



Universidad Internacional de La Rioja
Máster en el ejercicio de la abogacía

Los antecedentes penales y sus efectos en las personas extranjeras

Trabajo fin de máster presentado por: Jone Sainz de Murieta Ibarrondo

Titulación: Master en el ejercicio de la abogacía

Área jurídica: Derecho Penal, Derecho Administrativo y Derecho de Extranjería

Directora: Ana María Díez Deustua

Ciudad: Donostia - San Sebastián

11 de diciembre de 2017

Firmado por: Jone Sainz de Murieta Ibarrondo

LOS ANTECEDENTES PENALES Y SUS EFECTOS EN LAS PERSONAS EXTRANJERAS

ÍNDICE

I. LISTADO DE ABREVIATURAS	3
II. RESUMEN	4
III. INTRODUCCIÓN.....	5
IV. LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL MEDIANTE LA LO 1/2015	7
1. LA CONVERSIÓN DE LAS FALTAS EN DELITOS LEVES	8
2. MOTIVOS DE LA CONVERSIÓN DE LAS FALTAS EN DELITOS LEVES	9
3. TRATAMIENTO PROCESAL DE LOS DELITOS LEVES	13
4. EFECTOS DE LA TRANSFORMACIÓN DE LAS FALTAS EN DELITOS LEVES: LOS ANTECEDENTES PENALES	15
a. <i>Generación de antecedentes penales</i>	16
V. ANTECEDENTES PENALES Y AUTORIZACIONES ADMINISTRATIVAS DE RESIDENCIA Y TRABAJO	24
1. INTRODUCCIÓN AL DERECHO DE EXTRANJERÍA	25
2. AUTORIZACIONES ADMINISTRATIVAS EN EL RÉGIMEN GENERAL.....	28
a. <i>Residencia temporal</i>	30
b. <i>Residencia de larga duración: autorización de residencia de larga duración</i>	39
3. AUTORIZACIONES ADMINISTRATIVAS EN EL RÉGIMEN COMUNITARIO	42
VI. CONCLUSIONES.....	44
VII. BIBLIOGRAFÍA.....	49
VIII. FUENTES JURÍDICAS UTILIZADAS	52
IX. ANEXOS	57



I. LISTADO DE ABREVIATURAS

Art.	artículo
Arts.	artículos
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
LECrim	Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO 1/2015	Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
LOEx	Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social
Núm.	número
P.	página
Pp.	páginas
RD 240/2007	Real decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.
ReLOEx	Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea



II. RESUMEN

LOS ANTECEDENTES PENALES Y SUS EFECTOS EN LAS PERSONAS EXTRANJERAS

Resumen

La reforma LO 1/2015 del Código Penal, con su respectiva transformación de las faltas en delitos leves, ha generado que un mayor número de personas posea antecedentes penales, por lo que en el presente trabajo se analizan las consecuencias que los antecedentes penales tendrán para las personas extranjeras en el momento de solicitar el permiso de residencia y trabajo. Para ello, se examinarán en una primera parte del trabajo los aspectos más importantes de la conversión de las faltas en delitos leves y los efectos que esta conversión tendrá respecto a los antecedentes penales, para luego analizar las consecuencias que la tenencia de antecedentes penales tendrá para las personas de origen extracomunitario a la hora de solicitar, modificar o renovar el permiso de residencia y trabajo.

Palabras clave

Reforma. Delito leve. Antecedentes penales. Extranjeros. Permiso de residencia y trabajo.

CRIMINAL RECORDS AND THEIR EFFECTS IN FOREIGN PEOPLE

Abstract

The reform of the Penal Code introduced by LO 1/2015, with the transformation of the old offences into misdemeanours, led to a bigger amount of people with criminal records, so the present paper discusses the consequences that the fact of having criminal records has to foreign people at the time of applying for their residence and work permit. Thus, the first part of the paper will examine the most relevant aspects of the conversion of the offences into misdemeanours and the effects that this conversion will have regarding to the criminal records, while the second part will analyse the consequences that the possession of criminal records will have for the non EU country origin people at the time of requesting, modifying or renewing their residence and work permit.

Key words

Reform. Misdemeanours. Criminal records. Foreigner. Residence and work permit.



III. INTRODUCCIÓN

La existencia de antecedentes penales siempre ha ido unida a algún tipo de sistema que permitía su comprobación. Esta unión ha sido evidente a lo largo de toda la historia, siendo ineludible en la incidencia de infracciones penales el hecho de haberlas cometido por quien anteriormente ya había sido objeto de sanción.

Ya una de las leyes del Código Manu, carente de datación aunque se desprende que anterior al siglo III a.C., establecía que *“La primera vez que se descubre a un ladrón se le deben de amputar los dedos. La segunda vez, una mano y un pie. Al tercer robo, el ladrón debe sufrir la muerte”*, para reconocer a quien anteriormente ya había sido juzgado¹. También se perseguía el objeto de marcar al reincidente mediante los latigazos, o mediante marcas en la piel realizadas con hierros candentes. No se puede decir que la figura de los antecedentes penales sea ninguna invención de la Edad Contemporánea.

Sin embargo, además de mantener siglo tras siglo la creencia de la necesidad de “marcar al reincidente”, el ser humano también se caracteriza por su capacidad de movilidad, por lo que el fenómeno de la migración ha crecido hasta convertirse en una situación global, siempre en busca de nuevas oportunidades y huyendo de conflictos regionales.

Es la combinación de estos dos elementos, el de los antecedentes penales y la migración, la que es objeto de interés en este momento. Situando ya el tema en el marco de la sociedad actual y con el fin de especificar el objeto perseguido por el presente trabajo, se podría decir que la cuestión objeto de investigación son las consecuencias que la reciente reforma del Código Penal (en adelante CP) -con su conversión de las antiguas faltas en delitos leves y la consecuente creación de antecedentes penales- tendrá para las personas de origen extracomunitario a la hora de solicitar el permiso de residencia y trabajo.

La principal razón que justifica el interés actual y la necesidad de analizar en profundidad los efectos de los antecedentes penales en las personas extranjeras es la gran reforma del CP que ha tenido lugar hace poco, ya que una de sus consecuencias directas más destacadas es el aumento de personas a las que les constará la tenencia de antecedentes penales. Sin duda, al incrementar el número de actuaciones tipificadas como delito aumentará proporcionalmente la cantidad de personas a las que les constarán antecedentes penales.

¹ LUZÓN CÁNOVAS, M. 2016. Antecedentes penales, [en línea]. Ponencia. P. 2. [consulta: 5 de diciembre de 2017]. Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Luzón%20Cánovas,%20Mar%C3%ADa.pdf?idFile=2ab36b02-6023-49a0-bd19-8fb338837685



Pero, ¿por qué centrarse en el colectivo de las personas extranjeras? Si bien el número de personas de nacionalidad española con antecedentes penales es mayor, las personas extranjeras son un colectivo marginado dentro de las consideraciones del legislador, lo que contrasta con los efectos derivados de la nueva regulación, siendo aquellos que sufrirán las consecuencias más agravadas de sus modificaciones. Las personas extranjeras se encuentran con un requisito imprescindible en el caso de que su intención sea permanecer en territorio español: disponer de *papeles*, es decir, poseer una autorización de residencia o residencia y trabajo. Esto les hace ser considerablemente más vulnerables, en tanto la tenencia de antecedentes penales les dificultará y en innumerables ocasiones les imposibilitará acceder a la mencionada autorización de residencia. Esta circunstancia conlleva el posicionamiento de estos en una situación de riesgo y exclusión reforzada por la amenaza de expulsión del país por lo que, sin duda, las personas extranjeras se convierten en relevante objeto de análisis y estudio.

