



Revista

América

MÉXICO

Número 3 • Junio 2012



La verdad en las declaraciones sobre pasadas condenas, ¿histórica o normativa?*

Jesús-María Silva Sánchez

Universidad Pompeu Fabra, España

Revista Penal México, núm. 3, enero-junio de 2012

RESUMEN: En el Derecho comparado es usual que el acceso a algunas profesiones, la obtención de determinados beneficios o la participación en determinadas licitaciones dependa de la declaración jurada del solicitante de no haber sido condenado ni hallarse procesado por delito. El particular tiene derecho a no declarar sobre tales condenas “históricas” como condenas “normativas”, pues los antecedentes cancelados (cuando los hay) no pertenecen al mundo del Derecho (verdad normativa) sino a la esfera íntima de la persona (verdad histórica). De esto se desprenden varias consecuencias jurídicas que abordan las diferentes legislaciones europeas.

PALABRAS CLAVE: Verdad histórica o fáctica, verdad jurídico-normativa, rehabilitación, cancelación de antecedentes penales, remisión de la pena, principio de reserva (non disclosure), discriminación vulneratoria, derecho a la intimidad, restablecimiento del sujeto en la plenitud de derechos ciudadanos, deber de reserva (duty to non disclosure), derecho de rectificación.

ABSTRACT: In comparative criminal law access to some professional activities, benefits and participation in some public biddings usually depend upon the sworn declaration of the applicant that he has never been prosecuted for a crime. The individual has the right to not declare on such “historical” sentences as “normative” verdicts, because cancelled records (when there are any) do not belong to the world of criminal law (normative truth) but to the private sphere of the individual (historical truth). Several legal consequences result from this situation and are dealt with by European laws.

KEY WORDS: historical or factual truth, normative legal truth, rehabilitation, cancellation of criminal records, remission of penalty, non disclosure principle, damaging discrimination, right to privacy, restoration of the individual's full civic rights, duty to non disclosure, right of amendment.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El significado jurídico de la cancelación de antecedentes penales en España y en el Derecho comparado. 2.1. Introducción. 2.2. La doctrina de los Tribunales españoles. 2.3. Los Derechos europeos. 2.4. La postura del Reino de España en sus relaciones internacionales. 2.5. Conclusión.

* Publicado en AA.VV., *Un Derecho penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

1. Introducción

1. En el Derecho comparado no es infrecuente que el acceso a determinadas profesiones (*e.g.*, la abogacía), la obtención de determinados beneficios o la participación en determinadas licitaciones (así, en la contratación pública) se haga depender de la emisión por el solicitante de un documento conteniendo una declaración jurada de no haber sido condenado ni hallarse procesado por delito. Por otro lado, en el Derecho penal español vigente, el art. 436 LECrim señala que “el testigo manifestará primeramente su nombre, apellidos paterno y materno, edad, estado y profesión, si conoce o no al procesado y a las demás partes, y si tiene con ellos parentesco, amistad o relaciones de cualquier clase, *si ha estado procesado y la pena que se le impuso [...]*”¹ Una declaración que obviamente se incorporará, mediante la transcripción o grabación de la declaración, al expediente judicial correspondiente.²

2. No siempre queda claro cuál habrá de ser la consecuencia de una falsedad en la referida declaración. Si parece que ésta consistirá, en todo caso, en la exclusión de la posibilidad de acceso al beneficio pretendido (licitación, profesión, etc.). Pero, además, cabe plantear incluso la posibilidad de la comisión de un delito de falsedad. Así podría suceder, por ejemplo, en el art. 210, I, del Código penal chileno,³ en el art. 411 del Código penal peruano,⁴ y, en general, en todos aquellos países en los que las falsedades ideológicas (faltar a la verdad en la narración de los hechos) no hayan sido despenalizadas o lo hayan sido sólo parcialmente.⁵ En realidad, y a propósito del caso del testigo, podría plantearse incluso la imputación de un delito de falso testimonio.⁶

3. El objeto de estas páginas no es, sin embargo, el problema de las consecuencias jurídicas que cabe derivar de las falsedades ideológicas incluso en sistemas como el español, en el que éstas se hallan básicamente despenalizadas. Más bien, se trata de efectuar alguna precisión a propósito de la realidad —la “verdad”— con la que ha de confrontarse la declaración efectuada por el sujeto para que esta última pueda ser legítimamente calificada de falsa. En particular, interesa aquí dicha referencia en relación con la manifestación de “no haber sido condenado o procesado”.

