

7.1. NECESIDAD DE EVITAR EL EFECTO DISCRIMINATORIO DE LOS ANTECEDENTES PENALES

La preocupación de esta institución por aquellas personas y colectivos que encuentran especiales dificultades para acceder, en condiciones de igualdad, al disfrute de los bienes sociales es constante. En particular, el conocimiento de la problemática por la que atraviesa la persona que ha sufrido una condena penal ha llevado al Ararteko a analizar las consecuencias restrictivas de los antecedentes penales en el ejercicio de algunos derechos.

1- Antecedentes penales y reinserción social

En un Estado de Derecho, la sanción penal es un mal -una restricción de derechos- con el que la sociedad responde a quien ha realizado un hecho que las leyes prohíben por considerarse perjudicial para la comunidad.

Aunque no se ha alcanzado -y quizás no resulte posible- un acuerdo sobre cuáles son los fines que la sociedad persigue mediante la imposición de las penas, existe cierto consenso básico sobre la idea de que un Estado democrático no puede castigar buscando la realización de un ideal de Justicia, sino que la imposición de una sanción ha de pretender la prevención de futuros delitos.

En este sentido, la Constitución recoge, entre los derechos fundamentales de la persona, el principio de que las penas deben orientarse hacia la reinserción social de quien ha delinquido. Ciertamente, esa declaración sólo hace referencia expresa a la pena privativa de libertad y, asimismo, el significado de los conceptos empleados -«*reeducación y reinserción social*»- dista de ser pacífico. No obstante, puede aceptarse que el contenido mínimo del derecho proclamado por la Norma Fundamental consiste en la garantía de que la persona que ha infringido la ley sigue siendo miembro de la comunidad, goza de sus derechos fundamentales -a excepción de los afectados por la condena-, y no debe ser objeto de privaciones o perjuicios diferentes de los establecidos en la Ley como sanción del delito. Dicho de otro modo, la Administración tiene la obligación de establecer los mecanismos necesarios para evitar o contrarrestar los efectos nocivos que puedan derivar de la propia ejecución de la pena y que, desde el momento en que exceden del contenido de la sanción, carecen de justificación.

A nadie se le oculta que la idea expuesta refleja más una aspiración que una realidad. En la actualidad, el mero hecho de haber sido condenado por un delito

y, en particular, la circunstancia de haber estado privado de libertad supone un estigma que produce discriminación, y, a menudo, agrava otros factores de marginalización o de exclusión ya existentes. Por este motivo, parece que el mandato constitucional «*las penas (...) estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social*»- no sólo obliga a crear un sistema penitenciario que no produzca desarraigo ni otras consecuencias negativas para la persona, sino que, además, crea el deber de la Administración pública de conjurar y anular las inercias y prejuicios existentes en el cuerpo social que dificultan la reinserción de los penados.

En realidad, la mencionada obligación constituye una mera concreción del deber general que incumbe a todos los poderes públicos de promover las condiciones para que la igualdad entre las personas sea real y efectiva. En esta línea y centrándonos en el objeto de esta reflexión, es preciso mencionar lo dispuesto en la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP). Tras reiterar, en su artículo 1º, que en la reinserción social reside el fin primordial de las instituciones penitenciarias, el art. 73 de la Ley establece:

- «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».

Parece obvio que la disposición mencionada pretende generar una garantía, un medio, para el logro del objetivo de reinserción. Y su texto resulta tan contundente que -como se ha advertido (ver, entre otros, B. MAPELLI, *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, p. 319)- su aplicación conllevaría la desaparición misma de los antecedentes penales. Seguramente la voluntad del legislador no iba tan lejos, aunque sí pretendiese limitar las consecuencias de la previa conducta delictiva al ámbito estrictamente penal.

En este sentido, se admite la licitud de los efectos penales de los antecedentes y, de hecho, el nuevo Código penal sigue recogiendo la reincidencia entre las circunstancias que agravan la responsabilidad penal. A pesar de las numerosas y fundadas voces que se alzaron cuestionando la persistencia de esa agravante, el Legislador de 1995 la ha mantenido y, si bien ha reducido su ámbito de aplicación, ha confirmando la obligatoriedad de su apreciación.