Es por esto que se decide que el presente trabajo de final de master constará de dos partes: la primera profundizará en la reforma del CP en lo que a la creación de delitos leves –y los antecedente penales de ellos derivados- se refiere, para luego analizar en la segunda parte los efectos que los antecedentes penales tendrán sobre el colectivo de las personas extranjeras. No obstante, conviene puntualizar que la segunda parte no se centrará únicamente en los antecedentes penales derivados de delitos leves, sino que se tratará la figura del antecedente penal de una forma más general. La incidencia que éstos tendrán sobre los permisos de residencia será la misma si esta proviene de un delito de lesiones o uno de prevaricación, por lo que lo que cambiará solamente será el tiempo a esperar para su efectiva cancelación. En definitiva, el interés de vincular la reforma del CP con los efectos de los antecedentes penales en las autorizaciones de residencia viene justificada, como anteriormente expuesto, por el importante aumento de cantidad de personas a las que les constarán antecedentes penales de aquí en adelante.

Consecuentemente, podría decirse así que el presente trabajo se desarrollará comenzando una investigación más general analizando los nuevos delitos leves, para luego, mediante el análisis de la legislación aplicable y la jurisprudencia más reciente, centrarse en las situaciones concretas en las que los antecedentes penales incidirán.



IV. LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL MEDIANTE LA LO 1/2015

Veinte años después de la última gran modificación que sufrió el CP, la Ley Orgánica 1/2015, que entró en vigor el 1 de julio de 2015 (en adelante LO 1/2015), introduce importantes modificaciones en el CP, quien está suscitando innumerable debates, no sólo de juristas, sino de la sociedad en general, sin duda por la repercusión de los temas abordados.

Se modifican 252 de sus artículos y se suprimen 32. Además, se reforman otros 18 artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECRim), uno de la Ley de Indulto, uno de la Ley Orgánica del Tribunal Jurado y se añade una disposición a la Ley 23/2014, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea².

La transformación de las faltas en delitos leves consiste así en una de las principales modificaciones realizadas por la reforma. Para el efectivo análisis de la misma, a continuación se expondrán primero las actuaciones que han quedado finalmente tipificadas como delitos leves. Después se pasará a estudiar las razones por las que el legislador encontró necesaria esta conversión de las faltas en delitos leves, para más tarde analizar el principio de oportunidad introducido con la reforma referente al tratamiento procesal de los nuevos delitos leves, por la que el Juez podrá sobreseer el procedimiento cuando así lo solicite el Ministerio Fiscal.

Esta primera aproximación al reciente cambio legislativo llevará a dar un paso más para así examinar el principal efecto que la creación de los delitos leves supone, que es la generación de los antecedentes penales. No es esta última la única de las consecuencias que de la transformación se deriva, pero sí se considera la más destacada en tanto el objetivo último del

² A grandes rasgos, las principales modificaciones hechas por la LO/2015 son las siguientes: modificación del régimen de penas y su aplicación²; amplia reforma del decomiso (arts. 127 a 127 octies); concreción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (arts. 31 bis, ter, quarter y quinqués); retoques en violencia doméstica y de género; se elevan las penas por asesinato y homicidio (arts. 139, 140, 140 bis y 142); nuevos delitos contra la libertad, la libertad sexual y la intimidad; se agravan las penas por hurto, robo y estafa (arts. 234, 235, 235 bis, 236, 237, 240, 241, 244, 246, 247, 249 y 250); delimitación clara entre administración desleal y apropiación indebida (arts. 242 a 254); distinción entre insolvencias punibles y frustración de la ejecución (arts. 257 a 260, 263, 264 a 264 quarter, 265, 266 y 268); mayor protección para la propiedad intelectual (arts. 270, 271 y 274); refuerzo punitivo de la corrupción en los negocios y en la administración pública (arts. 286 bis, ter, quarter, 288, 304 bis, 304 ter, 306 y 308); nuevas definiciones de atentado y alteración del orden público (arts. 550, 551, 554, 556, 557, 557 bis, 557 ter, 559 y 561); protección del medio ambiente y contra incendios (arts. 319, 323, 325, 326, 326 bis, 327, 328, 332, 334, 335, 337, 337 bis y 353); redefinición de las conductas de incitación al odio y a la violencia (art. 510); y, por supuesto, la suspensión de las faltas y creación de nuevos delitos leves (Libro III). Para información más detallada, consultar: VELA MOURIZ, A. 2015. Las claves de la Reforma del Código Penal. *Diario La Ley*, [en línea]. Redacción Wolters Kluwer [consulta: 25 de octubre de 2017]. Disponible en http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/aplicaciones/boletin/publico/boletin65/Articulo_s_65/Vela-Mouriz.pdf



presente trabajo es analizar las consecuencias que los antecedentes penales tendrán en las personas extranjeras al acceder a los permisos de residencia o residencia y trabajo.

1. LA CONVERSIÓN DE LAS FALTAS EN DELITOS LEVES

Probablemente una de las novedades más destacadas es la referida a la estructura misma del Código, esto es, la supresión del Libro III que, bajo la rúbrica general de las “*Faltas y sus penas*” trataba en cuatro títulos separados de las faltas contra las personas, el patrimonio, los intereses generales y el orden público.

No obstante, la eliminación del Libro III de las faltas no ha supuesto la desaparición total de las infracciones penales leves en él recogidas: una mínima parte ha quedado definitivamente despenalizada y entregada a otras formas de reacción jurídica, mientras que el resto subsiste bajo la forma de delitos leves³. De esta manera, si el antiguo Código clasificaba las infracciones penales en delito graves, menos graves y faltas, la LO 1/2015 establece una división tripartita de los delitos: graves, menos graves y leves (siempre en atención a la naturaleza de sus respectivas penas –art. 13 CP-).

Los delitos leves se dispersan a lo largo de todo el Libro II y son todos aquellos que la ley castiga con pena leve (art. 13.3 CP). Como lo hacía el ya suprimido Libro III, encontraremos delitos leves contra las personas, delitos leves contra el patrimonio, delitos leves contra los intereses generales y delitos leves contra el orden público⁴.

³ Analiza las faltas reconducidas a la condición de ilícitos civiles y administrativos CADENA SERRANO, F.A. 2016. *Regulación penal sustantiva de los delitos leves*, [en línea]. Ponencia. 14 de abril de 2016, pp. 51-53 [consulta: 6 de noviembre de 2017]. Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Cadena%20Serrano,%20Fidel.pd?idFile=a184ced0-c426-40c8-8052-f5c2ebd26ee5

⁴ Delitos leves recogidos en el CP: Causar la muerte de otro por imprudencia menos grave (art.142.2); delito leve de lesiones (art. 147.2); delito leve de maltrato de obra (art. 147.3); delito leve de lesiones graves por imprudencia menos grave (art. 152.2); delito leve de detención ilegal (art. 163.4); delito leve de amenazas (art. 171.7); delito leve de coacciones (art. 172.3); delito leve de injurias o vejaciones a personas del art. 173.2 (art. 173.4); delito leve de omisión de socorro (art. 195); delito leve de mantenerse en local abierto al público (art. 203.2); delito leve de injurias graves sin publicidad (art. 209); delito leve de hurto por importe inferior a 400€ (art. 234.2); delito leve de sustracción de cosa propia (art. 236.1 y 2); delito leve de usurpación de inmueble (art. 245.2); delito leve de alteración de lindes o mojones (art. 246.1 y 2); delito leve de distracción de aguas (art. 247.1); delito leve de estafa por importe inferior a 400€ (art. 249); delito leve de administración desleal (art. 252); delito leve de apropiación indebida (art. 253.2); delito leve de apropiación de cosa mueble ajena (art. 254.1 y 2); delito leve de defraudación de fluido eléctrico, gas, agua, telecomunicaciones u otra energía (art. 255); delito leve de uso de terminales de telecomunicaciones (art. 256.1 y 2); delito leve de daños importe inferior a 400€ (art. 263.1); delito leve de daños por imprudencia grave (art. 267); delito leve de daños por imprudencia grave en patrimonio histórico, artístico, etc.... (art. 324); delito leve de maltrato de animal doméstico (art. 337.4); delito leve de abandono de animal doméstico (art. 337.bis); delito leve de uso de moneda falsa (art. 386.3); delito leve de uso sellos/efectos timbrados (art. 389); delito leve de falsedad de certificado por



2. MOTIVOS DE LA CONVERSIÓN DE LAS FALTAS EN DELITOS LEVES

Los motivos que el legislador de la reforma invocó para modificar el sistema, creando los delitos leves y suprimiendo las faltas, fueron básicamente dos: el principio de intervención mínima y la racionalización en el uso de la función pública.