4. La pregunta es si alguien puede manifestar verazmente que no ha sido condenado, siendo así que una mirada meramente histórica al pasado conduciría a la conclusión de que efectivamente hubo un proceso en el que fue condenado. Pues bien, el punto de partida ha de ser que la manifestación realizada no tiene una naturaleza meramente histórica, sino precisamente normativa (“no haber sido condenado”). Sólo así puede resolverse la paradoja que se refleja al inicio de este apartado. Desde tal perspectiva, no hay falsedad cuando un sujeto declara no haber sido condenado si, pese a que efectivamente fue condenado (verdad histórica o fáctica), el ordenamiento jurídico le confiere el derecho a manifestar que no fue condenado (verdad jurídico-normativa). En lo que sigue, se desarrollará sucintamente la idea expuesta.

2. El significado jurídico de la cancelación de antecedentes penales en España y en el Derecho comparado

2.1. Introducción

1. Para poder responder adecuadamente a la cuestión planteada es fundamental la constatación de si la con-

¹ Cursiva añadida.

² Sobre el juramento o promesa del testigo, *cfr.* art. 433, II, LECrim.

³ “El que, ante la autoridad o sus agentes perjurare o diere falso testimonio en materia que no sea contenciosa, sufrirá las penas de prisión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.”

⁴ “El que, en un procedimiento administrativo, hace una falsa declaración en relación a hechos o circunstancias que le corresponde probar violando la presunción de veracidad establecida por ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.”

⁵ Dejando subsistente, por ejemplo, la punibilidad de la falsedad ideológica cometida por particular y que se incorpore a un documento oficial.

⁶ En cuanto a la declaración del testigo, debe indicarse que en España existe discusión sobre si las “generales de la Ley” son preguntas cuya respuesta puede integrar la declaración del testigo a los efectos del delito de falso testimonio. Mientras que algunos autores (Córdoba, Magaldi) lo han rechazado, a mi entender debe prevalecer la tesis (Bernal) de que sí se integran en la declaración a tal efecto, pues contribuyen a la formación de la convicción judicial acerca de la credibilidad que se vaya a atribuir al testigo. Sin embargo, no puede ignorarse que las preguntas generales de la ley tienen una naturaleza radicalmente distinta de la que tienen las demás preguntas a que puede ser sometido un testigo. En efecto, en las demás preguntas, el testigo declara sobre aquello que ha percibido por los sentidos; en las generales de la ley no se trata de una percepción sensorial, sino de un juicio de valoración, en ocasiones nada sencillo, que admite matices y que desde luego no siempre puede simplificarse en términos de verdad o falsedad.

dena, tras producirse efectivamente y ser inscrita en el Registro Central de Penados y Rebeldes, fue más adelante cancelada. Esto es, si se dictó un acto administrativo en cuya virtud se privó a los antecedentes inscritos de su incidencia efectiva. La consecuencia de este acto se conocía tradicionalmente como “rehabilitación”,⁷ expresión que, sin embargo, en el Derecho vigente ha sido prácticamente sustituida por la, meramente descriptiva, de “cancelación de antecedentes penales” (arts. 136 y 137 CP). Para valorar de modo concreto el alcance de esta figura, es preciso partir de los efectos reales de los antecedentes penales sobre la vida de un sujeto que hubiera sido en su día condenado penalmente. Al respecto, es cierto que el art. 73 de la Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria, establece que

1. El condenado que haya cumplido su pena y el que de algún otro modo haya extinguido su responsabilidad penal deben ser plenamente reintegrados en el ejercicio de sus derechos como ciudadanos.
2. Los antecedentes no podrán ser en ningún caso motivo de discriminación social o jurídica.

