

50

INCLUYE ACCESO  
A LA VISUALIZACIÓN  
ONLINE DEL FONDO  
COMPLETO DE  
LA REVISTA

HEI S. PRAEVIDE ET PRO

Revista

Julio 2022

50

Revista Penal

ESPECIAL XXV ANIVERSARIO

Penal

Julio 2022



tirant  
lo blanch



tirant  
lo blanch

# Revista Penal

Número 50

## Sumario

---

### Doctrina:

– Editorial. El número 50, todo un hito, por <i>Juan Carlos Ferré Olivé</i> .....	5
– ¿Es el feminicidio un delito de odio?, por <i>Mercedes Alonso Álamo</i> .....	9
– El ámbito de validez extraterritorial del (nuevo) régimen jurídico alemán de sanciones contra las empresas, por <i>Kai Ambos</i> .....	20
– La pena de muerte en América Latina. El abolicionismo en los Códigos, las ejecuciones extrajudiciales y algo más, por <i>Ignacio Berdugo Gómez de la Torre</i> .....	31
– Consecuencias menos visibles (u ocultas) de la condena en el sistema español, por <i>José Luis de la Cuesta Arzamendi</i> .....	53
– La víctima en Derecho penal y su pertenencia a distintos colectivos como elemento agravatorio de la responsabilidad penal: especial vulnerabilidad o situación diferencial, por <i>Norberto J. De la Mata Barranco</i> .....	64
– Compliance anticorrupción, por <i>Juan Carlos Ferré Olivé</i> .....	91
– 25 años de Revista Penal y de política criminal: el ocaso del principio “ <i>societas delinquere non potest</i> ”, por <i>Luigi Foffani</i> .....	103
– Sistema acusatorio, principio acusatorio, acusación y objeto del proceso penal, por <i>Juan Luis Gómez Colomer</i> .....	110
– La complicidad psíquica: entre el todo y la nada, por <i>M<sup>a</sup> del Carmen Gómez Rivero</i> .....	130
– La corrupción como amenaza a la seguridad nacional, por <i>José L. González Cussac</i> .....	152
– El fundamento de la categoría dogmática de la culpabilidad (un estudio a la luz de la concepción significativa de la acción), por <i>Carlos Martínez-Buján Pérez</i> .....	162
– Evolución y características actuales del Derecho penal económico, por <i>Alessandro Melchionda</i> .....	184
– El principio de legalidad como instrumento y límite de las reformas penales, por <i>Francisco Muñoz Conde</i> .....	199
– Emergencia sanitaria y (des)protección penal de vida y salud, por <i>Juan Terradillos Basoco</i> .....	209
<b>Sistemas penales comparados:</b> Cambios fundamentales del Derecho Penal en los últimos 25 años: 1997/2022, (Fundamental changes in Criminal Law in the last 25 years: 1997/2022).....	227

\* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>

---



Universidad  
de Huelva



UNIVERSIDAD  
DE SALAMANCA



UCLM  
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD  
PABLO DE OLAVIDE

am

Arias Montano  
Repositorio Institucional  
de la Universidad de Huelva

tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca,  
Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

### **Dirección**

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva  
jcferrreolive@gmail.com

### **Secretarios de redacción**

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide  
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

### **Comité Científico Internacional**

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Carlos Martínez- Buján Pérez, Univ. A Coruña
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Alessandro Melchionda. Univ. Trento
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Norberto de la Mata Barranco, Univ. País Vasco	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I <sup>o</sup>	John Vervaele. Univ. Utrecht
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío	

### **Consejo de Redacción**

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Isabel I<sup>o</sup>, Burgos), José León Alapont (Universidad de Valencia), Pablo Galain Palermo (Universidad Nacional Andrés Bello de Chile), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

### **Sistemas penales comparados**

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil)	Victor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Paula Andrea Ramírez Barbosa (Colombia)	Blanka Julita Stefańska (Polonia)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)	Frederico de Lacerda Costa Pinto (Portugal)
Elena Núñez Castaño (España)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Simona Metrangolo (Italia)	Pablo Galain Palermo y Renata Scaglione (Uruguay)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

[www.revistapenal.com](http://www.revistapenal.com)

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)  
<http://www.tirant.com>  
Librería virtual: <http://www.tirant.es>  
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997  
ISSN.: 1138-9168  
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>



## Consecuencias menos visibles (u ocultas) de la condena en el sistema español

José Luis de la Cuesta Arzamendi

Revista Penal, n.º 50 - Julio 2022

### Ficha técnica

**Autor:** José Luis de la Cuesta Arzamendi

**Adscripción institucional:** Catedrático de Derecho Penal. Director del Instituto Vasco de Criminología. Universidad del País Vasco (UPV-EHU). Presidente Honorario de la Asociación Internacional de Derecho Penal.

**Title:** Less visible (or hidden) consequences of conviction in Spanish system

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Acceso al trabajo. 3. Extranjería e inmigración. 4. Otras restricciones. 5. Observaciones finales. 6. Bibliografía

**Summary:** 1. Introduction. 2. Access to employment. 3. Foreigners and immigration. 4. Other restrictions. 5. Final Remarks. 6. Bibliography

**Resumen:** Muchas consecuencias desfavorables, no previstas por el Código penal, inciden sobre los condenados, perdurando incluso el resto de sus vidas. Particularmente relevantes se presentan en este plano los antecedentes penales, que dificultan o impiden el acceso a puestos de trabajo o al disfrute de determinadas prestaciones, como en relación con inmigrantes y extranjeros, a quienes colocan en una permanente situación de expulsabilidad. En el marco de la lucha contra las penas invisibles (o más o menos ocultas), se defiende por ello la necesidad de una revisión de todas estas consecuencias -y, muy en especial, de los efectos sociales y jurídicos de los antecedentes-, y la regulación explícita, con validez general, de los principios y valores a respetar en este ámbito.

**Palabras clave:** Antecedentes Penales, Expulsión, Extranjería, Inmigración, Penas invisibles, Penas ocultas.

**Abstract:** Many consequences, not foreseen by the Criminal Code, affect the convicted, even for the rest of their lives. Particularly relevant in this respect are the effects of a criminal record, hindering the access to certain jobs or benefits, and in relation to immigrants and foreigners, placed in a permanent situation of “deportability”. In the framework of the fight against invisible (or more or less hidden penalties), the need for a complete revision of all these consequences —and, particularly, of the social and legal effects of criminal record— is therefore defended, with explicit and general regulation of the principles and values to be respected in this regard.

**Keywords:** Criminal records, Deportation, Foreigners, Hidden penalties, Immigration, Invisible penalties.

**Observaciones:** Este trabajo —versión en español y actualizada de la contribución al *Festschrift für Hans-Jörg Albrecht*— se enmarca en la actividad del Grupo Consolidado de investigación UPV/EHU: GICCAS; IT 1372-19, del que el autor es investigador principal.