Los argumentos en los que se ha pretendido basar la inconstitucionalidad de esa figura poseen notable entidad. La sentencia del 150/91, de 4 de julio, del Tribunal Constitucional (TC) analiza, entre otros, los referidos a la posible contradicción con los principios de culpabilidad por el hecho y de proporcionalidad de la pena, así como la eventual vulneración del principio de igualdad o de prohibición de doble sanción por un mismo hecho. A pesar de que el Alto Tribunal reconoce falta de unanimidad respecto al fundamento de la agravante, rechaza su incompatibilidad con las disposiciones de la Norma Fundamental.

Por tanto, la comisión anterior de un delito de la misma naturaleza sigue siendo tenida en cuenta por los tribunales en el momento de individualizar la

pena correspondiente al autor. No obstante, el mantenimiento de la reincidencia como circunstancia agravante de la responsabilidad penal no significa que el mencionado art. 73.2 LOGP haya quedado vacío de contenido. Por el contrario, supone la excepción: el único efecto admisible -aunque controvertido- de la conducta ya sancionada del sujeto.

Es más, el reconocimiento de que los antecedentes penales suponen un serio obstáculo para la rehabilitación ha provocado una evolución histórica caracterizada por la reducción -lenta pero progresiva- de sus efectos. A la cada vez más estricta delimitación de la agravante de reincidencia, se une -desde 1983- la imposibilidad de apreciarla cuando los antecedentes estuvieren cancelados o hubieren podido serlo.

2- Disposiciones legales relativas a los efectos de los antecedentes penales

Paradójicamente, la tendencia reductiva observada dentro del ámbito penal no resulta generalizable. El criterio establecido por el citado art. 73.2 LOGP ha sido expresamente contrariado por varias normas legales posteriores, de las cuales sólo unas pocas tienen rango de ley orgánica (LO). Así, la LO 6/1985, del Poder Judicial, incorpora como causa de incapacitación para el ingreso en la Carrera Judicial la de haber sido condenado por delito doloso mientras no se haya obtenido la rehabilitación.

Por su parte, la LO 8/1985, reguladora del Derecho a la Educación, establece en su art. 21.2 b) que no podrán ser titulares de centros docentes privados «*quienes tengan antecedentes penales por delitos dolosos*».

Aunque las mencionadas disposiciones, por su generalidad y contundencia, pueden resultar cuestionables, la importancia de las funciones profesionales a las que se refieren y el indudable componente ético-social de las mismas podría justificar la toma en consideración de anteriores comportamientos delictivos.

En este sentido, la sentencia 77/1985, de 27 de junio, en la que el TC examina la constitucionalidad de la Ley Orgánica Reguladora del Derecho a la Educación (LODE), pone de relieve que el requisito de carecer de antecedentes se justifica en razón del objetivo perseguido por la educación -«*el pleno desarrollo de la personalidad humana*», según el art. 27.2 CE-, siendo la prohibición establecida una garantía para la consecución de dicho objetivo. El TC señala a continuación que se trata de una restricción de derechos fundada que, además, está establecida en una ley orgánica lo que, a contrario, da a entender que ese es el único mecanismo legal que permite asociar efectos limitadores de derechos a los antecedentes penales.

Por ello, no resulta clara la justificación de las limitaciones que afectan al ejercicio de otras profesiones y que han sido creadas por leyes ordinarias posteriores a la sentencia citada. Así, por ejemplo, la Ley 19/1988, de Auditoría de Cuentas, señala como requisito para poder ejercer como auditor el carecer de antecedentes penales por delitos dolosos (art. 7.1). Sin cuestionar la entidad de

la citada función ni la conveniencia de que quien la ejerza presente una probidad fuera de dudas, parece que los principios que orientan el ordenamiento jurídico -entre otros, el principio de igualdad, de legalidad de las sanciones y el de reinserción social de quien ha delinquido- deben prevalecer sobre otros planteamientos, a menudo surgidos de prejuicios sociales y morales, inaceptables en una sociedad plural.