2. A pesar de tal declaración, la realidad es que la mención de los antecedentes del sujeto en el Registro Central de Penados no sólo produce efectos jurídico-penales (sobre la prisión preventiva, sobre la no suspensión ni sustitución de penas privativas de libertad, sobre la individualización judicial de la pena del reincidente, etc.).⁸ Además, despliega claros efectos de disminución del *status* jurídico de ciudadanía del afectado, impidiéndole el acceso a funciones, prestaciones y otros concursos públicos, la obtención de autorizaciones y, de hecho, el ejercicio de múltiples profesiones.⁹ Pues bien, con la cancelación de los antecedentes penales debe extinguirse hasta el último de los efectos discriminatorios que tiene la condena sobre el sujeto afectado por ella. Esto hace que sus consecuencias sean determinantes: devolver al que fue penado la plenitud de su *status* de ciudadanía y, con ello, la capacidad ilimitada de acceso a cuales-

quiera profesiones, funciones públicas, procedimientos de contratación, autorizaciones, etcétera.¹⁰

3. Precisamente porque ésta es la única forma de garantizar la eficacia real de esa plenitud —y no reducirla a un mero postulado teórico— resulta plausible la conclusión de que en el Derecho español vigente los antecedentes penales, una vez cancelados, pertenecen a la esfera de la privacidad del sujeto. En esa medida, debe afirmarse que ni otros particulares ni ninguna Administración pública tienen derecho a conocer los antecedentes penales de una persona condenada, una vez que se ha llevado a cabo, de oficio o a instancia de parte, el procedimiento de cancelación. Esto es lo que explica la prohibición de emitir certificados de notas canceladas que recae sobre el Registro Central de Penados y Rebeldes.

4. Un examen de la normativa vigente en España, tanto antes como después de 1995, confirma la afirmación sentada en el párrafo anterior. En primer lugar, y a propósito de los antecedentes penales todavía vigentes, el art. 118 CP 1973 señalaba que:

Las inscripciones de antecedentes penales en el Registro Central de Penados y Rebeldes no serán públicas. Durante su vigencia sólo se emitirán certificados con las limitaciones y garantías previstas en sus normas específicas y en los casos establecidos por la Ley.

Si con respecto a los antecedentes en vigor el criterio era uno de publicidad restringida, en lo que hace a los cancelados la regla pasaba a ser su carácter generalmente reservado, su consideración como pertenecientes al ámbito de privacidad del sujeto.

5. Es verdad que esta regla tenía y tiene una excepción: la accesibilidad de los antecedentes cancelados a las peticiones de Jueces y Tribunales, que establece el Real Decreto 2012/1983, de 28 de julio, sobre Cancelación de Antecedentes Penales. En efecto, dicho Real Decreto, en su artículo 6, dispone que “El Registro Central de Penados y Rebeldes no podrá certificar de las notas canceladas, excepto cuando lo soliciten los Jueces y Tribunales, haciéndose constar expresa-

⁷ Cfr. Camargo Hernández, *La rehabilitación*, Barcelona 1960, p. 22. Su primera manifestación fue la *restitutio in integrum* del Derecho romano. Véase en Garraud, *Traité du Droit pénal français*, II, 3ª ed., Recueil Sirey, París, 1914, n.º marg. 771 y ss.

⁸ Mapelli Caffarena, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4ª ed., Arazandi, Madrid, 2005, p. 394.

⁹ Cfr., por ejemplo, Landrove Díaz, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2005, pp. 146 y 147.

¹⁰ Cfr., para el Derecho italiano, Mantovani, *Diritto penale. Parte Generale*, 4ª ed., Cedam, Padua, 2001, pp. 872 y ss.; Marinucci /Dolcini, *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, Giuffrè, Milán, 2004, pp. 446 y ss. Para el Derecho francés, Pradel, *Droit pénal général*, 12ª ed., Cujas, París, 1999, pp. 726 y 727.

mente su cancelación”¹¹. Sin embargo, incluso tal excepción había sido y sigue siendo objeto de críticas por parte de la doctrina mayoritaria.¹² Según ésta, se trata de una disposición inconstitucional, por vulnerar, al menos, los artículos 14, 25.1 y 25.2 de la Constitución Española, relativos a la igualdad entre todos los ciudadanos, al principio de legalidad —en su dimensión de legalidad de las penas y de proporcionalidad— y a la orientación resocializadora de la ejecución de las penas. En efecto, mediante dicha disposición se generaba el riesgo de que los antecedentes, aun cancelados, tuvieran algún efecto discriminatorio en el ámbito judicial, contravieniéndose la finalidad explícita de su cancelación y de la consiguiente rehabilitación.