**Rec:** 05/06/2022 **Fav:** 10/06/2022

### 1. INTRODUCCIÓN

Conforme al principio de legalidad —más concretamente, la garantía penal—, la naturaleza y el alcance de la intervención penal deben quedar claramente definidos por el texto aprobado por el Parlamento. Esto se aplica a las distintas penas y medidas que pueden imponerse por la comisión de un acto delictivo y de un delito: por tanto, no sólo a las multas y a las penas de prisión, sino también a las demás penas (principales y/o accesorias), como las diferentes formas de inhabilitación y suspensión que en España<sup>1</sup> se inscriben entre las penas privativas de derechos (arts. 39 ss. CP) o pueden imponerse como medidas de seguridad (art. 96.3: 1-5 años) si el sujeto cometió el delito por abuso del cargo o en relación con el mismo y presenta el peligro de volver a cometer otros actos similares (art. 107). También respecto de estas y otras privaciones o suspensiones de derechos, su duración y contenido específicos deben quedar claramente determinados por la sentencia penal en el marco de lo legalmente establecido.

La investigación criminológica viene subrayando, con todo, cómo determinadas restricciones de derechos se presentan muchas veces como efectos indirectos o colaterales de la condena, a pesar de su falta de mención por la sentencia penal y de su no previsión en el Código, lo que permite calificarlas, hasta cierto punto, como “invisibles”<sup>2</sup>.

Dos son los ámbitos de la legislación específica y sectorial en los que los ejemplos de este tipo resultan especialmente relevantes: el acceso al trabajo y la inmigración y extranjería, fuente de gran preocupación en Europa “desde la segunda mitad de los ochenta”<sup>3</sup>.

### 2. ACCESO AL TRABAJO

La legislación laboral española no menciona a los antecedentes penales entre las causas prohibidas de discriminación en el empleo<sup>4</sup>, y la práctica demuestra que —a pesar de lo ordenado respecto de los antecedentes por el artículo 73.2 de la Ley Orgánica Penitenciaria de

1979, estos pueden influir negativamente en el acceso al empleo tras la condena<sup>5</sup>.

**2.1** La exigencia, legal o reglamentaria, de ausencia de antecedentes ha sido tradicional para el acceso a cargos o empleos en la Policía, en el Ejército, y, en general, en la Administración.

Hoy en día, a falta de una regulación legal general, las normas sectoriales en diferentes ámbitos (seguridad y justicia, sanidad, contacto con colectivos vulnerables, juego, aduanas e impuestos, transporte...) hacen referencia a los antecedentes penales como un elemento a tener en cuenta a la hora del acceso a una larga lista de profesiones no sólo en el sector público, sino también en el sector privado; entre otros<sup>6</sup>: para el acceso a la condición de fiscal, de juez, de secretario judicial, para ser funcionario de prisiones, funcionario del Ministerio de Justicia, abogado, notario, funcionario del cuerpo de bomberos, portero de espectáculos públicos y otras actividades recreativas, director de servicios de seguros privados, vigilante de seguridad privada, empleado de áreas de seguridad especial en aeropuertos, personal de agencias de adopción, propietario de centros educativos privados, conductor de transporte escolar, profesional de la Odontología, médico, veterinario, administrador de casas de apuestas y loterías, titular de licencias de juego y empleado de casas de apuestas, agente de aduanas y comisionista, empleado de Hacienda y del Banco de España, titular de licencias de comercio de tabaco, auditor de cuentas, gestor de empresas financieras y de *crowdfunding*, conductor de vehículos de transporte de personas y mercancías...

Por su parte, la normativa autonómica y local aplicable suele contener requisitos similares para otros profesionales (como los taxistas en diversas ciudades).

**2.2** El contenido de todas estas regulaciones no es unitario y deja, en ocasiones, un gran margen de discrecionalidad en manos del responsable de la decisión. En consecuencia, tener antecedentes penales no siempre supone la exclusión automática del candidato, algo que suele depender más de la naturaleza del delito y de otros elementos. Así, el artículo 8.5 de la Ley 45/2015

1 Recuerda Albrecht que otros ordenamientos jurídicos las consideran consecuencias accesorias; “Verlust der Amtsfähigkeit, der Wählbarkeit und des Stimmrechts, § 45”, en Kindhäuser, U. et al, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Nomos, Baden-Baden, 2017, pp. 1907.

2 Díez Ripollés, J.L., “Sanciones adicionales a delinquentes y exdelinquentes. Contrastes entre Estados Unidos de América y países nórdicos europeos”, InDret, 2014, 4, p 6.

3 Albrecht, H.-J., “Foreigners, Migration, Immigration and the Development of Criminal Justice in Europe”, en Green, P./Rutherford, A. (eds.), Criminal Policy in Transition, Oñati International Series on Law and Society, Hart Publishing, London, 2000, p.131.

4 Jacobs, J.B./Larrauri, E., “A Spanish Window on European Law and Policy on Employment Discrimination Based on Criminal Record”, New York University Public Law and Legal Theory Working Paper, Paper 310, 2012, p.12 s.

5 Jacobs, J.B./Larrauri, E., European Criminal Records and Ex-Offender Employment, 2016, printed from Oxford Handbooks online, p.1 ss; Kurtovic, E./Rovira, M., “Contrast between Spain and the Netherlands in the hidden obstacles to re-entry into the labour market due to a criminal record”, European Journal of Criminology, 14(5), 2017, pp. 505 ss.

6 Larrauri, E., “¿En qué empleos se exigen los antecedentes penales?: Actualización del artículo RECPC 13-09 (2011)”, Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología, 15-3, 2013, pp. 1 ss.

de voluntariado impide realizar este tipo de actividades a las personas con “antecedentes penales no cancelados por delitos de violencia doméstica o de género, por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos, o por delitos de tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, o por delitos de terrorismo en programas cuyos destinatarios hayan sido o puedan ser víctimas de estos delitos”. Esta disposición suscitó fuertes críticas por parte de las organizaciones que trabajan en este campo, teniendo en cuenta que algunas actividades de voluntariado están muy relacionadas con la rehabilitación, y que algunas personas que han cometido previamente un delito participan con éxito, apoyando a otras gracias su experiencia<sup>7</sup>.

Por su parte, el artículo 13.5 de la Ley de Protección Jurídica del Menor, añadido por la reforma de Ley 26/2015 —que desarrolla lo dispuesto en el Convenio del Consejo de Europa de 2010 y la Directiva Europea 2011/92/UE— estableció que las personas condenadas por delitos contra la libertad e indemnidad sexual (incluyendo agresiones y abusos sexuales, acoso sexual, exhibicionismo y provocación sexual, prostitución y explotación sexual y corrupción de menores) y trata de seres humanos no pueden acceder al ejercicio de profesiones y actividades que impliquen un contacto habitual con menores. A tal efecto, y para asegurar su cumplimiento, se creó el Registro Central de Delincuentes Sexuales<sup>8</sup>, competente para expedir el “Certificado de Delitos de Naturaleza Sexual”, obligatorio para trabajar o ejercer actividades de voluntariado con menores (art. 9). Tras la entrada en vigor de Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, es ya el propio Código Penal el que contempla la posibilidad de imposición de la pena de “inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio u otras actividades, sean o no retribuidos,

que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad”, a los condenados por determinados delitos “en los que la víctima sea una persona menor de edad” (así, art. 156 quinquies —lesiones—; art. 177 bis 1 —trata de seres humanos—; art. 192.3 II —delitos sexuales—; *vid.* también art. 511.4: delito de denegación discriminatoria de prestaciones).

