad del delito cometido. Esta consideración permite evaluar si la medida de carácter general entra dentro del margen de apreciación con el que cuentan los Estados para realizar injerencias en la vida privada; y

⁷⁸ Estas medidas se refieren, en el caso *M. C. contra Reino Unido*, de 30 de junio de 2021, a las condiciones establecidas en la reforma de la normativa que entró en vigor el 29 de mayo de 2013, en sustitución de la ley de 1997 por la que el TEDH condenó a Reino Unido en el caso *M. M. v. contra Reino Unido* (2012), según las cuales una condena no sería divulgada en el ECRC (*Enhanced Criminal Records Certificate*), o certificado de antecedentes penales. Estas condiciones son las siguientes:

1. Si han pasado 11 años desde la condena o 5 años y medio si la condena fue impuesta a un menor de edad (regla de la vigencia).
2. Si es la única condena de la persona (regla de la condena múltiple).
3. Si no dio lugar a una pena privativa de libertad.
4. Si no fue por uno de ciertos delitos específicos (principalmente delitos violentos, sexuales y otros relacionados con la protección de menores y personas vulnerables).

- (3) Que la justificación de la aplicación de la medida general sea convincente, restando así importancia al impacto de esta en el caso concreto, aunque debe ofrecerse la posibilidad de que aquel disminuya con el tiempo.

En segundo lugar, y con relación precisamente a este último elemento, el tiempo, el TEDH establece que la información debe conservarse por no más tiempo del requerido para los fines para los que es almacenada. El factor temporal es considerado especialmente relevante por el TEDH, que ha afirmado, como ya se ha comentado, que las condenas son parte de la vida privada de la persona, más aún cuanto más distantes se encuentren en el tiempo⁷⁹. Sin embargo, no existe un criterio temporal determinado por el TEDH en el que se establezca un plazo considerado contrario al Convenio.

En este sentido, el TEDH no establece un límite temporal concreto a partir del cual las condenas no deban ser tenidas en cuenta, ni considera irracional o desproporcionados ciertos límites⁸⁰, sino que permite cierta flexibilidad en este punto al estimarlo un juicio de valor difícil. Así, en el caso *Aycaguer contra Francia, de 22 de septiembre de 2017*, el TEDH consideró que el límite temporal de 40 años constituía en la práctica un almacenamiento indefinido⁸¹, razón, entre otras, por la cual apreció la vulneración del art. 8 CEDH. Sin embargo, en el caso *Gardel contra Francia, de 17 de diciembre de 2009* (§68), el tribunal estimó legal el plazo de 30 años, considerando la gravedad de la condena pasada, que en este supuesto fue una violación a una menor.

En tercer lugar, el TEDH ha estimado que deben almacenarse datos relevantes o pertinentes y no excesivos respecto a los fines para los que son almacenados. Así se determinó en el caso *Gardel contra Francia, de 17 de diciembre de 2009*, (§62), apenas comentado.

En cuarto lugar, se estima así mismo por el tribunal que las autoridades deben proveer de medios al condenado para poder solicitar la eliminación de la información, con el fin de garantizar que el periodo de almacenamiento de los datos sea proporcionado a la naturaleza de

⁷⁹ Casos *B. B. contra Francia, de 17 de marzo de 2010*, §68; *M. M. contra Reino Unido, 2012*, §188; *M. L. y W. W. contra Alemania, 2018*, §§98-100 y *Catt. contra Reino Unido, 2019*, §93.

⁸⁰ 11 años en el caso de adultos y 5 años y medio, en el caso de menores, en el caso *M. C. contra Reino Unido, de 30 de junio de 2021*.

⁸¹ Hay que tener en cuenta aquí que esto se entendió así también porque dicho límite no estaba previsto en un decreto diferente (*Aycaguer contra Francia, de 22 de septiembre de 2017*, §42).

los delitos y los objetivos de las restricciones⁸². Además, este proceso de eliminación debe tener carácter judicial para asegurar un control independiente de la justificación de la conservación de la información con las garantías suficientes⁸³.

En quinto, y último, lugar, el TEDH ha establecido que los datos deben protegerse de forma efectiva para evitar usos inapropiados y erróneos⁸⁴. Sin embargo, cuáles son estos usos, a mi juicio, no queda del todo claro de la postura del Tribunal. Así, en cuanto a los fines del almacenamiento, el apartado 2 del artículo 8 CEDH alberga unos supuestos tasados, de carácter amplio, en los que la medida se considera necesaria en un Estado democrático, como son (a) la seguridad nacional, (b) la seguridad pública, (c) el bienestar económico del país, (d) la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, (e) la protección de la salud o de la moral, o (f) la protección de los derechos y las libertades de los demás.