Una de las motivaciones principales del legislador para llevar a cabo esta reforma y que, viene sustanciada nada más y nada menos que por uno de los principios rectores del Derecho Penal, es el principio de intervención mínima⁵. En palabras del Preámbulo de la LO 1/2015, “la reducción del número de faltas –delitos leves en la nueva regulación que se introduce– viene orientada por el principio de intervención mínima, y debe facilitar una disminución relevante del número de asuntos menores que, en gran parte, pueden encontrar respuesta a través del sistema de sanciones administrativas y civiles”.

El principio de intervención mínima se conculcaría al prestar protección penal a conductas que carecen de la gravedad suficiente, pero sin embargo no menciona el Preámbulo qué criterios materiales se han seguido para hacer esa selección entre lo que debería mantenerse como punible y lo que no.

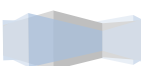
Uno de los argumentos utilizados por el legislador es que algunas faltas no se convierten en delito leve porque los comportamientos que contemplan, y que tengan una cierta gravedad, encuentran acomodo en las figuras de delito ya existentes⁶.

No obstante, la crítica doctrinal ha recordado que no ha sido respetado el mencionado principio, por cuanto la mayoría de las faltas -2/3 partes- han sido reconvertidas en delitos leves y al mismo tiempo esto ha ido acompañado de una elevación de las penas por conductas

particular (art. 399.1); delito leve de fabricación de útiles para falsificar (art. 400); delito leve de uso de uniforme, traje o insignia (art. 402); delito leve de acusación y denuncia falsa de delito leve (art. 456.1); delito leve de destrucción de documentos o actuaciones por un particular (art. 465.2); delito leve de proporcionar evasión a un preso o detenido (art. 470.3); delito leve de falta de respeto a la autoridad (art. 556).

⁵ El principio de intervención mínima significa, para Blanco Lozano, C. 2003 citado en VILLEGAS FERNÁNDEZ, J.M. 2009 ¿Qué es el principio de intervención mínima? *Revista Internauta de práctica jurídica*, núm. 23, p. 4, que “el derecho penal no interviene de cara a la regulación de todos los comportamientos del hombre en sociedad, sino sólo en orden a evitar los atentados más graves que se dirijan contra importantes bienes jurídicos”, mientras que para LUZÓN PEÑA, D. 2012. *Lecciones de Derecho Penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 25, es “el último recurso al que hay que acudir a falta de otros menos lesivos”, añadiendo que “si la protección de la sociedad y los ciudadanos puede conseguirse en ciertos casos con medios menos lesivos y graves que los penales, no es preciso ni se debe utilizar éstos”

⁶ Según el Preámbulo, así ocurriría con la falta del artículo 618.1 (encuentro de un menor de edad o incapaz abandonado y no presentarlo a la autoridad o sus familias o no prestarle auxilio) y con la falta del artículo 619 (no socorrer a una persona de avanzada edad o discapacitada), que guardarían relación con la omisión del deber de socorro.



idénticas. Por eso se ha dicho que la excusa es un pretexto para encubrir un real endurecimiento material y formal de esas conductas⁷.

En línea con esa crítica, el informe del Consejo de Estado destaca que *“el citado principio, parece haber llevado en ocasiones, no a seleccionar las infracciones más graves de las hasta ahora consideradas como falta para convertirlas en delitos leves, sino a elevar la pena de la misma infracción ya existente como falta. Es decir, no se reconfiguran como delitos los casos más graves de las infracciones que hasta ahora constituían falta, sino que se incrementa la pena de las mismas infracciones ya existentes, que se mantienen en sus términos”*. Para terminar diciendo que *“el solo hecho de que se eleven las penas no incrementa per se la gravedad de la infracción”*⁸.

Otra de las motivaciones principales del legislador para llevar a cabo esta reforma es la racionalización en el uso de la función pública. Es cierto que la Fiscalía General del Estado ya había anunciado la grandísima cantidad de recursos humanos sacrificados en la persecución de las faltas, y es por esto que la reducción de la litigiosidad constituye el propósito inspirador básico de la supresión de las faltas, como se puede apreciar en el Preámbulo⁹.

No obstante, GONZÁLEZ RUS hace dos puntualizaciones¹⁰. Por un lado, menciona que el hecho de que la proporción entre las faltas convertidas en delitos leves y faltas efectivamente suprimidas esté en torno a una relación aproximada de 60% y 40% respectivamente, lo que, planteado en términos de despenalización y de disminución de la litigiosidad, no es como para grandes celebraciones.

Por otro lado, este autor recuerda que *“el problema de la disminución de la litigiosidad no se resuelve simplemente cambiando el pleito de jurisdicción y llevándose la causa del orden penal al civil o al contencioso administrativo –en donde los índices de retraso son semejantes, si no superiores a los de la jurisdicción penal. Y esto, según afirmación del propio Preámbulo, es lo que pasa en un buen número de las faltas “despenalizadas”: que,*

⁷ MANZANARES SAMANIEGO, J.L. 2015. *La reforma del CP de 2015, conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015*. 1ª ed. Madrid: La Ley, p. 20.

⁸ España. Dictamen del Consejo de Estado, de 27 de junio de 2013, sobre el Anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. [consulta: 1 de noviembre de 2017]. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2013-358>

⁹ Según el Preámbulo, *“Una buena parte de los operadores jurídicos viene reclamando la supresión de las infracciones penales constitutivas de falta... como medida adecuada para reducir los elevados niveles de litigiosidad, que son especialmente altos en el orden jurisdiccional penal”*

¹⁰ GONZÁLEZ RUS J.J. La supresión del libro III y los delitos leves. En: MORILLAS CUEVA, L; AGUILAR CÁRCERES, M.M.; BARQUÍN SANZ, J. 2015. *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*. Madrid: Dykinson. Pp. 22-28



simplemente, se han trasladado al ámbito de la jurisdicción civil o de la contencioso-administrativa. Casos, pues, en los que más que de “reducción”, habría que hablar de “traspaso” de la litigiosidad, introduciendo por la ventana de la jurisdicción civil o contenciosa lo que en la jurisdicción penal es expulsado por la puerta”¹¹. Igualmente, cabría también plantearse si la reducción de la litigiosidad y las conveniencias procesales pueden estar en todo caso por encima de la salvaguarda efectiva de los derechos de los ciudadanos.

Con todo, parece que el legislador, a la hora de fijar unos criterios político-criminales orientadores de la supresión de las faltas y la consecuente creación de los delitos leves, utiliza los argumentos anteriormente mencionados -el de la reducción de la litigiosidad y el principio de intervención mínima- de una forma un tanto desmedida. No es sólo que, *a priori*, no se prevea que las medidas acordadas supongan una gran agilización de la Justicia, sino que además, lo único que se hace con muchas de las infracciones consideradas como delitos leves -aquellas que el legislador ha considerado suficientemente “relevantes” como para seguir incluyéndolas en el CP- es elevar la pena anteriormente prevista, sin seleccionar las infracciones más graves de las hasta entonces consideradas como falta.