6. De todos modos, debe indicarse que para los supuestos en que la condena había sido suspendida condicionalmente e inscrita en la Sección Especial del Registro, el art. 85.2¹³ del Código penal de 1995 era mucho más categórico:

Transcurrido el plazo de suspensión fijado sin haber delinquirido el sujeto, y cumplidas, en su caso, las reglas de conducta fijadas por el Juez o Tribunal, éste acordará la remisión de la pena, ordenando la cancelación de la inscripción hecha en la Sección especial del Registro Central de Penados y Rebeldes. Este antecedente penal no se tendrá en cuenta a ningún efecto.

7. En suma: Con respecto a los antecedentes penales cancelados, el Derecho español parte del criterio de que deben someterse a un principio de reserva (*non disclosure*), de modo que no cabe informar sobre ellos. Existe una excepción —criticada por la doctrina— relativa a los casos en que los Jueces o Tribunales los reclaman. De todos modos, por lo que hace a los antecedentes cancelados derivados de una condena sometida a suspensión condicional la regla se mantiene: “[...] no se tendrán en cuenta a ningún efecto”. Todo ello, como se verá, despliega efectos claros sobre la consideración de si existe o no un deber de declarar del particular sobre sus antecedentes cancelados como “condenas”, que constituya el sinálgama de un supuesto derecho a conocer de las Administraciones públicas. La respuesta ha de ser negativa.

El particular tiene derecho a no declarar sobre tales condenas “históricas” como condenas “normativas”. De modo que la afirmación de “no haber sido condenado” sería falsa en términos históricos, pero cierta en términos jurídico-normativos.

2.2. La doctrina de los Tribunales españoles

1. La jurisprudencia de los Tribunales españoles acoge con claridad el punto de vista que se ha expuesto. Así, a propósito del caso de una solicitud de licencia de armas, que había sido denegada por la Administración competente, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 9 de junio 1988, ponente De Oro-Pulido y López-Armas, indicaba de forma diáfana el efecto que la cancelación de antecedentes penales ha de tener frente a las Administraciones públicas:

[...] la carencia de nota de antecedentes penales en el Registro Central de Penados y Rebeldes, aunque sea como efecto de la oportuna cancelación de la causa que se le siguió y de la condena que se le impuso, debe operar con plenitud de efectos si no se quiere dar al traste con la propia razón de ser de la cancelación [...]

Y ello porque

la condena por un hecho delictivo cometido hace aproximadamente diez años no puede ser en todo caso causa determinante de tal denegación, si consta claramente que con su conducta posterior se ha rehabilitado ante la sociedad y la Ley, lo que se acredita por la cancelación de antecedentes penales así como por los informes obrantes en las actuaciones, por lo que, al no existir razón válida que justifique la privación a un ciudadano de un derecho que le asiste para practicar el deporte de la caza, debe desestimarse el recurso interpuesto por la Administración.

2. Por su parte, la Sentencia de la misma Sala, de fecha 16 de marzo de 1999, ponente Xiol Ríos, insistía en que los antecedentes cancelados, “por razones de seguridad jurídica, no pueden ser tenidos en cuenta”. Concretamente:

¹¹ Indicación ésta que se contenía también en el inciso último del párrafo penúltimo del art. 118, 3º CP 1973.

¹² Cfr. Grosso Galván, “Los antecedentes delictivos”, *Documentación Jurídica*, 37/40, vol. 1, enero-diciembre de 1983, pp. 267 y ss., 306 y 307; Baeza Avallone, “La rehabilitación”, en Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios a la legislación penal*, tomo V, *La reforma del Código Penal de 1983*, vol. I, Edersa, Madrid, 1985, pp. 565 y ss., 595; Mapelli Caffarena, *Las consecuencias jurídicas...*, op. cit., p. 394.

¹³ Este apartado ha sido también derogado por la Ley Orgánica 15/2003.