2.3 En realidad, la actividad judicial es pública y las sentencias se pronuncian en audiencia pública (art. 12, Constitución Española). Es más, conforme a los artículos 235 y 266 de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder judicial, “cualquier persona interesada” debería poder acceder al texto de las sentencias, garantizando el anonimato de las víctimas y con pleno respeto a la intimidad (art. 8, Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales)<sup>9</sup> y demás derechos de la persona. No obstante, prevalece una interpretación estricta de estos preceptos, al entender que la publicidad de las condenas supone en cierto modo “un castigo adicional”<sup>10</sup>; en este mismo sentido, el Tribunal Constitucional hace tiempo que reconoció que, aunque la condena penal no vulnera *per se* el derecho al honor, la publicación de la sentencia puede considerarse una vulneración de este derecho si no está excepcionalmente amparada por el derecho a la libertad de expresión (STC 50/1983), lo que sólo se acepta si hacer pública la información contribuye a formar la opinión pública<sup>11</sup>, limitando por lo demás el acceso a las sentencias a quienes son parte en el procedimiento y a aquellos ciudadanos que muestren un interés específico y singular con el contenido del proceso. Además, la Agencia Española de Protección de Datos<sup>12</sup> ha insistido reiteradamente en que la publicación de las sentencias con los nombres de los condenados es contraria a la Ley Orgánica de Protección de Datos; y la práctica en relación con la publicación de las sentencias (incluso por parte de los tribunales) lleva a borrar los nombres

7 [https://www.eldiario.es/sociedad/ONG-rechazan-antecedentes-obstaculo-voluntariado\\_0\\_379712597.html](https://www.eldiario.es/sociedad/ONG-rechazan-antecedentes-obstaculo-voluntariado_0_379712597.html)

8 *Regulado por Real Decreto 1110/2015, de constitucionalidad cuestionada*. Molina Blázquez, C. A propósito de la constitucionalidad del Real Decreto 1110/2015 que regula el Registro de Delincuentes sexuales, 2016; Marco Francia, M.P., “La inscripción en el Registro de Delincuentes Sexuales, una pena de inhabilitación especial contraria al principio de legalidad. A propósito de la Sentencia núm. 37/2018 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Zaragoza”, *La Ley*, 7044, 2018, p.1 ss. Ver también Fernández-Pacheco Estrada, C., “Medidas que afligen como penas. La inhabilitación para delincuentes sexuales para profesiones de contacto con menores”, *Revista Penal*, 43, 2019, pp. 46 ss.

9 Larrauri Pijoan, E., “Criminal Record Disclosure and the Right to Privacy”, *Criminal Law Review*, 10, 2014, pp. 723 ss.

10 Larrauri, E., “Conviction records in Spain: obstacles to reintegration of the offenders?”, *European Journal of Probation*, 3, 1, 2011, p.54.

11 Jacobs, J.B./Larrauri, E., *European Criminal Records...*, cit. p.5.

12 Jacobs, J.B./Larrauri, E., “¿Son las sentencias públicas? ¿Son los antecedentes penales privados? Una comparación de la cultura jurídica de Estados Unidos y España”, *InDret*, 4, 2010, pp. 17 ss. En la misma línea, el artículo 11 d) de la Ley 5/2001 (Castilla-La Mancha) (derogada en 2018), de Prevención de Malos Tratos y Protección a las Mujeres Maltratadas, que permitía la reproducción de las condenas firmes en materia de violencia doméstica, fue considerado inconstitucional por la mayoría de los expertos. Bustos Gisbert, R., “Sobre la Publicación en Páginas Web de Listados de Condenados Penalmente: Los Casos de las Listas de Pedófilos, Maltratadores, Torturadores y Errores Médicos”, *Revista Vasca de Administración Pública* (62), 2002, pp. 11 ss.

reales o a cambiarlos por otros ficticios para proteger la intimidad del condenado<sup>13</sup>.

2.4 Por lo que se refiere a los antecedentes, el artículo 136.4 CP establece que los datos relativos a los antecedentes penales no son públicos. En España el Registro Central de Penados es el fichero competente para la inscripción de todas las penas<sup>14</sup> impuestas a personas físicas y jurídicas por resolución judicial firme. Creado con la finalidad de servir a las necesidades del sistema judicial en materia de reincidencia y para las decisiones relativas a la suspensión de la ejecución de las penas, las inscripciones relativas a los antecedentes penales (incluyendo también los derivados de sentencias extranjeras) pueden ser notificadas exclusivamente a los jueces competentes (indicando este hecho, si es que han sido ya canceladas), al interesado, y en los casos estrictamente previstos por la ley (art. 136.4):<sup>15</sup> por ejemplo, a los fiscales y a la policía judicial<sup>16</sup>.

Los antecedentes policiales no favorables también pueden tener una incidencia negativa para la obtención de diversos permisos. Integrados en ficheros oficiales, estos datos se refieren a información relacionada con la prevención e investigación de hechos penales o infracciones administrativas<sup>17</sup> y merecen la protección que establece la Ley Orgánica 11/1999 de protección de datos.

Advertido lo anterior, conviene recordar que la STC 77/1985 declaró, en su momento, que la imposición del requisito de ausencia de antecedentes penales para el acceso a determinadas profesiones no puede tenerse por inconstitucional, al no suponer *per se* una exclusión absoluta de todo tipo de empleo; añadió asimismo que

el carácter no público de estos datos y expedientes no es necesariamente un obstáculo para tenerlos en cuenta en los procesos de selección de empleo privado<sup>18</sup>, pues pedir al interesado la presentación del certificado no se encuentra legalmente prohibido<sup>19</sup> de forma expresa. Con todo, en mayo de 2022 la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha ratificado el criterio seguido por la Audiencia Nacional de que es “contrario a derecho que las empresas seguridad privada requieran a los trabajadores de nueva incorporación un certificado o declaración escrita de que carecen de antecedentes penales”. Sin poner en cuestión que la ausencia de antecedentes constituya un “requisito de acceso a las pruebas de selección para obtener la habilitación profesional de quienes aspiran a ejercer como vigilantes de seguridad”, entiende la reciente STS 1860/2022<sup>20</sup> (FD 4º), que la tarjeta de identidad profesional, documento público cuya expedición y/o retirada compete a la Administración, constituye el vehículo apropiado para acreditar la habilitación para el desarrollo de la profesión. Y, en estas circunstancias, siendo los antecedentes penales “datos de carácter personal (...) sujetos al deber de confidencialidad”, a juicio de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, quedan amparados “por el derecho fundamental a la protección de datos que emana tanto del artículo 18.4 de la Constitución como del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”. Por tanto, en ausencia de “norma de rango legal que ampare la actuación de la empresa para recabar los datos personales relativos a condenas o infracciones penales dolosas,” no cabe admitir la exigencia al interesado de presentación del certificado y esto con inde-

13 Dos reformas legales (L.O. 10/2015, de 10 de septiembre, por la que se regula el acceso y publicidad de determinada información contenida en las sentencias dictadas en materia de fraude fiscal, y L.O. 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales) han venido últimamente a incidir de nuevo en la regulación de la publicidad y acceso a las sentencias, estableciendo reglas específicas para los delitos contemplados por los arts. 235 bis y ter LOPJ (fundamentalmente, delitos contra la hacienda pública y contrabando en perjuicio de la hacienda pública estatal o de la UE), respecto de los cuales, el acceso a los datos personales contenidos en los fallos de las sentencias firmes condenatorias se declara público.

14 Según el artículo 137 CP, también se registran las medidas de seguridad, si bien “sólo figurarán en las certificaciones que el Registro expida con destino a Jueces o Tribunales o autoridades administrativas, en los casos establecidos por la Ley”.