El argumento anterior se refuerza con la constatación de que únicamente carecen de aptitud para ingresar en el notariado «*los que se hallaren inhabilitados para el ejercicio de funciones públicas, como consecuencia de sentencia firme*» (Reglamento notarial, art. 7.2).

En el mismo sentido, el Estatuto General de la Abogacía exige como requisito para ejercer como abogado el carecer de antecedentes penales que «*inhabiliten para el ejercicio profesional*». Aunque la redacción no es todo lo precisa que sería de desear, ha de entenderse en el sentido de que la persona no sufra inhabilitación por encontrarse cumpliendo una condena que la establezca. Este es el contenido de la exigencia planteada por la legislación de régimen local cuando -en el art. 135 del RD Legislativo 781/1986- señala que para el acceso a la Función Pública local será necesario no haber sido separado, mediante expediente disciplinario, del servicio a alguna administración, ni hallarse inhabilitado para el ejercicio de funciones públicas. La misma disposición se recogía ya en el Decreto 315/1964, por el que se aprueba la ley articulada de funcionarios civiles del Estado.

Idéntica filosofía se percibe en la legislación sobre caza, por mencionar un ámbito distinto al de las ocupaciones profesionales. El Decreto 506/1971 establece que no se concederá licencia de caza a quienes estén inhabilitados para obtenerla por sentencia firme que así lo disponga.

Otras disposiciones normativas parten de un enfoque diferente y no derivan efectos automáticos de la mera existencia de antecedentes penales, sino que consideran los mismos como un indicio de peligrosidad que debe ser valorado en cada caso concreto. Es lo que ocurre en el Reglamento de Armas (RD 137/1993) cuando exige para la expedición de la licencia de armas la presentación del certificado de antecedentes penales. Sin embargo, reiterada jurisprudencia exige la comprobación individualizada de la concurrencia de razones objetivas para la denegación, no bastando la mera existencia de anteriores condenas penales (ver, por ejemplo, las sentencias del TS de 05-02-96 ó 07-05-92). No se ignora que, en otros supuestos, los meros «*antecedentes de conducta*» imposibilitan la obtención de la licencia, lo que podría dar lugar al deslizamiento de algunas valoraciones puramente morales en el juicio sobre la idoneidad de la persona.

Puesto que el pronóstico sobre la conducta futura de una persona entraña siempre dificultades insoslayables, parece que sería conveniente que el juicio sobre la peligrosidad de un sujeto que ha cometido un delito se realizase en el mismo proceso en que se enjuicia éste, estableciendo, si el tribunal lo considera pertinente, las medidas de seguridad adecuadas, de modo que se incrementen las garantías observadas para tomar una decisión que, en su contenido, supone una restricción de la libertad personal.

Hay que tener en cuenta, además, que el nuevo Código penal no sólo ha mantenido sino que, incluso, ha incrementado la aplicación de las penas de inhabilitación y suspensión, por lo que aquellos supuestos en los que resulte conveniente impedir a la persona la realización de una actividad quedan cubiertos por el propio contenido de la pena, sin que sea preciso recurrir a una medida de seguridad y, mucho menos, a otorgar a los antecedentes penales efectos limitadores.

Desde este punto de vista, no resulta fácilmente comprensible la regulación que la Ley 16/1987 de Ordenación de los Transportes Terrestres realiza de las condiciones de carácter personal para el ejercicio profesional. Además de condiciones de capacitación, habla de requisitos de honorabilidad, lo que, de entrada, supone una terminología inaceptable. En desarrollo de la Ley, el art. 37 del RD 1.211/1990 dice:

«Se entenderá que poseen el requisito de honorabilidad las personas en quienes no concurra ninguna de las circunstancias siguientes:

- a) Haber sido condenadas, por sentencia firme, por delitos dolosos con pena igual o superior a prisión menor, en tanto no hayan obtenido la cancelación de los antecedentes penales.*
- b) Haber sido condenadas, por sentencia firme, a las penas de inhabilitación o suspensión, salvo que se hubieran impuesto como accesorias y la profesión de transportista no tuviera relación directa con el delito cometido, durante el tiempo por el que se hubiera impuesto la pena.*
- c) Haber sido sancionadas de forma reiterada, por resolución firme, por infracciones muy graves en materia de transporte de conformidad con lo previsto en el artículo siguiente.*
- d) Incumplimiento grave y reiterado de las normas fiscales, laborales y de Seguridad Social.»*

La interpretación del texto debe adaptarse a la reforma efectuada por el Código penal de 1995 pero, en cualquier caso, su redacción sigue siendo confusa y, en algunos aspectos, no quedan debidamente justificadas las exigencias que incorpora. Aceptando -como es lógico- la necesidad de que las personas que se dedican al transporte por carretera acrediten una idoneidad personal para realizar una actividad objetivamente peligrosa, no se entiende por qué la mera existencia de antecedentes, cualquiera que sea la naturaleza de la infracción penal, incide en dicha idoneidad.

3- Especial referencia a la Ley del Juego del País Vasco y a otras disposiciones de la CAPV relativas a los antecedentes penales

Como síntesis de lo que hasta aquí se ha expuesto, debe recalcar la prevalencia de los principios constitucionales de igualdad de trato y de la finalidad de

reinserción perseguida por las penas. Ambos principios se conjugan y se concretan en la disposición contenida en el art. 73.2 LOGP, según el cual los antecedentes penales no pueden ser en ningún caso motivo de discriminación. Únicamente cuando la relevancia de la específica función social lo justifique se pueden tener en cuenta las condenas penales de que la persona haya sido objeto. Pero estos supuestos -siempre excepcionales- deben articularse mediante ley orgánica, puesto que el requisito de carecer de antecedentes para realizar una actividad o profesión supone un evidente recorte de la libertad individual.

a) **La normativa vasca sobre la actividad del juego**

Frente al planteamiento anterior, la Ley 4/1991, reguladora de la actividad del juego en la CAPV, impide la obtención de la autorización necesaria para la práctica y organización de los juegos a quien haya «*sido condenado mediante sentencia firme por delitos de falsedad, contra la propiedad o contra la Hacienda Pública, dentro de los cinco años anteriores a la fecha de autorización*». Esta prohibición, en principio impuesta a los titulares de empresas de juego, se hace extensiva a todo el personal empleado que precise de documento profesional para el ejercicio de sus funciones en dichas empresas.

Como afirma la exposición de motivos de la ley, el sector del juego se considera una parte del entramado económico vasco, por lo que se entiende oportuna la intervención administrativa, tanto en la planificación como en el control de dicha actividad. Sin embargo, esa relevancia económica no fundamenta la exclusión de las personas con determinados antecedentes penales y, mucho menos, cuando se trata de ejercer un trabajo por cuenta ajena. Si la pretendida motivación radica en evitar que personas que han delinquido contra la propiedad tengan contacto o disponibilidad sobre dinero ajeno, habría que impedirles el ejercicio de la casi totalidad de actividades comerciales o empresariales.

Por otra parte, carece de sentido que no se autorice a prestar sus servicios en empresas de juego a quien -por ejemplo- un día utilizó un vehículo ajeno sin autorización y, por el contrario, no encuentre impedimentos el funcionario que fue separado de su cargo por realizar una malversación de caudales públicos.

Tampoco resulta comprensible las razones de la determinación del tiempo durante el que se prolonga la exigencia de no haber sido condenado. El plazo de cinco años es superior al establecido por la ley penal para la cancelación de antecedentes de la mayoría de los delitos, e igual al período de tiempo requerido para la cancelación de las penas graves. En relación con este tema, conviene recordar que, con frecuencia, las sentencias firmes se dictan muchos meses, incluso años, después de la comisión del hecho prohibido, por lo que los efectos discriminatorios de la previa comisión de un delito se prolongan de un modo inaceptable.