[...] es doctrina reiterada de esta Sala que la cancelación de los antecedentes penales impide que las conductas que determinaron los mismos puedan ser tenidas en cuenta para denegar los permisos administrativos o licencias necesarias para el ejercicio de actividades que requieran que el solicitante cumpla el requisito de buena conducta [...]

Más aún:

[...] no puede ser limitado a un ciudadano español o residente legalmente en España, el ejercicio de los derechos reconocidos en las leyes por unos antecedentes penales cancelados y que por tanto no existen en el mundo jurídico, dado que la cancelación implica su eliminación a todos los efectos.

La propia Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha reiterado esta idea en su sentencia de 12 de noviembre de 2002, ponente González Navarro.

2. En el periodo intermedio entre las sentencias del Tribunal Supremo que, a mero título de ejemplo, han sido citadas, la misma idea había pasado a integrar la doctrina sostenida por el Tribunal Constitucional, a propósito de casos —especialmente delicados— de acceso a la carrera judicial; en ellos, se subraya, “no han de perpetuarse en el tiempo los efectos de conductas pasadas que ya no existen para el mundo del Derecho”. A este respecto, la Sala Segunda del Alto Tribunal, en sus sentencias 174/1996, de 11 de noviembre, y 206/1996, de 16 de diciembre, ponente De Mendizábal Allende, resaltó, precisamente, que el establecimiento de una diversidad de tratamiento entre quienes no hubieran sido nunca condenados penalmente y quienes, habiéndolo sido, hubieran obtenido luego su rehabilitación, incurriría en una discriminación vulneratoria de los arts. 14 y 23.2 de la Constitución. Ello —se insiste— chocaría además con el artículo 25 de la Constitución y, en esa medida, con el principio de legalidad y con la finalidad trascendente de reinserción social de las penas, pues no se puede “mantener socialmente estigmatizada a una persona que cumplió las consecuencias derivadas de su infracción penal”.

3. Sin embargo, probablemente es todavía más ilustrativo el contenido de la Sentencia del Tribunal Constitucional 144/1999, de 22 de julio, ponente De Mendizábal Allende. En ella se señala taxativamente que todas las anotaciones contenidas en el Registro Central de Penados y Rebeldes forman parte del ám-

bito específico de la intimidad personal, quedando sometidas a las garantías y los límites que establecen el art. 105 b) de la Constitución Española y el art. 2.3 c) de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, además de las normas contenidas en el Convenio Europeo para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal de 28 de enero de 1981, ratificado por España el 27 de enero de 1984. Esto significa, en primer lugar, que desde luego no cabe acceder a los datos del Registro salvo cuando así lo disponga una norma con rango de Ley. Pero, en segundo lugar, que, aunque así fuera, el acceso sólo estará justificado cuando responda a algunas de las finalidades a las que obedece la existencia del Registro. A este respecto, la ley autorizante del acceso debería establecer los límites, así como los términos en que esos límites pueden hacerse valer.

4. En lo que aquí interesa puede concluirse, pues, que los antecedentes penales cancelados pertenecen de modo intensamente cualificado al ámbito protegido por el derecho fundamental a la intimidad (art. 18 de la Constitución Española). Una pretensión ordenada a obligar a un ciudadano a que declare sobre sus antecedentes cancelados chocaría, pues, de modo frontal con las garantías constitucionales básicas.

2.3. *Los Derechos europeos*

1. Lo anterior configura un marco jurídico en el que, desde luego, cabe concluir que, una vez producida la cancelación de antecedentes el delito cometido y la condena impuesta no pueden utilizarse ni en contra ni en perjuicio del afectado. Pero también un marco jurídico en el que el condenado tiene derecho a negar su condena, así como el hecho que dio lugar a ella, frente a cualquiera, incluso en declaraciones juradas. Pues si los antecedentes cancelados no pertenecen al mundo del Derecho (verdad normativa), sino a la esfera íntima de la persona (verdad histórica), entonces el sujeto al que se refieren no puede ser preguntado jurídicamente por ellos. Y si es preguntado, puede negar su existencia. Carecería, en efecto, de sentido que el Registro Central de Penados no pudiera emitir certificados sobre tales antecedentes, que el Estado no informara sobre ellos en sus relaciones de cooperación internacional y que, en cambio, el ciudadano pudiera ser interrogado jurídicamente al respecto, debiendo contestar.