15 En sentido similar, el artículo 8 del Real Decreto 1110/2015 establece que el acceso directo a los datos contenidos en el Registro de Delincuentes Sexuales está limitado a los jueces y tribunales (que pueden incluso tener conocimiento de las inscripciones canceladas), a los fiscales y a la policía judicial. Las entidades públicas de protección de menores también pueden solicitar los datos para evaluar la situación de desprotección de un menor (artículo 9.4).

16 Con la misma finalidad, el artículo 6 del Real Decreto 95/2009 también menciona a las autoridades competentes en el control de pasaportes y entrada a España, junto con la policía encargada de las licencias de armas.

17 El artículo 43 de la Ley Orgánica 4/2015 de Protección de la Seguridad Ciudadana creó el Registro Central de Infracciones contra la Seguridad Ciudadana, que recoge la información necesaria para apreciar la reincidencia en posteriores procedimientos administrativos.

18 Críticamente, Larrauri, E., “Antecedentes penales y expulsión de personas inmigrantes”, InDret, 2016, pp. 10 s.

19 Jacobs/Larrauri refieren que “está muy extendida la creencia de que los empresarios rara vez hacen esa petición”, pero “no hay estudios empíricos que confirmen esa impresión”. “A Spanish Window...”, cit., p.3,

20 Sala de lo Social, Sección 1ª, 12 de mayo de 2022 (recurso 70/2020; núm. resolución: 435/2022, Ponente María Luz García Pa-redes).

pendencia de que la información haya sido consentida por el trabajador.

### 3. EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN

Al igual que en los demás países, el impacto de la condena (y de la condición de condenado, incluso tras el cumplimiento de la condena) en el estatus de los extranjeros es muy relevante en España.

**3.1** Los antecedentes penales suelen ser un obstáculo para que los extranjeros puedan acceder a permisos de residencia y/o de trabajo. La ausencia de antecedentes penales en España, o en el país donde el solicitante haya residido en los últimos cinco años, es un requisito general para obtener los permisos administrativos iniciales. Sin embargo, la presencia de antecedentes penales no impide necesariamente su renovación: éstos han de tomarse en consideración, sí, pero teniendo igualmente en cuenta la eventual incidencia “de indultos”, “situaciones de remisión condicional de la pena” o “suspensión de la pena privativa de libertad” (así, art. 31.7 de la Ley Orgánica 4/2000); en este sentido, la jurisprudencia ha subrayado reiteradamente que los informes policiales no favorables basados exclusivamente en la existencia de antecedentes policiales no deben considerarse suficientes para denegar el permiso.

**3.2** El acceso a la nacionalidad española también puede resultar denegado por la presencia de antecedentes penales o policiales, ya que pueden entenderse como una prueba de la falta de la necesaria “buena conducta cívica” a la que, junto al “suficiente grado de integración en la sociedad española” alude el artículo 22.4 del Código Civil. Sin embargo, la jurisprudencia entiende que aquel concepto jurídico “anacrónico” no debe quedar automáticamente excluido por la presencia de antecedentes penales y puede también apreciarse en ausencia de conductas contra el orden público, la seguridad pública o la salud pública o cuando se de un normal cumplimiento de los deberes cívicos razonablemente exigibles<sup>21</sup>.

**3.3** En todo caso, para la Ley 12/2009, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, los antecedentes penales relacionados con delitos graves, junto con el hecho de constituir una amenaza para la comunidad, han de dar lugar, entre otros, a la exclusión y denegación del asilo (art. 9), de la protección subsidiaria (art. 12 b), y de la reagrupación familiar (art.

41.5), siendo incluso elementos clave para proceder a la revocación de decisiones anteriores (art. 44.1 a y c).

Con arreglo al artículo 33.2 de la Convención de Ginebra de 1951, también pueden ser un obstáculo para el reconocimiento del principio de “no devolución” (*non-refoulement*)<sup>22</sup>.

**3.4** En cuanto a la libertad de circulación y residencia de los extranjeros, aunque el artículo 19 de la Constitución sólo se refiere a las y los ciudadanos españoles, el Tribunal Constitucional hace tiempo que extendió el reconocimiento de este derecho a los extranjeros (STC 94/1993), permitiendo únicamente las limitaciones establecidas por la ley o por decisión judicial. El artículo 5.2 de la Ley Orgánica 4/2000 recoge, en este sentido, la posibilidad de que, por razones de seguridad pública, se restrinja su derecho de circulación y residencia. Esta decisión ha de adoptarse con pleno respeto del procedimiento sancionador y de forma individualizada, proporcional y motivada, sin que las medidas restrictivas aplicables —presentación periódica ante las autoridades competentes o alejamiento de determinadas fronteras o lugares concretos— puedan superar el tiempo imprescindible y proporcional según las circunstancias concurrentes.

**3.5** La expulsión es, obviamente, la decisión de mayor repercusión en la situación de un extranjero<sup>23</sup>.

**3.5.1** La expulsión posterior a la condena está contemplada en el Código Penal español:

- como medida de seguridad, llamada a sustituir otras medidas de seguridad aplicables a extranjeros no residentes legalmente en España (con prohibición de regreso antes del transcurso de diez años) (art. 108); y
- como forma general de sustitución de la pena de prisión de duración superior a un año impuesta a los extranjeros, con prohibición de regreso en un plazo de entre 5 y 10 años (art. 89).

La expulsión también puede decidirse, excepcionalmente, si se considera necesario, tras la ejecución parcial de la pena: en tal caso, la parte a ejecutar en España no podrá superar los dos tercios de la condena.

En cuanto a los condenados a más de 5 años, la expulsión se decidirá tras la ejecución parcial o total de la pena. En cualquier caso, serán expulsados una vez que hayan sido clasificados en tercer grado penitenciario y/o tengan acceso a la libertad condicional.

21 Galparsoro, J./Bárcena, P., Los antecedentes penales y sus consecuencias en materia de extranjería, asilo y nacionalidad, ICA Bizkaia, Bilbao, 2014, pp. 22 ss.

22 Galparsoro, J./Bárcena, P., *ibidem*, pp. 25 ss.

23 Odriozola Gurrutxaga, M., Expulsión penal y expulsión administrativa de personas extranjeras. Análisis del art. 89 CP y del art. 57.2 LOEX, Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

Con todo, no se ordenará la expulsión si, teniendo en cuenta el arraigo del extranjero en España, se considera desproporcionada<sup>24</sup>.

**3.5.2** Al lado de lo dispuesto por el Código Penal, la expulsión post-condena puede también resultar de una decisión administrativa, basada en la presencia de antecedentes penales no cancelados, una circunstancia que, al impedirle “regularizar su situación”, determina que la persona extranjera se encuentre en una situación permanente de “expulsabilidad”<sup>25</sup>.

Para permanecer en España tras un primer período de 90 días, las personas ciudadanas de la Unión Europea<sup>26</sup> deben obtener un permiso de residencia y trabajo que, en principio, se rechaza en el caso de personas con antecedentes penales en España o en los países de residencia anterior (art. 31.5 Ley Orgánica 4/2000). La discrecionalidad administrativa es, además, amplia y, en la práctica, se tienen igualmente en cuenta a estos efectos incluso los antecedentes policiales no favorables, los cuales pueden referirse tanto a un delito como a una infracción de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana o a cualquier detención policial: por ejemplo, con ocasión de un control de extranjeros<sup>27</sup>. Lo mismo ocurre con la renovación de los permisos iniciales (art. 31.7), así como con la residencia de larga duración sin trabajar (art. 32), aunque no se mencione explícitamente<sup>28</sup>. Si el extranjero no obtiene el permiso o no se renueva por la presencia de antecedentes penales, normalmente se producirá una “expulsión administrativa indirecta”<sup>29</sup> (art. 57.1).