Pero, ¿cuál es el verdadero objeto del endurecimiento de las penas? El único efecto seguro va a ser el aumento de una población penitenciaria, ya suficientemente elevada. Tampoco ayudará a la posterior reinserción de estas personas a la sociedad, el cual se podría decir que es un mandato conductual hacia los poderes públicos, un principio constitucional orientador de la política penal y penitenciaria española¹². Y, por supuesto, no se traduce en una mayor seguridad ciudadana. Es decir, no por aumentar las penas se reducirá el número de delitos cometidos, el endurecimiento de las penas no tiene un carácter disuasorio. La reducción del número de delitos vendrá de la mano de la aplicación eficaz del Derecho Penal, que efectivamente se detenga a quien haya cometido un delito, no que se le aplique mayor o menor pena. Cuanto mayores sean las expectativas de un delincuente de que no sea descubierto, cuanto mayor sea esta confianza, más probabilidades habrá de que cometa el delito. Si por el contrario estuviese seguro de que va a ser detenido, las posibilidades de que

¹¹ GONZÁLEZ RUS J.J. La supresión del libro III y los delitos leves. En: MORILLAS CUEVA, L; AGUILAR CÁRCERES, M.M.; BARQUÍN SANZ, J. 2015. *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*. Madrid: Dykinson. P. 25

¹² FERNÁNDEZ BERMEJO, D. 2014. El fin constitucional de la reeducación y reinserción social ¿un derecho fundamental o una orientación política hacia el legislador español? *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, [en línea]. Núm. 2., pp. 363-415. [consulta: 10 de noviembre de 2017]. ISSN: 0210-3001. Disponible en: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2014-10036300415

El artículo 25.2 de la Constitución Española expresa también que “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social...”.



corra ese riesgo son muchísimo menores. En definitiva, si una persona se arriesga a robar es porque espera que no lo detengan, esto es, no lo frenará el hecho de que ahora la pena de x delito se castigue con una pena de prisión mayor, sino la certeza que de esa pena será efectivamente aplicada¹³.

Por si esto fuera poco, y en lo que a las antiguas faltas reconducidas bien a la vía civil o bien a la vía administrativa se refiere, lo que se consigue con la reforma es que los ciudadanos se sientan aún más alejados del servicio público de la Justicia. En este sentido, resulta indispensable explicar que en los antiguos juicios de faltas no era preceptiva la presencia de abogado ni procurador, como tampoco lo es en los actuales juicios por delitos leves¹⁴. Sin embargo, el “despenalizar” no pocas conductas y trasladarlas al ámbito de la jurisdicción civil o de la contencioso-administrativa, provocará que el ciudadano tenga que cargar con el pago de tasas, costas y peritajes en estos procedimientos en los que sí es preceptiva la actuación de abogado y procurador. ¿En qué derivará esto? En que en numerosas ocasiones se renuncie a reclamaciones por el elevado coste que estos suponen, pudiendo hablar aquí de la “privatización” de las infracciones¹⁵.

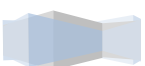
Siendo el objetivo de la ley con la supresión de las faltas alcanzar una racionalización del uso de la Administración de Justicia orientado por el principio de intervención mínima, ¿acaso no sería más efectivo el impulso y la promoción de procedimientos e instancias de resolución de conflictos distintos y complementarios a la actual exclusiva judicial? Ciertamente es que, esto, sobre todo, tendría que llevarse a cabo en asuntos no penales, pero en procedimientos por delitos leves, donde la intensidad de la gravedad de la conducta típica es la menor posible, la resolución extrajudicial de conflictos ofrecería una opción eficiente para resolverlos a bajo coste y en un menor tiempo de tramitación, lo que supondría la descongestión de la elevada carga de trabajo que soportan los tribunales de Justicia¹⁶.

¹³ En este sentido se pronuncia el penalista catalán SANTIAGO MIR PUIG, en una entrevista concedida al diario argentino La Nación el 30/01/2008. Disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/982996-no-sirve-aumentar-las-penas-contralos-delincuentes>

¹⁴ El 6 de octubre de 2015 se modificó la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas en la cual se ha modificado el artículo 967.1 y supone que todas las personas a las que se les impute la comisión de un delito leve que sea castigado con una pena de multa de 6 meses o más deberá ser asistido en todo momento por un abogado, no si la pena es menor.

¹⁵ Se hace uso del concepto de “privatización” de infracciones en el manifiesto firmado por 63 catedráticos de Derecho Penal contra la reforma 1/2014. Disponible en <http://estaticos.elmundo.es/documentos/2015/01/22/texto.pdf>

¹⁶ Analizan las soluciones extrajudiciales: RUIZ RUIZ, R.M. 2016. La mediación penal: una realidad, [en línea]. Ponencia. [consulta: 10 de noviembre de 2017]. Disponible en: Los antecedentes penales y sus efectos en las personas extranjeras



3. TRATAMIENTO PROCESAL DE LOS DELITOS LEVES

La desaparición de las antiguas faltas y la consecuente creación de los delitos leves tiene importantes implicaciones procesales, que aunque no han supuesto un cambio sustancial en lo que al procedimiento se refiere, requieren ser objeto de ciertas puntualizaciones.

La Disposición Adicional 2ª de la LO 1/2015 dispone que los preceptos en los que estaba previsto el antiguo procedimiento de faltas serán ajustados para adaptarse a la reforma, aclarando que en adelante, las menciones contenidas a las faltas se entenderán referidas a delitos leves¹⁷. Así, el Libro VI del LECrim (arts. 962-982) se adecúa a la nueva categoría delictiva de delito leve, sustanciándose éstos conforme al procedimiento en él previsto. Por tanto, este nuevo procedimiento para el juicio de delitos leves es una adaptación del juicio de faltas, esto es, el tratamiento procesal que actualmente tienen los delitos leves y el que antiguamente tenían las faltas es básicamente el mismo: se instruyen y enjuician ante los Juzgados de Instrucción -o, en su caso, al Juzgado de Violencia sobre la Mujer-, con arreglo al procedimiento que regía para las faltas.

Esta adaptación al “nuevo” procedimiento introduce novedades dignas de mención. No la más relevante pero sí muestra de la adaptación del procedimiento a las nuevas posibilidades que ofrecen los medios de comunicación, existe la posibilidad de que las notificaciones a quienes tengan que comparecer a juicio se realicen por correo electrónico o por vía telefónica¹⁸. Siempre hablando de delitos leves, claro está.

https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Ruiz%20Ruiz%20Rosa%20M%20%20.pdf?idFile=801cf368-57d9-4498-90cf-481f2ed6b68e ; ROMERA ANTÓN, C. 2016. Justicia Restaurativa; modelo de mediación en el ámbito penal, encaje en el procedimiento tradicional y relación de los distintos operadores jurídicos con el proceso de mediación, [en línea]. Ponencia. [consulta: 10 de noviembre de 2017]. Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Romera%20Antón%20Carlos%20.pdf?idFile=490db30f-d701-424a-831d-1336e22e51f9 ; RABASA SANCHÍS, B. 2016. El Papel del abogado en la mediación, [en línea]. Ponencia. [consulta: 10 de noviembre de 2017]. Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Rabasa%20Sanchis%20Beatriz%20.pdf?idFile=cd0e41e0-08bf-4d68-a10d-38b7f90e9ffd

¹⁷ Disposición Adicional 2ª de la LO 1/2015, de 30 de marzo, se expresa de la siguiente manera: “*La instrucción y el enjuiciamiento de los delitos leves cometidos tras la entrada en vigor de la presente Ley se sustanciarán conforme al procedimiento previsto en el Libro VI de la vigente LECrim, cuyos preceptos se adaptarán a la presente reforma en todo aquello que sea necesario. Las menciones contenidas en las leyes procesales a las faltas se entenderán referidas a los delitos leves*”

¹⁸ Puede resultar un tanto dudoso si el principio enunciado por el artículo 271 de la LOPJ, según la cual las notificaciones pueden ser practicadas por cualquier medio técnico que permita tanto la constancia de su práctica como la de sus circunstancias más relevantes, es respetado por esta novedad procesal: las comunicaciones realizadas a través de correo electrónico no dejan constancia alguna de la efectiva recepción de las mismas, mientras que es imposible certificar el contenido de una notificación practicada vía telefónica.