2. Este criterio guarda, por lo demás, exacto paralelismo con lo que se establece en otros ordenamientos jurídicos europeos, de forma absolutamente explícita.¹⁴ Y es que, en efecto, sólo así tiene lugar el *rétablissement dans le premier état*,¹⁵ el restablecimiento del sujeto en la plenitud de derechos ciudadanos, entre ellos el honor y la intimidad (art. 18 de la Constitución Española), que es precisamente lo que pretende la institución que comentamos.

3. En el caso alemán, la normativa aplicable al caso es la comprendida en la *Gesetz über das Zentralregister und das Erziehungsregister (BZRG)* de 18 de marzo de 1971. En su § 53, relativo al deber de declaración sobre condenas, se establece lo siguiente:

(1) El condenado puede declararse no condenado y no tiene que revelar el supuesto de hecho subyacente a la condena, siempre que ésta

1. no sea de las que deben consignarse en el certificado de buena conducta ni en un certificado de conducta conforme al § 32, apartados 3 y 4, o bien

2. haya de ser cancelada.

(2) En la medida en que órganos judiciales o autoridades administrativas tengan derecho a una información ilimitada, el condenado no puede esgrimir frente a ellos un derecho derivado del apartado (1) 1, siempre que se le den explicaciones al respecto.

4. Como puede observarse, tratándose de antecedentes cancelados rige de modo absoluto el derecho del sujeto en su día condenado a no declararse como tal y a no revelar tampoco el supuesto de hecho que en su día dio lugar a la condena. De ahí que el § 51 *BZRG* indique también que, una vez cancelados, los antecedentes penales no pueden ser opuestos al afectado en el tráfico jurídico, ni tampoco ser objeto de valoración alguna en su contra. Las únicas excepciones que existen con respecto a esto último tienen que ver exclusivamente con la Seguridad Interior del Estado (§ 52 *BZRG*).

5. Algo no muy distinto sucede en Italia y en Francia. En el primero de los países mencionados, y en virtud del Decreto de la Presidencia de la República núm. 313, de 14 de noviembre de 2002, se establecía el *Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di casellario giudiziale, di anagra-*

fe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dei relativi carichi pendenti. En éste se excluyen de cualquier género de certificación los datos relativos a los antecedentes penales cancelados, así como, en los casos en que tal cancelación no hubiera tenido todavía lugar, los relativos a condenas por hechos que la ley ha dejado de considerar delictivos (arts. 24 y 25). En cuanto al caso francés, en éste cabe hablar, asimismo, de efectos determinantes de la rehabilitación, tanto si ésta es legal (o de pleno derecho) como si es judicial (resultante de la estimación de la demanda del afectado). Tanto en una como en otra modalidad, el resultado es que la condena queda eliminada del Registro —el *casier judiciaire*— (arts. 769 y 769-2 del *Code de procédure pénale*). Pero, además, se prohíbe a cualquier persona que, con ocasión de sus funciones, pueda llegar a tener conocimiento del pasado penal del interesado, que proceda a recordar su existencia, en la forma que sea, o bien haga mención de ello en cualquier documento (art. 133-10 y ss. del *Code pénal*; arts. 782 y ss. del *Code de procédure pénale*).

6. Una regulación algo distinta se contiene sólo en el Derecho británico, contenido en la *Rehabilitation of Offenders Act* de 1974 (modificada en alguno de sus extremos por normas posteriores). Según ésta, salvo algunas especialmente graves, todas las condenas —una vez transcurrido el periodo de rehabilitación— pueden considerarse canceladas (*spent*) y ser ignoradas, aun cuando permanezcan físicamente en el *Police National Computer*. Ello implica, para la Administración pública, que la información relativa a ellas haya de considerarse confidencial, existiendo por tanto un deber de reserva (*duty to non disclosure*). En el caso del ciudadano afectado ello significa, como regla, que tiene derecho a no declarar sobre tales condenas canceladas (*a person does not have to disclose a spent conviction*). No obstante, este principio cuenta con un amplio número de excepciones que han propiciado que exista una fuerte crítica a la regulación británica de la institución de la rehabilitación. Así, con ocasión del acceso a determinadas profesiones, puede exigirse que se revelen incluso los antecedentes cancelados, aunque deba explicarse por qué, y, si no se hace, ello puede determinar la exclusión del solicitante del procedimiento correspondiente. La mayor parte de los ca-