La expulsión administrativa directa<sup>30</sup> interviene “después de la ejecución de la pena”<sup>31</sup> por antecedentes penales aún no cancelados, aunque el juez penal no lo haya ordenado, ya que el artículo 57.2 de la Ley Orgánica de Extranjería considera causa de expulsión de extranjeros el hecho de haber sido condenado, dentro o fuera de España, por una infracción penal dolosa sancionada con “privación de libertad”<sup>32</sup> superior a un año y no tener los antecedentes cancelados.

Los expertos critican la excesiva discrecionalidad administrativa vinculada a la expulsión administrativa y, en particular, el automatismo y la gran extensión y alcance del artículo 57.2, así como su condición de “consecuencia colateral” de naturaleza penal (si no formalmente, al menos materialmente), que se añade tras la condena penal e infringe la regla *ne bis in idem*. Estas objeciones, muy en particular, la última, no han sido con todo aceptadas por el Tribunal Constitucional que, en su STC 236/2007 defendió “la falta de identidad”, en lo que se refiere a su “fundamento”, de la expulsión como pena y la expulsión administrativa<sup>33</sup>.

**3.5.3** La adopción de una “visión unitaria” del régimen jurídico de la expulsión es absolutamente urgente para poner fin a las incoherencias del actual enfoque “crimigración”<sup>34</sup>, que se traduce en una inaceptable violación de “principios y derechos básicos” de nuestro ordenamiento jurídico.

A través de la reforma de 2015 del artículo 89 del Código Penal<sup>35</sup> se ha buscado, de forma positiva, frenar el automatismo de la expulsión, introduciendo criterios que permitan una mejor “individualización de la pena

24 La expulsión de un ciudadano de la Unión Europea es excepcional (sólo cuando suponga un grave riesgo contra el orden público o la seguridad pública) y se aplican requisitos más estrictos a la expulsión de un extranjero que haya residido en España durante los últimos diez años.

25 Odriozola Gurrutxaga, M., Expulsión penal, cit., p.200.

26 Los ciudadanos de la Unión Europea pueden residir en el territorio de la Unión y no necesitan una autorización inicial, pero deben inscribirse en el Registro Central de Extranjeros, adquiriendo la condición de residente permanente al cabo de 5 años. No obstante, la entrada y la residencia pueden restringirse por razones de orden público, seguridad pública o salud pública; en consecuencia, los antecedentes penales pueden ser una vía de prueba de algunas de estas circunstancias, dentro de ciertos límites (vid. el artículo 15.5 del Real Decreto 240/2007).

27 En sentido crítico, Larrauri, E., “Antecedentes penales y expulsión”, cit., pp. 8 s.

28 Larrauri, E., *ibidem*, p.9 ss; vid. también Galparsoro, J./Bárcena, P., Los antecedentes penales, cit., pp. 4 ss.

29 Larrauri, E., “Antecedentes penales y expulsión”, cit., p.5

30 Larrauri, E., *ibidem*, p.5

31 García España, E., “La expulsión como sustitutivo de la pena de prisión en el Código Penal de 2015. ¿De la discriminación a la reinserción?”, Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología, 18-07, 2016, pp. 4 ss.

32 García España (*ibidem*, p.20) recuerda que el artículo 89 CP se refiere, sin embargo, a la “prisión” de más de un año, dejando fuera de su marco de aplicación otras penas que conllevan una privación de libertad definida por el artículo 35 CP: en particular, la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multas y la localización permanente.

33 Críticamente, Larrauri, E., “Antecedentes penales y expulsión”, cit., p.13.

34 Odriozola Gurrutxaga, M., Expulsión penal, cit., pp. 18 s., siguiendo a Stumpf, J., “The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime and Sovereign Power”, American University Law Review, vol. 56, 2, 2006, pp. 376 ss.

35 Vid. Iglesias Ríos, M.A., “La expulsión de extranjeros”, en Quintero Olivares, G. (dir.), Comentario a la reforma penal del 2015, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 173 ss.

de extranjería<sup>36</sup>. Lo mismo debería hacerse en el plano administrativo siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>37</sup>.

Con todo, persisten no pocos aspectos a reconsiderar para evitar, por ejemplo, el tratamiento penal excesivamente afflictivo de los extranjeros con arraigo en el país<sup>38</sup>, así como la expulsión de personas que viven en España, cuyos hijos menores de edad tienen la nacionalidad española. Estas decisiones, particularmente las que afectan a menores, deberían considerarse contrarias al artículo 39 de la Constitución Española, por afectar a los principios más básicos de protección familiar y colocar a los menores ante una muy difícil alternativa, con grave riesgo de su estabilidad psicoafectiva: si permanecen en España, serán criados en ausencia del titular de la patria potestad; y si quieren mantener la relación con sus padres, se verán obligados a salir de España<sup>39</sup>.

**3.5.4** Por último, aunque no en importancia, si bien la detención de extranjeros y su internamiento en un establecimiento penitenciario se someten, en principio, a la normativa general aplicable a los ciudadanos españoles<sup>40</sup>, los extranjeros que esperan a su repatriación, entrega o a la ejecución de una orden administrativa de expulsión pueden ser confinados (hasta 60 días: art. 62.2 LO 4/2000) en los Centros de Internamiento para Extranjeros (CIE). Caracterizados por unas instalaciones poco adecuadas, sobrepoblación y duras condiciones de vida, su régimen genera múltiples y muy importantes críticas, reclamándose su mejora e incluso desaparición<sup>41</sup>.

#### 4. OTRAS RESTRICCIONES

Las dificultades en el acceso al empleo o en el tratamiento de los extranjeros y la inmigración no son los únicos efectos negativos relacionados con las condenas penales no directamente previstos por el código penal o la legislación penal.

Haciendo abstracción de las incoherencias entre la legislación penal y la administrativa (por ejemplo, en el ámbito electoral)<sup>42</sup> que dan lugar a consecuencias “invisibles”<sup>43</sup> no previstas por el Código Penal o las normas penitenciarias<sup>44</sup>, son especialmente notables otras restricciones relacionadas con los antecedentes penales (e incluso policiales o administrativos) en otros ámbitos.

**4.1** Este es el caso de determinadas licencias, como las de tenencia de armas y/o de caza (art. 97, Real Decreto 137/1993, Reglamento de Armas) en las que los antecedentes penales y policiales y, “entre otros extremos, el hecho de haber tenido una condena por un delito doloso violento” se consideran indicadores del riesgo propio o ajeno —así como para “la seguridad pública, la seguridad ciudadana, la defensa nacional y el interés general”— que, de ser generado por la tenencia y uso de armas (art. 98 Real Decreto), ha de llevar a la denegación del permiso/licencia<sup>45</sup>. La jurisprudencia ha insistido en la necesidad de una adecuada consideración de la conducta personal y concreta, ya que la ausencia de condenas penales, como tal, no asegura el derecho a la tenencia y porte de armas, y permite un tratamiento menos restrictivo en materia de caza, donde el furtivismo, y otras infracciones al reglamento de caza y armas, junto con la peligrosidad personal y las

36 García España, E., “La expulsión...”, cit., p.15.

37 Roig Torres, M., “La expulsión de los extranjeros en el Proyecto de reforma del Código Penal. Análisis desde la perspectiva del TEDH. Unas notas sobre el Derecho británico”. *Estudios Penales y Criminológicos*, 34, 2014, pp. 423 ss.