No obstante, este elenco parece poco discriminatorio, pues, si bien puede serlo para cierto tipo de información sobre la vida privada, resulta difícil pensar en un supuesto que no encaje en alguna de estas categorías cuando hablamos de la comisión previa de un delito y la posibilidad de prevenir la reincidencia. Por ello, es justo respecto de esta garantía donde, a mi juicio, se encuentra la mayor problemática del registro de antecedentes penales, debiendo plantear en este punto la utilidad de los antecedentes penales con especial referencia a su uso para el acceso al mercado laboral.

En relación con este tema, el TEDH se pronunció en el caso *M. M. contra Reino Unido, 2012*, en el que una empleada solicitó y reveló sus antecedentes penales⁸⁵ al empleador, que se los requirió para obtener el empleo. Así, en este supuesto el TEDH afirmó que el hecho de haberlos solicitado personalmente la interesada, con su consentimiento, ante la petición del empleador, no la priva de la protección del artículo 8 CEDH, pues en realidad, las personas no tienen alternativa si un empleador en la profesión elegida insiste, y tiene derecho a hacerlo,

⁸² Casos *B. B. contra Francia, de 17 de marzo de 2010*, §68 y *Aycaguer contra Francia, de 22 de septiembre de 2017*, §38.

⁸³ Caso *Gardel contra Francia, de 17 de diciembre de 2009*, §69.

⁸⁴ Casos *B. B. contra Francia, de 17 de marzo de 2010*, §61 y *Aycaguer contra Francia, de 22 de septiembre de 2017*, §38.

⁸⁵ En este caso, referidos a la llamada «*caution*» del ordenamiento inglés, que es una suerte de amonestación o advertencia de la policía.

en la divulgación⁸⁶. De este modo, dicho consentimiento estaría condicionado por que el derecho a la vida privada no se vulnere⁸⁷.

V. CONCLUSIONES

En el presente trabajo se ha puesto de manifiesto que es cada vez mayor la atención que actualmente reciben las consecuencias colaterales que un sujeto sufre tras haber sido condenado por la comisión de un delito, siendo una de las más importantes la repercusión que los antecedentes penales tienen en su reinserción social, considerando que estos forman parte de su vida privada y, por tanto, no son públicos.

Sin embargo, si algo queda patente es que se nos presenta en este tema un verdadero desafío jurídico en nuestros días: ¿cómo podemos aspirar a conseguir la tan cuestionada reinserción social de una persona en un momento histórico en el que la información relativa a sus antecedentes penales se almacena, intercambia y difunde, siendo cada vez más difícil que desaparezca?

Algunas medidas previstas para ello son el derecho al olvido en Internet, reconocido por el TJUE o la cancelación o eliminación de los antecedentes penales, que se recoge como derecho del condenado en el ordenamiento jurídico español, y que forma parte del estándar establecido por el TEDH para la protección del derecho a la vida privada y familiar, aunque cuenta con plazos especialmente extensos en nuestro derecho, en detrimento de la resocialización de los sujetos ex condenados.

Partiendo de la definición de exclusión social de Díez Ripollés, puede afirmarse que el sujeto que cuente con antecedentes penales se encontrará en condiciones individuales y sociales en las que le resultará más difícil infringir la ley, no por contar con ellos en sí, sino porque su almacenamiento en los diferentes registros no se limita a su permanencia en estos sin más, yendo más allá al utilizar aquellos actualmente para un fin socialmente excluyente, en el que hay que tener en cuenta los plazos antes citados: impedir el acceso a un empleo. Especialmente acusado es dicho carácter excluyente en el caso de los delitos sexuales cometidos contra menores de edad en España, donde el plazo de 30 años corresponde con buena parte del tiempo que una

⁸⁶ Caso *M. M. contra Reino Unido*, de 29 de abril de 2013, §189.

⁸⁷ Caso *M. M. contra Reino Unido*, de 29 de abril de 2013, §106, apunte de Lord Hope.

persona adulta forma parte de la población activa, a menos que el delito, y el correspondiente plazo, vayan referidos a un menor, caso más preocupante aún si cabe.

Paralelamente a lo anterior, la creación del ECRIS en Europa, si bien no pretende unificar los sistemas de registro nacionales, sí trae consigo una consecuencia clara, como es la de que todo efecto que de contar con antecedentes penales se derive en el derecho interno de un Estado por la comisión de un delito bajo su jurisdicción, se extenderá a aquellos supuestos en que se cuenten con antecedentes penales en otro Estado. De este modo, la tendencia es la expansión en el intercambio de dicha información entre Estados, con el fin, siempre recurrente, de prevenir la delincuencia.