No obstante, la novedad más relevante que se puede extraer de la LO 1/2015 en cuanto al procedimiento es la introducción del principio de oportunidad para los casos de enjuiciamiento por delitos leves, prevista en el artículo 963.1 de la LECrim. Ésta permitirá al Juez sobreseer el procedimiento cuando lo solicite el Ministerio Fiscal siempre que *“el delito leve denunciado resulte de muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias, y las personales del autor y no exista un interés público relevante en la persecución del hecho”*¹⁹.

La Fiscalía General del Estado, en su Circular 1/2015, establece ciertas pautas a seguir a la hora de proceder respecto al principio de oportunidad²⁰. Sin embargo es cuanto menos crítica con esta novedad procesal, ya que con la reforma se introduce en el procedimiento *“la posibilidad de que el mismo entre en crisis anticipada en el mismo momento de su nacimiento si el Fiscal, como órgano público de la acusación, hace uso de su potestad de solicitar el archivo a la vista de la escasa transcendencia de los hechos”*. Esto es, el Ministerio Fiscal sólo actuará después de que el Juez de Instrucción haya tomado la primera decisión de incoar el procedimiento para el enjuiciamiento del delito leve –decisión que implica ya de por sí un juicio positivo de relevancia penal de los hechos objeto de atestado o denuncia-. Así, la Fiscalía General del Estado le reprocha al legislador la introducción de un principio de

¹⁹ GISBERT JORDÁ, T. 2016. Novedades Procesales: el juicio por delitos leves y el proceso por aceptación de decreto, [en línea]. Ponencia. [consulta: 8 de noviembre de 2017]. Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Gisbert%20Jorda,%20Teresa.pdf?idFile=e7f3aef0-670b-4fef-873d-21a8e11ec8ed, la introducción del principio de oportunidad es la novedad mas relevante de la reforma, pensado para aquellas infracciones de menor gravedad; conductas que son típicas pero cuya escasa relevancia y la ausencia de un interés público en su persecución, no justifican la apertura de un proceso y la imposición de una sanción de naturaleza penal. Tiene una doble función: por un lado la realización efectiva del principio de intervención mínima y por otro se pretende descargar a los tribunales de la tramitación de asuntos menores carentes de verdadera relevancia.

²⁰ España, Fiscalía General del Estado. Circular 1/2015, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015. Boletín Oficial del Estado, 19 de junio de 2015. P. 47. Establece que *“el archivo por razones de oportunidad sólo se solicitará si ninguna víctima denuncia o manifiesta un interés explícito en la persecución del hecho, salvo en aquellos casos en que su postura se pueda estima infundada, irracional o arbitraria”*. Con carácter general establece también que *“cuando la víctima manifieste en el atestado policial o en el juzgado su deseo de no ser citada a juicio o su voluntad de que el procedimiento no siga adelante, se interesará el archivo por motivos de oportunidad”*.

Menciona la abstención del Ministerio Fiscal en cuanto a *“la solicitud del archivo por motivos de oportunidad en los procedimientos incoados por actos de violencia física y psíquica cometidos en el núcleo de convivencia familiar”*. Asimismo, tampoco se solicitará el archivo de *“los procedimientos incoados por delitos leves de detención ilegal (art. 163.4CP), contra el patrimonio histórico (art. 324 CP), de falsedad documental (arts. 397, 399 y 400 CP), contra la Administración Pública (art. 406 CP) y contra la Administración de Justicia (arts. 456.1.3, 465.2 y 470.3 CP), salvo casos excepcionales. Tampoco en los delitos leves patrimoniales previstos en los arts. 236, 246, 247, 254, 255 y 256 CP cuando el valor del objeto, ventaja o provecho obtenido por el culpable haya rebasado los 400 euros, ni en el delito de ocupación de inmueble, edificio o vivienda que no constituya morada del art. 245.2 CP”*



oportunidad “reglada o tasada”, debido a que el Fiscal *“no es libre para adoptar la decisión que le parezca, sino que debe ceñirse a los supuestos establecidos en la ley”*²¹.

En definitiva, aunque sea evidente que la intención del legislador con la introducción del principio de oportunidad era respetar el principio de intervención mínima, deja cuestiones dudosas por resolver. Por un lado, la inserción de conceptos jurídicos indeterminados como “escasa gravedad” e “interés público relevante” no hacen más que evidenciar la discrecionalidad de interpretación de los requisitos exigidos para que el Ministerio Fiscal decida solicitar el archivo de las diligencias. De igual manera, ha de tenerse en cuenta que, el momento en el que el legislador habilita al Ministerio Fiscal para solicitar el sobreseimiento de la causa éste dispone de una información cuanto menos precaria, puesto que sólo contará con el atestado o la denuncia. No se puede olvidar además que la última palabra siempre la tendrá el Juez de Instrucción, ya que, por la redacción del artículo 962 de la LECrim no parece que la solicitud de sobreseimiento del Ministerio Fiscal vincule al Juez²².

4. EFFECTOS DE LA TRANSFORMACIÓN DE LAS FALTAS EN DELITOS LEVES: LOS ANTECEDENTES PENALES

En una primera aproximación a la reforma –refiriéndonos siempre a la conversión de las faltas en delitos leves- podría pensarse que el cambio no es muy relevante, que las modificaciones efectuadas carecen de importancia como para considerar que nos encontramos ante una reforma de gran calado. Ciertamente es que se mantiene la clasificación tripartita de las infracciones penales, y ésta sigue basándose en la división de las penas en leves, menos graves y graves. En lo que a las consecuencias procedimentales se refiere, también se mantiene el antiguo juicio de faltas, con la diferencia que ésta se denomina ahora juicio de delitos leves.

La reforma produce un gran cambio sin embargo en relación a los antecedentes penales, ya que, después de ésta existen un mayor número de delitos, y como los delitos producen antecedentes penales, esto significa que existirá un mayor número de actuaciones típicas que

²¹ España, Fiscalía General del Estado. Circular 1/2015, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015. Boletín Oficial del Estado, 19 de junio de 2015. Pp. 15-17

²² El artículo 963.1 establece que *“si el juez estima procedente la incoación del juicio, adoptará alguna de las siguientes resoluciones: 1.ª Acordará el sobreseimiento del procedimiento y el archivo de las diligencias cuando lo solicite el Ministerio Fiscal...”*



crearán antecedentes penales. En efecto, los delitos leves son generadores de antecedentes penales.

Cierto es que la transformación de las faltas en delitos leves ha traído más consecuencias, como lo es la “degradación sobrevenida” de algunos delitos menos graves que han quedado convertidos en delitos leves (art. 13 CP) o la más tardía prescripción de los delitos leves (art. 131.1 CP)²³. Ambas afectarán a las personas extranjeras a la hora de acceder a autorizaciones administrativas, ya que tienen que ver con el momento en el que se podrá llevar a cabo la efectiva cancelación de los antecedentes penales. Pese a esto, por motivos de extensión del trabajo se considera más interesante ahondar en el tema de la generación de antecedentes penales.

a. Generación de antecedentes penales

Como anteriormente se ha mencionado, la reforma introduce una gran modificación en el régimen general de antecedentes penales. No obstante, antes de embarcarnos de lleno en los cambios producidos al respecto, es importante recordar –aunque sea sucintamente– que los antecedentes penales son la constatación oficial de que una persona ha sido condenada en firme por la comisión de un delito. Esta firmeza vendrá de la mano de la imposibilidad de interponer recurso alguno, bien porque se han agotado todas las posibilidades de recurso, o bien porque el recurso contra la sentencia condenatoria no se haya interpuesto en tiempo y forma. Así, la sentencia firme condenatoria será comunicada al Registro Central de Penados para su inscripción, por lo que a partir de ese momento en los ficheros del Ministerio de Justicia (órgano al que pertenece el Registro Central de Penados) al sujeto condenado por la sentencia le constará un antecedente penal. En el registro figurará el condenado con su filiación completa así como el delito por el que ha sido condenado y la duración de la pena.