Bajo la pretensión -por otro lado inalcanzable- de asegurar la probidad de quien va a intervenir en una actividad de índole económica, se oculta una

discriminación legal basada en una característica personal, como es la de la trayectoria vital. Resulta muy significativa la alusión que hace la exposición de motivos de la ley gallega a «*la incidencia que el juego tiene en la conducta ciudadana y en la moral social*». En el fondo, pervive en la regulación de esta materia un fuerte reflejo de la valoración negativa que la moral tradicional -e incluso la ley penal- establecían sobre los juegos de azar.

En conclusión, ha de apreciarse que el trato desigual que la Ley vasca del juego otorga a quienes han delinquido en el pasado carece de fundamentación y, por tanto, no justifica en absoluto la negación del principio general de no discriminación con base en los antecedentes penales. Sin embargo, la norma mencionada no es la única que incurre en ese defecto. La Ley Foral 11/1989 del Parlamento de Navarra y la Ley 4/1988 de las Cortes Valencianas incorporan la misma exigencia que la normativa vasca, ampliándola incluso a la carencia de antecedentes por delitos contra las personas. Por su parte, las leyes de Cataluña (15/1984), Galicia (14/1985) y Canarias (6/1985) delegan en los correspondientes ejecutivos la delimitación de los requisitos que deberán cumplir las personas o entidades para obtener la pertinente autorización.

En este panorama, destaca positivamente la Ley 2/86 de la CA de Andalucía, que establece como requisito para la obtención del documento profesional «*no haber sido inhabilitado judicialmente para el ejercicio de profesión u oficio relacionados con la actividad del juego*». Puesto que la inhabilitación forma parte del contenido de la pena, la exigencia se adecua a la legalidad.

En síntesis, ha de admitirse que la ley que regula la actividad del juego en el País Vasco -al igual que otras normas tanto estatales como autonómicas- no respeta la prohibición de que los antecedentes penales sean motivo de discriminación. Por el contrario, establece una restricción no justificada a la libertad personal y, en concreto, a la libertad de elección de profesión u oficio, constitucionalmente reconocida. Y, como se describe a continuación, la normativa mencionada puede dar origen a situaciones injustas.

b) El caso planteado ante el Ararteko

Un ciudadano se dirigió a esta institución exponiendo que, tras haber estado empleado en un bingo, tuvo que renovar el carnet profesional para juegos de azar. Formulada la solicitud, el Departamento de Interior la denegó basándose en la existencia de antecedentes penales. En efecto, esa persona había cometido un delito de utilización ilegítima de vehículo de motor -hurto de uso de una motocuando tenía 17 años. Casi tres años después de la comisión de los hechos, se le impuso la pena mínima (100.000 ptas. de multa). Puesto que el joven era insolvente, se sustituyó la multa por la pena de 10 días de arresto y se suspendió condicionalmente la ejecución de la misma, lo que significa que se consideró que no era previsible que volviese a delinquir. Pero ello no impidió que se inscribiesen los antecedentes en el correspondiente registro, donde surtirán efecto hasta su cancelación definitiva y, en el caso concreto, esto es, para trabajar como vendedor-

presentador en un bingo, le afectarán hasta ocho años después de la comisión del hecho.

El Ararteko no pudo intervenir para solucionar el asunto planteado, puesto que el Departamento de Interior había respetado plenamente la legalidad, en concreto, lo dispuesto en el ya citado art. 19.4 de la Ley vasca del Juego. Sin embargo, parece evidente que -como el propio reclamante argumentaba- el efecto causado por la aplicación de la norma resultaba desproporcionado e injusto, por ser contrario a los objetivos y a los principios generales que orientan el ordenamiento jurídico.

c) Alusión a otras prácticas de la Administración: requisitos exigidos en las convocatorias de oposiciones para cuerpos policiales

Aunque la queja concreta que dio origen a la formulación de la presente recomendación general se refería -como ha quedado expuesto- a la normativa que regula la actividad del juego, no puede ignorarse que esa discriminación basada en la precedente conducta delictiva no es algo aislado. La exigencia de carecer de antecedentes penales ha sido históricamente condición de acceso para muchas ocupaciones. Y la «normalidad» de esa exigencia ha creado inercias sociales difícilmente superables. Sin embargo, la Administración pública no sólo se encuentra sometida al principio de legalidad, sino que, por mandato constitucional, ha de promover las condiciones para que la igualdad entre las personas sea efectiva, removiendo los obstáculos que la impidan.