Dicho fin, utilizado por la propia Comisión Europea para alentar a los controles de antecedentes penales en la precontratación, parece valer para todo, incluso para el uso de esta información por parte de empleadores privados a potenciales empleados, aun cuando no existe una ley que les ampare para hacerlo. Así, los informes sobre la aplicación práctica del ECRIS muestran que en los últimos años las solicitudes para fines distintos del proceso penal han llegado a ser casi la mitad del total de estas. De esa cifra, el 70% está constituido por solicitudes realizadas por particulares, que podrían enmascarar la dependencia de obtener un empleo a presentar un historial delictivo limpio, considerando que aquí no se incluyen los delitos sexuales, supuesto que sí está legalmente previsto.

Estas prácticas, que son una manifestación de las llamadas consecuencias colaterales informales o *de facto*, y que acercan la realidad europea al tan criticado sistema estadounidense, podrían estar buscando de alguna forma evitar la comisión de delitos futuros en el seno de una empresa, con la consiguiente posible exención de responsabilidad penal para esta que de ello se deriva. No obstante, dichas prácticas son absolutamente contrarias al CEDH, al establecer el artículo 8.2, que las posibles injerencias que se permiten en el derecho al respeto de la vida privada y familiar, por un lado, son por parte de la autoridad pública, y, por otro, deben estar previstas por la ley. Además, y respecto a las condiciones del almacenamiento, la cuestión más problemática que subyace es la de qué usos son considerados inapropiados y erróneos, y frente a los que habría que proteger la información. Este extremo no queda claro de la postura del TEDH, dado el carácter amplio y poco discriminador de los fines que recoge el precepto y que impide que, en el análisis de proporcionalidad que realiza el Tribunal, sean imaginables supuestos que no encajen en alguno de ellos. No obstante, lo que sí queda patente es que la solicitud de un

certificado de antecedentes penales por un sujeto, tras la petición de un empleador, no priva a aquel de la protección del artículo 8 pues, como ha reconocido el TEDH, su consentimiento está condicionado a la obtención de un empleo, es decir, podría afirmarse que no es del todo libre.

Para concluir, y en la necesidad de seguir reflexionando aún sobre lo que se consideran fines apropiados, solo queda destacar que el propio TEDH ha reconocido que las políticas penales en Europa evolucionan y acuerdan, junto con la represión, dar una importancia crucial al objetivo de la reinserción del encarcelamiento, cuya consecución supone principalmente —dice el Tribunal—, la prevención de la reincidencia⁸⁸. No obstante, la reinserción, entendiéndola también como inclusión social, implica que el sujeto previamente condenado se encuentre en condiciones individuales y sociales para desarrollar voluntariamente una vida conforme a la ley, para lo cual, dar publicidad a sus antecedentes penales no parece ser, a mi juicio, una medida que contribuya a ello.

En definitiva, como apuntaba Garland, no hay que olvidar que los delincuentes también son ciudadanos y que sus intereses de libertad son nuestros intereses de libertad⁸⁹. Esta libertad se encuentra actualmente marcada por la digitalización de toda nuestra información, incluida la personal, por lo que la creación de antecedentes penales eternos⁹⁰ o del llamado «castigo digital»⁹¹ amenazan con ser ya una realidad. Solo queda poner nuestros esfuerzos en establecer límites jurídicos para que dicha realidad no ceda ante la protección de nuestros derechos fundamentales, y así no seguir perpetuando la exclusión social que ello genera, confiando en la posibilidad de una verdadera reinserción social.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Aguilar Jurado, J. A., «Cesta 8. Antecedentes policiales y penales», en García España, E. / Cerezo Domínguez, A. I. (ed.), *La exclusión social generada por el sistema penal: su medición internacional por RIMES*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

⁸⁸ *Caso Gardel contra Francia, de 17 de diciembre de 2009*, §64.

⁸⁹ Garland, D., *The Culture of Control*, ob. cit., p. 182.

⁹⁰ Como se titula la obra de Jacobs, J. B., *The Eternal*, ob. cit.

⁹¹ Lageson, S. E., *Digital Punishment*, ob. cit.