Por tanto, únicamente los hechos que sean constitutivos de infracción penal calificados como delitos generarán antecedentes penales, y es aquí donde entran en juego los nuevos delitos leves: tradicionalmente la faltas no eran generadoras de antecedentes penales, pero ahora, con la reforma 1/2015 las antiguas faltas actualmente denominadas delitos leves sí que serán

²³ La “degradación sobrevenida” de los delitos menos graves y la interpretación que debe de hacerse de los apartados 3 y 4 del artículo 13 del CP se expone en: España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección nº 991). Sentencia núm. 392/2017 de 31 de mayo.

Aquellas conductas antes consideradas como falta que han pasado a convertirse en delitos leves han aumentado el plazo de prescripción, puesto que antes de la reforma era a los seis meses, y ahora han pasado a un año (art. 131.1 CP).



computables a efectos de antecedentes penales. ¿Qué significa esto? Que desde la reforma 1/2015 los antecedentes penales por la comisión de delitos leves quedan reflejados en el Registro Central de Penados²⁴.

No existe mejor manera para comprender la relevancia de este cambio legislativo y la magnitud de sus consecuencias que explicándolo mediante un ejemplo: el delito leve de hurto por cuantía inferior a 400 euros²⁵. Una persona entra en un supermercado y aprovecha el descuido del dependiente para coger un objeto de valor inferior a 400 euros. Esta conducta – en el caso de que el sujeto sea descubierto, por supuesto-, ha considerado el legislador que la mantendría entre las conductas merecedoras de sanción penal, se castiga con una pena de multa de uno a tres meses, mientras que en el anterior CP se le preveía la localización permanente o la multa de uno a dos meses²⁶. Además, dada la frecuencia con que en la práctica la antigua falta de hurto se produce, no nos encontramos precisamente ante una cuestión poco relevante²⁷.

La más evidente conclusión que se saca de este ejemplo es que la pena impuesta es mayor que la anteriormente establecida. Así, el límite superior previsto para la pena en abstracto del delito leve de hurto es un mes mayor que el previsto para la falta de hurto. Esto, obviamente, no ocurre sólo con los delitos leves de hurtos por cuantía inferior a 400 euros, sino que el incremento de las penas se puede decir que se ha dado de una forma bastante genérica respecto de las faltas convertidas en delitos.

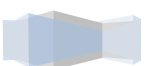
²⁴ Hasta 2015 no existía sin embargo un registro de faltas. El artículo 9. g) del Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia, sólo indica que se inscribirán en el registro “el delito o delitos del precepto penal aplicado”, sin hacer alusión alguna a las faltas.

²⁵ Este delito leve se recoge en el artículo 234.2 del CP y establece que “*se impondrá una pena de multa de uno a tres meses si la cuantía de lo sustraído no excediese de 400 euros, salvo si concurriese alguna de las circunstancias del artículo 235*”.

²⁶ Profundiza en el delito leve de hurto, MORENO VERDEJO, J. 2016. Delitos de robo y hurto. Multireincidencia. Evolución legislativa. Especial análisis de la reforma introducida por LO 1/15, de 30 de marzo. *Revista del Ministerio Fiscal*, [en línea]. Núm. 1, Madrid. Pp. 104-153 [consulta: 10 de noviembre de 2017]. Disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/revista1.pdf?idFile=cbd53b36-5662-478f-8716-d3faddde9233

Si el efectivo incremento de las penas ha sido lo suficientemente fundamentado o no por el legislador es discutido por PLATAFORMA NO SOMOS DELITO. 2014. La reforma del Código Penal: un grave retroceso en los derechos y las libertades públicas. Pp. 54-56.

²⁷ Según el Anuario estadístico del Ministerio del Interior (2015), del total de 2.036.815 infracciones penales conocidas por la policía, 715.469 son faltas de hurto, esto es, más de un tercio (35%). [consulta: 10 de noviembre de 2017]. Disponible en <http://www.interior.gob.es/documents/642317/1204854/Anuario-Estadistico-2015.pdf/03be89e1-dd38-47a2-9ce8-ccdd74659741>



No obstante, como anteriormente se ha mencionado, el efecto más relevante de este cambio está en las consecuencias que del comportamiento constitutivo de delito se derivarán. Una acción que hace escaso tiempo hubiese sido tipificado como falta hoy en día se prevé como delito leve que irremediabilmente generará antecedentes penales. Este cambio no sería tan significativo si no fuera por lo trascendental que resulta el hecho de poseer antecedentes penales en el ámbito penal, a la hora de optar a un empleo o, como se analizará más adelante, en el momento que una persona extranjera desee regularizar su situación administrativa.

Resulta conveniente en este punto hacer un inciso para distinguir entre los antecedentes penales y los policiales. Éstos últimos son básicamente los registros desfavorables que aparecen a nombre de una persona en las bases de datos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad²⁸. Los antecedentes policiales surgen desde el momento en el que se instruyen diligencias policiales por hechos tipificados como delitos o de carácter administrativo, y valdrán para uso interno de la Fuerzas y Cuerpos de Seguridad²⁹. Por tanto, en principio la posesión de antecedentes policiales no debería tener las mismas consecuencias que la tenencia de antecedentes penales.

i. Efectos de los antecedentes penales

Siguiendo con el ejemplo que poníamos precedentemente, existe una gran diferencia entre una persona que hurtó un objeto de valor inferior a 400 euros en 2014 y otra que hurta exactamente lo mismo en 2016: a aquella no le constará antecedente penal alguno en el Registro Central de Penados, mientras que la conducta de ésta será computable a efectos de antecedentes penales.

Pero, ¿tan relevante es la tenencia de antecedentes penales? Aunque el tema de los antecedentes penales no haya sido objeto de excesiva atención en la doctrina penal española, existe una presunción generalizada de que el hecho de poseer antecedentes penales puede comportar importantes consecuencias tanto para el ejercicio de los derechos cívicos o

²⁸ LARRAURI, E. 2016. Antecedentes penales y expulsión de personas inmigrantes. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, [en línea]. Núm. 2. Barcelona. ISSN 1698-739X. [consulta: 15 de noviembre de 2017]. Disponible en <http://www.indret.com/pdf/1214.pdf>, “no requieren, como los antecedentes penales, una condena y son mucho más difusos, ya que hay multitud y diversidad de ficheros policiales, lo que puede conllevar que tener “antecedentes policiales” no sea infrecuente ni conocido por la persona”

²⁹ En lo que a la cancelación de los antecedentes policiales se refiere, ésta obedece a la protección de datos de carácter personal que ofrece la Ley 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en virtud de los artículos 22.4 y 23.1. Podrán ser cancelados de oficio o a instancia de parte. <https://www.debelareabogados.es/cancelacion-antecedentes-penales/>



familiares como para el futuro laboral, ni que decir sobre las consecuencias en el ámbito penal³⁰. Y, en efecto, esta creencia no va en absoluto desencaminada, ya que la constatación de antecedentes penales en el Registro Central de Penados produce efectos –negativos, por supuesto- de remarcable magnitud. Es más, se podría afirmar que los antecedentes penales constituyen una sanción colateral añadida a la pena y que en esta medida aumentan la carga punitiva del castigo³¹.