38 García España, E., “El arraigo de presos extranjeros: más allá de un criterio limitador de la expulsión”, *Migraciones*, 44, 2018, pp. 119-144. Sobre los problemas jurídicos y prácticos de los permisos de residencia de larga duración en caso de antecedentes penales, vid. también Galparsoro, J./Bárcena, P., *Los antecedentes penales*, cit., pp. 6 ss.

39 Galparsoro, J./Bárcena, P., *ibidem*, pp. 6 s.

40 No se prevé un tratamiento jurídico diferenciado para los presos extranjeros, salvo algunas disposiciones específicas sobre determinados aspectos como la comunicación con Embajadas y Consulados, la colaboración de intérpretes en prisión y la expulsión. Santacruz Iglesias, C., “Análisis crítico de los derechos de los extranjeros privados de libertad en España”, *Barataria*, 17, 2, 2014. Sin embargo, la ausencia de disposiciones normativas específicas —junto con la identificación automática de la ausencia de documentación regular con un alto riesgo de evasión— se traduce en una fuente de discriminación institucional en el día a día, ya que no ayuda a superar las barreras a la participación en la vida penitenciaria, al disfrute de permisos de salida y visitas y a su acceso al régimen abierto y a la libertad condicional. De la Cuesta, J.L., “Chapter 24. Spain”, en A.M. van Kalmthout, A.M. et al (eds.), *Foreigners in European Prisons*, vol. 2. Nijmegen, 2007, pp. 751 ss.

41 García España, E., “Centros de Internamiento de extranjeros: motivos para su desaparición” *Boletín Criminológico*, 172, 5, 2017; Martínez Escamilla, 2016, p.18 ss.

42 Larrauri, E., “Antecedentes penales”, *Eunomía*, 8, 2015, p. 154

43 Mauer, M./Chesney-Lind, M. (eds.), *The Collateral Consequences of Mass Imprisonment*, The New Press, New York, 2002.

44 Brandáriz García, J.A., “La inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo: fundamento y deficiencias de una pena de aplicación masiva”, *Diario La Ley*, 5937, 2012, p.2.

45 Palacios Blanco, J., “Cuestiones sobre denegación y revocación de licencias de armas de caza. Jurisprudencia aplicable”, *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, n.17, 2003.

infracciones administrativas o penales por conducción en estado de ebriedad, constituyen los motivos más frecuentes de denegación de licencia.

Por otra parte, y en lo que respecta a la legislación sobre el régimen jurídico de la tenencia de animales potencialmente peligrosos, los antecedentes pueden ser un obstáculo para la obtención de la licencia de tenencia de perros peligrosos (art. 3.1.b y c, Real Decreto 287/2002, que desarrolla la Ley 50/1999).

4.2 Los antecedentes penales también pueden tener consecuencias negativas en el ámbito del derecho de familia.

Por un lado, en lo que respecta a la tutela, curatela y demás medidas de apoyo a la discapacidad, recientemente objeto de una importante reforma en el Código Civil (Ley 8/2021), junto a los supuestos de privación judicial (o suspensión en el ejercicio) de la patria potestad y derechos de custodia y educación..., la condena “en sentencia firme por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien” esas funciones constituye una causa obstativa para el nombramiento como tutor (art.217.2) y curador (art. 275.3).

Por otra parte, aunque los antecedentes penales no se mencionen en la legislación nacional como obstáculo para la declaración de idoneidad para la adopción internacional (*vid.* el art.10, Ley 54/2007), la legislación regional en este ámbito procede de forma diferente y suele exigir la ausencia de antecedentes penales<sup>46</sup>.

4.3 En cuanto a las pensiones y ayudas sociales, hace tiempo que el Tribunal Constitucional (STC 114/1987) declaró inconstitucional la supresión del pago de la pensión de jubilación como consecuencia de la inobservancia de buena conducta “incluso si por mala con-

ducta se entiende exclusivamente, a estos efectos, la comisión de un ilícito penal”, una exigencia que ha de tenerse por discriminatoria salvo que “guarde una directa y razonable relación con la finalidad perseguida por la norma o con las consecuencias jurídicas concretas que se deriven de su incumplimiento” (FJ 4º y 5º). No obstante, existen varios ejemplos en la normativa autonómica sobre ayudas sociales y asistenciales en los que la existencia o no de antecedentes penales debe tenerse en cuenta de cara a la toma de decisión<sup>47</sup>. Asimismo, aunque la indemnización a la víctima no se vea afectada por la comisión de nuevos delitos o por los antecedentes penales, según el artículo 3 de la Ley 35/1995, de asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, la conducta del beneficiario (contribuir directa o indirectamente al delito), su relación con el autor o el hecho de pertenecer a una organización dedicada a realizar delitos violentos puede justificar la denegación o reducción de la indemnización, si resulta contraria a la equidad o al orden público.

4.4 En el ámbito académico, los títulos o exámenes académicos no deberían verse afectados como tales por los antecedentes penales<sup>48</sup>, pero la ausencia de antecedentes penales es requisito estricto en algunas convocatorias para poder acceder a préstamos y becas estudiantiles<sup>49</sup>.

4.5 Para completar este repaso, sin ningún ánimo exhaustivo, las personas con antecedentes penales por su participación en un delito doloso<sup>50</sup> no pueden ser miembros de un Jurado (art. 9, Ley Orgánica 5/1995), ni fedatarios espaciales en relación con una iniciativa popular (art. 10, Ley Orgánica 3/1984).

46 Así, por ejemplo, el artículo 16 q) del Decreto 45/2005, sobre adopción de menores en *Castilla-La Mancha*, se refiere a la ausencia de antecedentes penales “cuya entidad pudiera considerarse negativa para la atención y desarrollo del menor”; o el artículo 15.2 j) del Decreto 114/2008 (C.A. País Vasco), por el que se regula el procedimiento de actuación que deberán seguir las Diputaciones Forales en materia de adopción de personas menores de edad, exige la presentación del “certificado de antecedentes penales de cada persona solicitante”; debiendo “presentarse certificado de cada una de éstas”, en caso de “convivencia con otras personas”.

47 Vid., por ejemplo, el artículo 7 del Decreto 115/2006 por el que se regula el procedimiento de adjudicación de viviendas de promoción pública de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

48 La nueva Ley 3/2022, de convivencia universitaria ha derogado el obsoleto Decreto de 1975 sobre disciplina académica, que definía como infracciones graves “las que constituyen faltas penales”, susceptibles de ser sancionadas con la separación definitiva o temporal del servicio (para los profesores y empleados) (art. 3 a) o la inhabilitación temporal o definitiva y/o la expulsión (art. 6 a) de los alumnos. En la actualidad, el artículo 11 k) de la Ley 3/2022, incluye entre las faltas muy graves el hecho de “haber sido condenado, por sentencia firme, por la comisión de un delito doloso que suponga la afectación de un bien jurídico distinto, cometido en los centros universitarios, sus instalaciones y servicios, o relacionado con la actividad académica de la universidad”. Son sanciones aplicables por la comisión de faltas muy graves: a) La expulsión de dos meses hasta tres años de la universidad en la que se hubiera cometido la falta. La sanción con expulsión deberá constar en el expediente académico hasta su total cumplimiento. b) La pérdida de derechos de matrícula parcial, durante un curso o semestre académico.