¹⁴ Cfr., para el Derecho penal alemán, Jescheck/Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Dunker & Humblot, Berlín, 1996, § 87, IV, 2. Asimismo, la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 27 de noviembre de 1973 (BverfGE 36, 174, 184 y ss.); Creifelds, "Straftilgung und Verwertungsverbot", en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1974, pp. 129 y ss.

¹⁵ Pradel, *Droit pénal comparé*, 2ª ed., Cujas, París, 2002, p. 737.

sos en que existe una expectativa de declaración sobre antecedentes cancelados tiene que ver con la seguridad pública o la de los ciudadanos. Pero debe significarse que ello tiene lugar también a propósito de la solicitud de licencias para determinadas actividades.

7. En cualquier caso, al dejar constancia de la regulación británica, que, en la práctica, supone la anulación de la relevancia de la cancelación de antecedentes en buen número de casos, procede subrayar su radical discrepancia con lo que se ha observado en los regímenes de tradición latina y germánica y su más que discutible compatibilidad con el marco legal europeo. A este respecto es importante dar cuenta de los resultados del documento sobre “listas negras”, elaborado por el grupo de trabajo creado en virtud del art. 29 de la Directiva 95/46/CE y que cumple las funciones de órgano consultivo independiente de la UE sobre protección de los datos y vida privada.¹⁶ En el aspecto que aquí nos interesa especialmente, el relativo a los registros relativos a infracciones criminales, el Documento (p. 7) señala que:

[...] especial atención debe prestarse al derecho de rectificación y cancelación de oficio o automática de los datos del afectado, transcurrido el tiempo legalmente establecido y arbitrando para ello los distintos mecanismos que lo posibiliten, faciliten y agilicen, ya que la permanencia de información referida a una persona en estos ficheros más allá de los periodos legalmente establecidos puede acarrearle consecuencias perjudiciales.

Ello es especialmente relevante en los casos de existencia de sentencias absolutorias, prescripción de la responsabilidad o rehabilitación. La conservación de tales datos carecería de finalidad.

Por tanto, puede afirmarse que los Derechos europeos, con la excepción del británico, avalan las conclusiones alcanzadas hasta el momento.

2.4. *La postura del Reino de España en sus relaciones internacionales*

1. La posición desarrollada en los apartados anteriores, según la cual los antecedentes cancelados no pertenecen al mundo del Derecho (verdad normati-

va), sino a la intimidad del sujeto (verdad histórica o fáctica), no sólo se halla asentada en las leyes españolas, en la doctrina de los Tribunales españoles y, en general, en los Derechos europeos. Asimismo, puede afirmarse que constituye la posición oficial del Reino de España como Estado, en sus relaciones internacionales. A mero título de ejemplo, puede mencionarse el caso del Convenio de 12 de octubre de 1984 sobre Comunicación de Antecedentes Penales e Información sobre Condenas Judiciales por tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Dicho Convenio fue, ciertamente, ratificado por España mediante instrumento de 11 de abril de 1989. Sin embargo, dicha ratificación tuvo lugar con una reserva, a saber, que “España se reserva el derecho a no facilitar información en cuanto a antecedentes penales cancelados en el caso de ciudadanos españoles”.

2. Ello no constituye una excepción. Esta misma cláusula, referida de modo general a antecedentes cancelados por cualquier delito, figura, asimismo, como reserva al art. 22 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, de 20 de abril de 1959, ratificado por España en 1982. Todo lo cual resulta coherente con la idea de que los antecedentes cancelados han de carecer de significado jurídico alguno. Si carecen de significado jurídico, lo procedente es no suministrar siquiera información sobre ellos.