Obviamente, los antecedentes penales tienen consecuencias devastadoras en el ámbito penal. No es objeto del presente estudio analizarlas, pero no está de más mencionar que las medidas cautelares, la calificación jurídica y la determinación de la pena y la fase de ejecución se verán profundamente afectadas por la tenencia de antecedentes penales³².

Otras de las dos grandes áreas donde la posesión de antecedentes penales es sumamente influyente son el área del empleo y el de la extranjería, más exactamente el acceso a permisos administrativos de residencia y trabajo. Teniendo en cuenta que el objeto del presente estudio es analizar las consecuencias que la tenencia de antecedentes supone para el acceso a los permisos de residencia, se hará a continuación mención a los problemas que acarrea la tenencia de antecedentes penales a la hora de acceder a un puesto de trabajo, para luego desarrollar más profundamente en el siguiente apartado la relación entre los antecedentes penales y las autorizaciones de residencia y trabajo de los ciudadanos de nacionalidad no comunitaria.

Se podría pensar que los antecedentes penales no representan un gran obstáculo en la reinserción laboral de las personas que las poseen debido a las limitaciones existentes en cuanto al acceso al Registro Central de Penados³³. Pero, ¿acaso es esto suficiente para que

³⁰ LARRAURI, E. 2015. Antecedentes penales. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. Núm. 8, p. 154. ISSN: 2253-6655

³¹ LARRAURI, E. y JACOBS, J.B. 2011. Reinserción laboral y antecedentes penales. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Núm. 13-09, p. 4. ISSN: 1695-0194. Afirman también que en EEUU un antecedente penal es considerado un “castigo invisible” y una “sanción colateral”, pues afecta a derechos políticos (derecho al voto), civiles (derecho al trabajo) y sociales (derecho a determinadas prestaciones sociales)

³² Las consecuencias de la tenencia de antecedentes penales en el ámbito penal son analizadas por LUZÓN CÁNOVAS, M. 2016. Antecedentes penales, [en línea]. Ponencia. [consulta: 10 de noviembre de 2017]. Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Luzón%20Cánovas,%20Mar%C3%ADa.pdf?idFile=2ab36b02-6023-49a0-bd19-8fb338837685.

Los antecedentes penales generados por los delitos leves no se computan a efectos de reincidencia (art. 22.8 CP) ni tampoco a efectos de la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena por la comisión de un delito que reúna todos los requisitos para que se suspenda (art. 80.2.1 CP).

³³ El Registro Central de Penados sólo puede comunicar información sobre los antecedentes penales de una persona a los jueces, al Ministerio Fiscal, a la policía judicial y al particular interesado. Asimismo, los expedientes judiciales no están disponibles para inspección pública. Habría que añadir a esto también las Los antecedentes penales y sus efectos en las personas extranjeras



estas personas no tengan dificultades a la hora de acceder a un puesto de trabajo? ¿O es que España dispone de una extensa e influyente legislación que prohíbe toda discriminación y proporciona además eficaces remedios legales a las personas que la sufren?

Podría ser que la idea que permanece en la conciencia colectiva es la de que no es posible contar con antecedentes penales para poder solicitar puestos en la Administración o la Policía³⁴. Así, al hacer una primera aproximación e investigar el número de empleos para los cuales legalmente se puede solicitar el certificado de antecedentes penales, nos encontramos con la exigencia general de carecer de antecedentes penales para trabajar en el sector público³⁵. De esta manera, toda persona que quiera acceder a un puesto de funcionario público relacionado con la seguridad como el ejército, la Guardia Civil, la Policía nacional, autonómica o local, los funcionarios de prisiones y bomberos necesitarán certificar la ausencia de antecedentes penales. También los jueces, profesores de Universidad, médicos de hospitales públicos o maestros deberán acreditarlo, así como la personas que quieran trabajar en algunas Instituciones Públicas como el Banco de España o el Parlamento. Si esto fuera poco, las actividades que se realizan en régimen de concesión administrativa (un servicio de taxis municipal) o las corporaciones o instituciones semipúblicas (Colegios profesionales como el de los abogados y notarios) también exigen el certificado de antecedentes penales³⁶.

resoluciones de la Agencia Española de Protección de Datos, en las que se ha negado que las sentencias judiciales sean datos públicos. Podemos concluir por tanto que en España los derechos a la privacidad, la dignidad y el honor son reconocidos de manera amplia, protegiendo al individuo de la posible divulgación de sus antecedentes penales. El tema de la publicidad de los antecedentes penales en España es analizado en profundidad por LARRAURI, E. y JACOBS, J.B. 2011. Reinserción laboral y antecedentes penales. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Núm. 13-09, p. 6-9. ISSN: 1695-0194; LARRAURI, E. 2011. Conviction Record In Spain: Obstacles To Reintegration Of Offenders? *European Journal of Probation*, [en línea]. Núm. 1. pp. 50-62. ISSN: 2006-2203. [consulta: 11 de noviembre de 2017]. Disponible en http://www.ejprob.ro/uploads_ro/722/Judicial_rehabilitation_in_Spain.pdf ; ROVIRA I SOPEÑA, M. 2016. Antecedentes penales y mercado laboral, [en línea]. Tesis Doctoral. Universitat Pompeu Fabra Barcelona. Pp. 9-31. [consulta: 11 de noviembre de 2017]. Disponible en: <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/392632/tmrs.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

³⁴ Así lo afirma LARRAURI, E. y JACOBS, J.B. 2011. Reinserción laboral y antecedentes penales. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Núm. 13-09, p. 9. ISSN: 1695-0194. También ha podido influir sobre esta conciencia la Orden de 9 de Marzo de 1937, la cual se presume derogada aun cuando se desconoce si lo ha sido formalmente, en la que se establece el requisito de no contar con antecedentes penales para poder solicitar puestos en la Administración, la Policía o el Ejército.

³⁵ Los certificados de antecedentes penales son la forma que tienen los responsables de selección de personal de una institución o empresa para poder acceder de forma legal a la información oficial sobre condenas anteriores de una persona. Ahonda en la legislación española referida a los certificados de antecedentes penales ROVIRA I SOPEÑA, M. 2016. Antecedentes penales y mercado laboral, [en línea]. Tesis Doctoral. Universitat Pompeu Fabra Barcelona. Pp. 9-17. [consulta: 12 de noviembre de 2017]. Disponible en <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/392632/tmrs.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

³⁶ Ver ANEXO 1.



A los empleos del sector público a los que es imprescindible acceder ausente de antecedentes penales, hay que sumarle los casos en los que los empresarios particulares exigen que se cumpla este mismo requisito. Ciertamente es que los empresarios no tienen acceso directo al Registro Central de Penados, por lo que la única manera que tienen de saber si la persona a la que quieren contratar tiene antecedentes penales es por medio de solicitud que la persona misma hace al Registro Central de Penados³⁷. No obstante, según una encuesta realizada a cincuenta personas que estaban cumpliendo una pena comunitaria (suspensión de la pena de prisión y obligación de asistir a un Programa Formativo), se les había solicitado el certificado de antecedentes penales en un 10% de ocasiones, casi en todos los casos al intentar trabajar en seguridad privada³⁸.