49 Así, por ejemplo, el artículo 3.1 f) de la Orden 16/2016, de la Conselleria de Economía Sostenible, Sectores Productivos, Comercio y Trabajo (Generalitat Valenciana), por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de becas por el Instituto Valenciano de Competitividad Empresarial (IVACE) en materia de internacionalización. [2016/7214]

50 Al igual que los procesados y aquellos acusados respecto de los cuales se hubiera acordado la apertura de juicio oral y quienes estuvieren sufriendo detención, prisión provisional o cumpliendo pena por delito; y los suspendidos, en un procedimiento penal, en su empleo o cargo público, mientras dure dicha suspensión.

También pueden quedar sometidos a la práctica de muestras biológicas y de ADN (incluso coercitivas) los individuos que sean condenados por la comisión de delitos graves contra la vida, la integridad personal, la libertad, la libertad o la indemnidad sexual, el terrorismo o cualquier otro delito grave que genere un serio riesgo para la vida, la salud o la integridad física (art. 129 bis del Código Penal).

Además, conforme a la Ley 9/2017, aprobada para la aplicación de las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE, las personas físicas y jurídicas (y sus directivos y/o representantes) pueden ser excluidas de los contratos en el sector público no sólo en caso de inhabilitación para el ejercicio de una profesión, industria o comercio, sino también en caso de condena por una larga lista de delitos (art. 71.1 a).

## 5. OBSERVACIONES FINALES

Aunque los efectos nucleares de las sanciones penales han de ser los estrictamente establecidos por la ley atendiendo, en principio, a la naturaleza respectiva de cada pena (privación o restricción de libertad, de otros derechos, pena pecuniaria...), el acercamiento a la realidad pone de manifiesto que muchas otras consecuencias que afectan a los derechos civiles surgen a menudo a la hora de la ejecución de las penas o como consecuencia adicional de las mismas, agravando así la exclusión social de los condenados y perdurando, incluso, el resto de sus vidas<sup>51</sup>.

Dejando a un lado el conocido ejemplo de las penas de prisión —donde los reclusos se enfrentan a graves problemas para ejercer algunos derechos civiles y/o políticos<sup>52</sup> no necesariamente incompatibles con la privación de libertad en que consiste la pena, pero que resultan en la práctica imposibles de ejercer a no ser que una regulación específica garantice su ejercicio en el medio penitenciario—, estos efectos (si no ocultos, al menos, poco visibles) provienen a menudo de regulaciones sectoriales que van más allá del contenido y alcance del código penal, por ejemplo, en el ámbito electoral o en materia de expulsión de extranjeros, lo que constituye un caso especialmente grave de discordancia normativa que merece, naturalmente, una severa crítica.

Además, el análisis de las normas y prácticas sectoriales muestra cómo, a menudo, los antecedentes, a pesar de no ser públicos, producen importantes con-

secuencias en los derechos de los condenados, incluso después de la ejecución de la pena. Este es el caso, en particular, del Derecho de extranjería, en el que los antecedentes penales (o incluso administrativos) pueden dar lugar no sólo a la expulsión, sino impedir la obtención de permisos de residencia y/o trabajo (y su renovación), así como llevar a la denegación del acceso a la nacionalidad y a las medidas de protección internacional.

En un sentido más general, la ausencia de antecedentes penales es con demasiada frecuencia un requisito legal o reglamentario para ejercer determinados derechos o acceder a servicios, ayudas... y, en particular, a determinados puestos de trabajo. Así, puede ocurrir que el juez penal no imponga la inhabilitación para un determinado empleo o profesión como pena<sup>53</sup> o como medida de seguridad<sup>54</sup>, pero que, en virtud de los antecedentes penales, se produzca el mismo efecto (persistiendo incluso después de la ejecución de la sentencia).

Esto contraría frontalmente lo dispuesto por el artículo 73.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979, el cual prohíbe que los antecedentes —que, en lo penal, nacieron con la exclusiva finalidad de facilitar la prueba de la reincidencia (circunstancia agravada definida por el artículo 22.8 CP)— puedan en caso alguno ser “motivo de discriminación social o jurídica”.

Urge, por todo ello, una revisión completa de los planteamientos legales y reglamentarios sectoriales —y sus regímenes diferentes insuficientemente justificados— con el fin de evitar las penas ocultas, así como la reconsideración de los efectos sociales y jurídicos de los antecedentes penales para, a partir de una integración general (y legalmente definida) de los principios y valores a respetar en relación con su contenido y exigencia, asegurar la plena aplicación del mandato del artículo 73.2 de la LOGP y los recursos jurídicos destinados a garantizar los derechos individuales.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- Albrecht, H.-J., “Verlust der Amtsfähigkeit, der Wählbarkeit und des Stimmrechts, § 45”, en Kindhäuser, U. et al, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Nomos, Baden-Baden, 2017, pp.1907-1909.
- Albrecht, H.-J., “Foreigners, Migration, Immigration and the Development of Criminal Justice in Europe”, en Green, P./Rutherford, A. (eds.), *Criminal Policy*

51 Díez Ripollés, J.L., “Sanciones adicionales...”, cit., p.8.

52 O laborales. De La Cuesta Arzamendi, J.L., “Hacia la laboralización del trabajo penitenciario”, en Mata y Martín, R.M. (dir.)/Andrés Laso, A. (coord.), *Las prisiones españolas durante la transición*, Comares, Granada, 2022, pp. 146 ss.

53 Según el artículo 45 del Código Penal, tiene que “concretarse expresa y motivadamente en la sentencia”.

54 En este caso, el delito cometido debe haberlo sido abusando del ejercicio de su derecho, profesión, oficio, industria o comercio, cargo o empleo u otras actividades, retribuidas o no y se requiere que “de la valoración de las circunstancias concurrentes pueda deducirse el peligro de que vuelva a cometer el mismo delito u otros semejantes” (art. 107, Código Penal).