2.5. *Conclusión*

1. A partir de lo anterior, se advierte como razonable que la honorabilidad eventualmente necesaria para el acceso a determinadas profesiones, o bien para la intervención en licitaciones públicas, se estime suficientemente acreditada mediante la aportación de un certificado de antecedentes penales¹⁷ o documento equivalente, de contenido negativo. No debe ser necesaria ninguna manifestación adicional sobre hechos que, de mantener su relevancia, ya constarían en dicho certificado.¹⁸ Incluso la Ley española 68/1980, de 1º de diciembre, sobre expedición de certificaciones e informes de buena conducta ciudadana, señala, en su art. 1º, que éstos consistirán en la mera certificación de antecedentes penales, complementada con una

¹⁶ El documento fue dado a conocer en Bruselas el 3 de octubre de 2002 y puede hallarse en <http://europa.eu.int/comm/privacy>.

¹⁷ Cfr. Bueno Arús, “El Registro de Antecedentes Penales”, *Cuadernos de Derecho Judicial XV. La ejecución de la sentencia penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pp. 463 y ss., 506 y ss. Aun la exigencia de tal certificado se considera, por muchos autores, inconstitucional (p. 520).

¹⁸ Cfr., a título de ejemplo, el art. 7.1 del Real Decreto 438/1992, de 30 de abril, que desarrolla la Directiva del Consejo de las

declaración. La cuestión es cuál debe ser el contenido de dicha declaración. Pues bien, según el art. 2.1 de la referida Ley,

La declaración complementaria a que se refiere el artículo anterior expresará:

- a) Si se encuentra inculcado o procesado¹⁹
- b) [...] ²⁰
- c) Si ha sido condenado en juicio de faltas
- d) Si en los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de la declaración se le ha impuesto sanción gubernativa como consecuencia de expediente administrativo sancionador por hechos que guarden relación directa con el objeto del expediente en el que se exija la certificación o informe de conducta.

Esto es, ninguna declaración sobre aspectos que, de seguir siendo jurídicamente relevantes, se mencionarían en el certificado de antecedentes penales.

2. Por tanto, si un ciudadano fue en su día condenado, obtuvo luego la cancelación²¹ de los antecedentes penales derivados de tal condena y, más tarde, es preguntado sobre si ha sido condenado o procesado, tiene derecho a responder que no. Pues, aunque dicha manifestación sea falsa en términos de correspondencia con una realidad histórica, resulta veraz conforme a la realidad normativamente establecida. Dicha realidad, establecida por la legislación, la doctrina y la jurisprudencia españolas, por la posición adoptada por España en sus relaciones internacionales y por el Derecho comparado europeo, excluye las condenas cuyos antecedentes fueron cancelados del mundo de las relaciones sociales así como del de las relaciones entre el ciudadano y la Administración pública. Por tanto, a la declaración, en tales casos, en el sentido de no haber sido condenado no puede asociarse ninguna consecuencia jurídica negativa.

Comunidades Europeas de 12 de enero de 1967, relativa a la realización de la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios para las actividades no asalariadas.

¹⁹ Obsérvese que ello se refiere a si el sujeto se encuentra en el momento concreto de la declaración en una de esas situaciones.

²⁰ Derogado por la disposición del art. 137 CP.

²¹ Todo ello vale *a fortiori* para aquellos casos en los que más bien debería afirmarse que nos hallamos ante una “eliminación” de los antecedentes penales. Esta figura es la que se produce, según indicaba ya la Real Orden de 5 de diciembre de 1892, organizadora del Registro central y nunca derogada, cuando la nota de antecedentes se refiera a “hechos que, por efecto de una revisión del Código penal o Leyes especiales, dejaren de constituir delito” (art. 10.3). Por lo demás, la misma idea aparecía reiterada en la Circular 3/ 1976, de 13 de agosto, de la Fiscalía del Tribunal Supremo, al indicar que, desaparecida la naturaleza delictiva del hecho, “deberán borrarse y quedar sin ningún efecto todas las menciones de la condena penal, igual que si ésta no hubiera llegado a dictarse”.



Instituto Nacional de Ciencias Penales
Universidad de Huelva
Universidad de Salamanca
Universidad Pablo de Olavide
Universidad de Castilla-La Mancha
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal
Editorial Ubijus