Desde esta perspectiva, resulta oportuno mencionar -como llamada de atención y sin ninguna pretensión de exhaustividad- algunas convocatorias de empleo público en las que no se ha respetado lo establecido en el art. 73.2 LOGP.

En el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Vitoria/Gasteiz, de 16 de julio de 1993, por el que se convocaba oposición para ingreso como agentes de Policía Local, se establecía como requisito de los candidatos el de «*carecer de antecedentes penales por delitos dolosos*». La misma exigencia se plantea en la Resolución de 7 de octubre de 1994, del Director de la Academia de Policía del País Vasco, por la que se convocaba el procedimiento de selección para plazas de agente de la escala básica de la Ertzaintza.

Frente a las anteriores disposiciones, también se encuentran otras ofertas públicas de plazas similares en las que únicamente se exige no hallarse inhabilitado para el ejercicio de funciones públicas, ni haber sido separado, mediante expediente disciplinario, del servicio a la Administración. Estas convocatorias, realizadas por los ayuntamientos de Bilbao (BOB de 03-11-1988) y Donostia/San Sebastián siguen la línea que -según se ha expuesto- marca la normativa vigente de régimen local.

La idoneidad de los aspirantes para ocupar una plaza de policía debe ser examinada de forma individualizada y profunda. De hecho, la propia Ley 4/1992, de Policía del País Vasco, establece la siguiente disposición:

«Art. 44.2. Los procesos selectivos cuidarán la adecuación entre el tipo de pruebas a realizar y el contenido de las funciones a desempeñar, pudiendo incluir, a tales efectos, ejercicios de conocimientos generales o específicos, teóricos o prácticos, test psicotécnicos, pruebas de aptitud física, entrevistas, cursos de formación, períodos de prácticas y cualesquiera otros sistemas que resulten adecuados para garantizar la selección de quienes reúnan las condiciones cognoscitivas, psíquicas y físicas más apropiadas para el desempeño de la función».

Si es evidente la necesidad de controlar una serie de características que los agentes de policía deben reunir, en ningún caso resulta justificado incluir una limitación como la de carecer de antecedentes penales que -por su generalidad y falta de conexión específica con las funciones policiales- se convierte en un factor de discriminación.

4- Conclusiones

La articulación del mandato de promover la igualdad efectiva con el principio de que las penas han de orientarse a la reinserción social, genera la obligación de las administraciones públicas de procurar las condiciones para que, en ningún caso, los antecedentes penales de una persona provoquen un trato desigual. No sólo se han de suprimir las actuaciones administrativas en las que sea perceptible un tratamiento discriminatorio basado en conductas que ya han sido sancionadas, sino que debe promoverse una actitud social de solidaridad y apoyo con quien ha infringido la ley, como único camino eficaz para alcanzar la reinserción social de esos ciudadanos.

Desde esta perspectiva, resulta deseable la modificación de cualquier disposición normativa que condicione el ejercicio de un derecho a la carencia de antecedentes penales y, en particular, hay que eliminar toda disposición que haga derivar del comportamiento delictivo ya penado un obstáculo para acceder a un puesto de trabajo. Se evitaría así una discriminación expresamente prohibida por la ley y especialmente nociva para la recuperación por parte de la colectividad de la persona que ha delinquido.

7.2. SOBRE LA OBLIGACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE CONTESTAR A LAS ALEGACIONES QUE PRESENTEN LOS CIUDADANOS EN LOS TRÁMITES DE INFORMACIÓN PÚBLICA

En repetidas ocasiones los ciudadanos se han dirigido al Ararteko denunciando supuestas actuaciones irregulares de los ayuntamientos en materia de planeamiento urbanístico. Aparte de las cuestiones de fondo, en la mayoría de