- in Transition*, Oñati International Series on Law and Society, Hart Publishing, London, 2000, pp.131-150.
- Brandáriz García, J.A., “La inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo: fundamento y deficiencias de una pena de aplicación masiva”, *Diario La Ley*, 5937, 2012, pp. 1-6.
- Bustos Gisbert, R., “Sobre la Publicación en Páginas Web de Listados de Condenados Penalmente: Los Casos de las Listas de Pedófilos, Maltratadores, Torturadores y Errores Médicos”, *Revista Vasca de Administración Pública* (62), 2002, pp.11-34.
- De la Cuesta, J.L., “Chapter 24. Spain”, en A.M. van Kalmthout, A.M. *et al* (eds.), *Foreigners in European Prisons*, vol. 2. Nijmegen, 2007, pp.751-780.
- De La Cuesta Arzamendi, J.L., “Hacia la laboralización del trabajo penitenciario”, en Mata y Martín, R.M. (dir.)/Andrés Laso, A. (coord.), *Las prisiones españolas durante la transición*, Comares, Granada, 2022, pp. 139-148.
- Díez Ripollés, J.L., “Sanciones adicionales a delinquentes y exdelinquentes. Contrastes entre Estados Unidos de América y países nórdicos europeos”, *InDret*, 2014, 4, pp. 1-37.
- Faraldo Cabana, P./Puente Aba, L.M., *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad*, Tirant, Valencia, 2013.
- Fernández-Pacheco Estrada, C., “Medidas que afligen como penas. La inhabilitación para delinquentes sexuales para profesiones de contacto con menores”, *Revista Penal*, 43, 2019, pp. 46-63.
- Galparsoro, J./Bárcena, P., *Los antecedentes penales y sus consecuencias en materia de extranjería, asilo y nacionalidad*. ICA Bizkaia, Bilbao, 2014.
- García España, E., “La expulsión como sustitutivo de la pena de prisión en el Código Penal de 2015. ¿De la discriminación a la reinserción?”, *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 18-07, 2016, pp.1-31.
- García España, E., “Centros de Internamiento de extranjeros: motivos para su desaparición” *Boletín Criminológico*, 172, 5, 2017, pp.1-6.
- García España, E., “El arraigo de presos extranjeros: más allá de un criterio limitador de la expulsión”, *Migraciones*, 44, 2018, pp.119-144.
- Iglesias Ríos, M.A., “La expulsión de extranjeros”, en Quintero Olivares, G. (dir.), *Comentario a la reforma penal del 2015*, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp.173-188.
- Jacobs, J.B./Larrauri, E., “¿Son las sentencias públicas? ¿Son los antecedentes penales privados? Una comparación de la cultura jurídica de Estados Unidos y España”, *InDret*, 4, 2010, pp. 1-52.
- Jacobs, J.B./Larrauri, E., “A Spanish Window on European Law and Policy on Employment Discrimination Based on Criminal Record”, *New York University Public Law and Legal Theory Working Paper*, Paper 310, 2012, pp. 1-21.
- Jacobs, J.B./Larrauri, E., *European Criminal Records and Ex-Offender Employment*, 2016, printed from Oxford Handbooks online, pp.1-26.
- Kurtovic, E./Rovira, M., “Contrast between Spain and the Netherlands in the hidden obstacles to re-entry into the labour market due to a criminal record”, *European Journal of Criminology*, 14(5), 2017, pp.505-521
- Larrauri, E., “Conviction records in Spain: obstacles to reintegration of the offenders?”, *European Journal of Probation*, 3, 1, 2011, pp. 50-62.
- Larrauri, E., “¿En qué empleos se exigen los antecedentes penales?: Actualización del artículo RECPC 13-09 (2011)”, *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 15-3, 2013, pp.1-14.
- Larrauri, E., “Antecedentes penales”, *Eunomía*, 8, 2015, pp.153-159.
- Larrauri, E., “Antecedentes penales y expulsión de personas inmigrantes”, *InDret*, 2016, pp.1-29.
- Larrauri Pijoan, E., “Criminal Record Disclosure and the Right to Privacy”, *Criminal Law Review*, 10, 2014, pp. 723-737.
- Marco Francia, M.P., “La inscripción en el Registro de Delinquentes Sexuales, una pena de inhabilitación especial contraria al principio de legalidad. A propósito de la Sentencia núm. 37/2018 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Zaragoza”, *La Ley*, 7044, 2018, pp. 1-11.
- Martínez Escamilla, M., “Centros de internamiento para extranjeros. Estado de la cuestión y perspectivas de futuro”, *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 18-23, 2016, pp. 1-38.
- Mauer, M./Chesney-Lind, M. (eds.), *The Collateral Consequences of Mass Imprisonment*, The New Press, New York, 2002.
- Molina Blázquez, C. *A propósito de la constitucionalidad del Real Decreto 1110/2015 que regula el Registro de Delinquentes sexuales*, 2016 (<https://repositorio.comillas.edu/rest/bitstreams/22841/retrieve>)
- Odriozola Gurrutxaga, M., *Expulsión penal y expulsión administrativa de personas extranjeras. Análisis del art. 89 CP y del art. 57.2 LOEX*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

Palacios Blanco, J., “Cuestiones sobre denegación y revocación de licencias de armas de caza. Jurisprudencia aplicable”, *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, n.17, 2003, ([http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM\\_Revista\\_FP&cid=1109168498776&esArticulo=true&idRevistaEle-gida=1109168491182&pagename=RevistaJuridica%-2FPage%2Fhome\\_RJU&seccion=1109168469706](http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_Revista_FP&cid=1109168498776&esArticulo=true&idRevistaEle-gida=1109168491182&pagename=RevistaJuridica%-2FPage%2Fhome_RJU&seccion=1109168469706))

Roig Torres, M., “La expulsión de los extranjeros en el Proyecto de reforma del Código Penal. Análisis

desde la perspectiva del TEDH. Unas notas sobre el Derecho británico”. *Estudios Penales y Criminológicos*, 34, 2014, pp.423-509.

Santacruz Iglesias, C., “Análisis crítico de los derechos de los extranjeros privados de libertad en España”, *Barataria*, 17, 2, 2014, pp.109-125.

Stumpf, J., “The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime and Sovereign Power”, *American University Law Review*, vol. 56, 2, 2006, pp. 367-419.

1. REVISTA PENAL publica artículos que deben ser el resultado de una investigación científica original sobre temas relacionados con las ciencias penales en sentido amplio; ello incluye investigaciones sobre la parte general y la parte especial del Derecho Penal, el proceso penal, la política criminal y otros aspectos afines a estas disciplinas que preferentemente puedan ser extrapolables a otros países. Los artículos no deben haber sido publicados con anterioridad en otra revista.
2. Los trabajos deben enviarse por correo electrónico en formato Microsoft Word (o en su defecto, en formato \*.txt) a la dirección: [jcferreolive@gmail.com](mailto:jcferreolive@gmail.com)
3. La primera página del documento incluirá el título del trabajo en castellano y en inglés, el nombre completo del autor o los autores, su adscripción institucional y su correo electrónico, el sumario, un resumen analítico en castellano y en inglés (de unas 100 palabras aproximadamente) y palabras clave en castellano y en inglés (entre 2 y 5 palabras)
4. Los autores deberán elaborar las referencias bibliográficas conforme a las normas ISO 690.
5. Los trabajos se someterán a la evaluación de al menos dos árbitros externos siguiendo el sistema de evaluación doble ciego. Los autores recibirán información del eventual rechazo de sus trabajos, de las reformas requeridas para la aceptación definitiva o de dicha aceptación. Los originales aceptados se publicarán en el primer volumen con disponibilidad de páginas.
6. Es condición para la publicación que el autor o autores ceda(n) a la Revista, en exclusiva, los derechos de reproducción. Si se producen peticiones del autor o de terceros para reproducir o traducir artículos o partes de los mismos, la decisión corresponderá al Consejo de Redacción. Se deberá indicar que el artículo ha sido publicado previamente en el correspondiente número de Revista Penal.

Apuesta por Tirant Online, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa de España.\*



**[www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com)**

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- \* Biblioteca Virtual
- \* Herramientas Salariales
- \* Calculadoras de tasas y pensiones
- \* Tirant TV
- \* Personalización
- \* Foros y Consultoría
- \* Revistas Jurídicas
- \* Gestión de despachos
- \* Biblioteca GPS
- \* Ayudas y subvenciones
- \* Novedades

\* Según ranking del CSIC

 96 369 17 28

 96 369 41 51

 [atencionalcliente@tirantonline.com](mailto:atencionalcliente@tirantonline.com)

 [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com)