- Becker, H., *Outsiders, hacia una sociología de la desviación*, Siglo veintiuno editores, 1ª ed., 4ª reimpresión, Buenos Aires, 2018.
- Bushway, S. D. & Kalra, N., «A Policy Review of Employers' Open Access to Conviction Records», *Annual Review of Criminology*, 2021, 4:165-89.
- Cerezo Domínguez, A. I. (Coord.), *Política criminal y exclusión social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- Comisión Europea, *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el intercambio entre los Estados miembros, a través del Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS), de información de los registros de antecedentes penales*. 29.6.2017. COM (2017) 341 final.
- , *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo relativo al intercambio a través del Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS), de información extraída de los registros de antecedentes penales de los Estados miembros*. 21.12.2020. COM (2020) 778 final.
- Cordea, A. / Rovira, M. / Henley, A., «Collateral consequences of criminal records from the other side of the pond: How exceptional is American penal exceptionalism?», *Criminology & Criminal Justice 00(0). Special Issue: Collateral Consequences of Criminal Records*, SAGE, 2023, pp. 1-21.
- Cordea, A. / Rovira, M. / Van 'T Zand-Kurtovic, E., «Collateral consequences of criminal records from a cross-national perspective: An introduction», *Criminology & Criminal Justice 00(0). Special Issue: Collateral Consequences of Criminal Records*, SAGE, 2023, pp. 1-9.
- Díez Ripollés, J. L., «Las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal en el proyecto de código penal de 1992», *Diario La Ley*, tomo 2, Editorial LA LEY, 1993.
- , «La dimensión inclusión/exclusión social como guía de la política criminal comparada», *RECPC* 13-12, 2011.
- , «Sanciones adicionales a delincuentes y exdelincuentes. Contrastes entre Estados Unidos de América y países nórdicos europeos», *InDret*, n. 4, 2014.
- , «El abuso del sistema penal», *RECPC* 19-01, 2017.
- , *Derecho penal español. Parte general*, 5ª edición revisada, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

- Díez Ripollés, J. L. / García España, E., «RIMES: Un instrumento de comparación de políticas criminales nacionales desde la exclusión social», *Polít. Crim.* Vol. 15, n. 30, 2020.
- Faisal, K., «Balancing between right to be forgotten and right to freedom of expression in spent criminal convictions», *Security and Privacy* 4(4): e157, 2021.
- Fernández Cabrera, M., «Naturaleza jurídica de la normativa relativa al registro de delincuentes sexuales a la luz de la jurisprudencia del TEDH y crítica a toda la regulación», *Estudios Penales y Criminológicos*, 42, 2022.
- García España, E., «Extranjeros sospechosos, condenados y excondenados: Un mosaico de exclusión», *RECPC* 19-15 (2017).
- García España, E. / Cerezo Domínguez, A. I. (ed.), *La exclusión social generada por el sistema penal: su medición internacional por RIMES*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- , «La política criminal comparada según los resultados de la aplicación de RIMES», en García España, E. / Cerezo Domínguez, A. I. (ed.), *La exclusión social generada por el sistema penal: su medición internacional por RIMES*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- García España, E. / Díez Ripollés, J. L., «La exclusión social generada por el sistema penal español», *InDret*, n. 1, 2021.
- García Magna, D., *La lógica de la seguridad en la gestión de la delincuencia*, Marcial Pons, Madrid, 2018.
- Garland, D., *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford University Press, 2001.
- Henley, A., «Criminalisation, criminal records and rehabilitation: From supervision to citizenship?», *Probation Journal*, Vol. 69(3), 2022, pp. 273-277.
- Jacobs, J. B., *The Eternal Criminal Record*, Harvard University Press, 2015.
- Jacobs, J. / Larrauri, E., «European Criminal Records & Ex Offender Employment», *Oxford Handbooks Online*, New York: Oxford University Press, NYU School of Law, Public Law Research Paper, No. 15-41, 2015.
- Jackson, A. M. / Davies, G. M., «Making the case for ECRIS: Post-‘Brexit’ sharing of criminal records information between the Euro-

- pean Union and the United Kingdom», *The International Journal of Evidence & Proof*, SAGE Journals, Vol. 21, Issue 4, 2017.
- Lageson, S. E., *Digital Punishment: Privacy, Stigma, and the Harms of Data-Driven Criminal Justice*, Oxford University Press, 2020.
- Larrauri, E., «Criminal record disclosure and the right to privacy», *Criminal Law Review* (London, England), January 2014.
- , «Legal protections against criminal background checks in Europe», *Punishment & Society* 16(1), 2014, pp. 50-73.
- Larrauri, E. / Rovira, M., «Publicidad, certificados y cancelación de los antecedentes penales ¿La cultura del control se consolida en España desde las nuevas leyes de 2015?», *InDret*, n. 3, 2020.
- , «Publicidad, solicitud y cancelación de los antecedentes penales en los tribunales españoles», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. RECPC 23-01*, 2021.
- Larrauri, E., «¿Es legítima la difusión de la identidad del agresor condenado? A propósito de la STS 25/2021, de 25 de enero», *InDret* 2.2021.
- Rovira, M., «The Global Rise of Criminal Background Checks», *International Criminology* (2023) 3:1-11.
- Stacey, C., «Rehabilitation in the internet age: The Google-effect and the disclosure of criminal records», *Probation Journal*, Vol. 64(3), 2017, pp. 269-275.
- Travis, J., «Invisible Punishment: An Instrument of Social Exclusion», en Mauer, M. / Chesney-Lind, M. (ed.): *Invisible Punishment. The Collateral Consequences of Mass Imprisonment*, The New Press, New York, 2002.