Así, las dificultades con las que una persona con antecedentes penales se encuentra a la hora de buscar empleo son evidentes, tanto en el sector público como en el privado, si bien en este último las exigencias son menores. Las personas condenadas a una pena de multa -que es la pena que por lo general de delitos leves se deriva- tienen probabilidades de sufrir algún tipo de discriminación laboral, debido a que cometieron una infracción calificada como delito leve cuya consecuencia directa es la generación de antecedentes penales³⁹. Parece que el hecho de tener antecedentes penales aumenta por sí mismo la dificultad de acceder al mercado laboral,

³⁷ Esta práctica es criticada por autores como BUENO ARÚS, F. 2006. *La cancelación de Antecedentes Penales*. Madrid: Thomson/Cívitas. Sería una forma indirecta de acceder a los antecedentes penales en los que la persona a contratar se encuentra “obligada” a aportar dicho documento para poder optar al puesto de trabajo. En general la doctrina laboralista sólo tiende a admitir como excepción la solicitud de certificado de antecedentes penales cuando esta información sea necesaria para valorar la aptitud laboral y un presupuesto para el normal desarrollo de la prestación. Sin embargo, no existe jurisprudencia concluyente respecto a los casos en los que los empresarios pueden solicitar el certificado, posicionándose por un lado los que defienden que no existe legislación alguna donde dicha práctica se prohíba, y por otro los que consideran que los antecedentes penales son datos personales protegidos por el derecho constitucional a la intimidad y que el objetivo de la rehabilitación prevalece sobre la libertad empresarial.

³⁸ Encuesta realizada por LARRAURI, E. y JACOBS, J.B. 2011. Reinserción laboral y antecedentes penales. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Núm. 13-09, pp. 18-19. ISSN: 1695-0194. También pasaron encuesta a personas encargadas de secciones sindicales y obtuvieron 16 respuestas. Ocho desconocían en qué situación podía solicitarse información acerca de los antecedentes penales y nunca se les había pedido a pesar de trabajar para grandes establecimientos. Cuatro respondieron afirmativamente que se requerían antecedentes penales para trabajar en la policía, en seguridad privada o en bomberos. Otras cuatro respuestas manifestaron que también se pedían en servicios de jardinería, empresas de limpieza, servicios sociales de atención a las personas y empleadas del hogar.

³⁹ En cuanto al tipo de pena que se impone a los delitos leves, el legislador en general opta por la imposición de penas de multa, debido a que lo que se sanciona son conductas típicas de escasa entidad. Además, el juez o tribunal tiene un amplio margen de apreciación para valorar la gravedad de la conducta. Sin embargo, se imponen penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de la localización permanente cuando se trata de delitos de violencia de género y doméstica, con el fin de evitar los efectos negativos que para la propia víctima puede conllevar la imposición de una pena de multa.



y esto nos lleva a afirmar que los antecedentes penales son una nueva forma de estratificación social, constituyendo un estigma certificado por el propio Estado⁴⁰.

Otra de las importantes áreas donde la posesión de antecedentes penales tiene consecuencias es, evidentemente, entre las personas extranjeras y el acceso de éstas a autorizaciones de residencia o residencia y trabajo. Como anteriormente indicado, esto se analizará extensamente en el próximo apartado.

ii. La cancelación de los antecedentes penales

Aunque en algunos países como Estados Unidos o Reino Unido determinados antecedentes penales no caduquen nunca, marcando de esta manera a los condenados de por vida, la política criminal moderna, una vez cumplida la pena, busca la rehabilitación del penado con el fin de evitar su estigmatización⁴¹. Ahora bien, a pesar de la convicción general de que los antecedentes penales se cancelan “de oficio”, nada más lejos de la realidad, el penado debe cumplir determinadas condiciones para poder llevar a efecto la cancelación de los mismos.

Como señala el artículo 136.1 del CP, la cancelación de los antecedentes penales tiene como premisa que el condenado haya extinguido su responsabilidad penal, cuya declaración corresponde exclusivamente a los órganos de la jurisdicción penal competentes para la ejecución de la pena impuesta.

De igual manera, el mencionado artículo vincula la cancelación de los antecedentes penales al transcurso de un determinado periodo de tiempo que varía en función de la gravedad de la pena impuesta⁴². En cuanto al plazo exigido para la cancelación de los antecedentes penales

⁴⁰ PAGER, D. 2003. The mark of a criminal record. *The American Journal of Sociology*, [en línea]. Vol. 108 (núm. 5). Pp. 937-975. [consulta: 12 de noviembre de 2017]. Disponible en: https://scholar.harvard.edu/files/pager/files/pager_ajs.pdf

⁴¹ El art. 73 de la Ley Orgánica General Penitenciaria dispone que “1. El condenado que haya cumplido su pena y el que de algún 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”.

⁴² Art. 136.1 CP: “1. Los condenados que hayan extinguido su responsabilidad penal tienen derecho a obtener del Ministerio de Justicia, de oficio o a instancia de parte, la cancelación de sus antecedentes penales, cuando hayan transcurrido sin haber vuelto a delinquir los siguientes plazos: a) Seis meses para las penas leves. b) Dos años para las penas que no excedan de doce meses y las impuestas por delitos imprudente. c) Tres años para las restantes penas menos graves inferiores a tres años. d) Cinco años para las restantes penas menos graves iguales o superiores a tres años. e) Diez años para las penas graves”.



derivados de la comisión de delitos leves, este será de seis meses empezados a contar siempre “desde el día siguiente a aquel en que quedara extinguida la pena” (art. 136.2 CP).

Como es bien sabido, la LO 1/2015, además de aumentar los plazos de cancelación para las penas menos graves y graves, crea un nuevo catálogo de delitos que generan antecedentes penales: los delitos leves⁴³. El cambio es abismal: no es siquiera que se pueda afirmar que los plazos de cancelación hayan aumentado –como ocurre con las penas menos graves y graves–, sino que anteriormente la comisión de la falta no traía consecuencia alguna –además de la pena para ésta prevista, claro está– y actualmente en cambio los delitos leves computan a efectos de antecedentes penales⁴⁴. Esto es, se podría decir que el legislador entiende que ciertas conductas típicas que ya tenían una pena prevista son merecedoras de un mayor reproche penal, al introducir la nueva figura de “delito leve” y con ello añadir la pena “añadida” de los antecedentes penales y la necesidad de su cancelación.

En lo que a la tramitación de la cancelación se refiere, el Real Decreto 95/2009 regula los trámites necesarios para cancelar los antecedentes penales⁴⁵. Según su artículo 19, las inscripciones se cancelarán de oficio, a solicitud del interesado o por comunicación del órgano judicial, y le corresponde al Ministerio de Justicia resolver el procedimiento (art. 18.1), siempre que se hayan cumplido los requisitos previstos en el art. 136 del CP. Cuando el procedimiento se inicie de oficio o a instancia de parte y el órgano judicial no elaborase informe afirmando el efectivo cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 136 del

⁴³ Se aumentan los plazos de cancelación. Por un lado al establecer tres plazos distintos para las penas menos graves distinguiendo si la pena impuesta es o no inferior a tres años –en la anterior redacción del CP las penas menos graves superiores a doce meses de duración tenían un único plazo de cancelación de tres años–, y por otro lado cambiando el plazo establecido para las penas graves de cinco a diez años. Este aumento de plazos para solicitar la cancelación de los antecedentes penales es criticado por PLATAFORMA NO SOMOS DELITO. 2014. La reforma del Código Penal: un grave retroceso en los derechos y las libertades públicas. Pp. 31-33

⁴⁴ La LO 1/2015 se ha encontrado también con el problema de la transitoriedad, esto es, la incidencia de la reforma sobre las causas pendientes de enjuiciamiento a fecha 1 de julio de 2015. Algunas sentencias –STS 594/2002, 18/01/2002; STS 213/2012, 17/05/2012– han defendido que en tanto el art. 136 no es una norma penal en sentido estricto deberían tenerse en cuenta los plazos de cancelación de la norma vigente al tiempo de producirse la extinción de la responsabilidad criminal. La Fiscalía General del Estado, en palabras de LUZÓN CÁNOVAS, M. 2016. Antecedentes penales, [en línea]. Ponencia. Pp. 23. [consulta: 10 de noviembre de 2017]. Disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Luzón%20Cánovas,%20Mar%C3%ADA.pdf?idFile=2ab36b02-6023-49a0-bd19-8fb338837685, defiende que teniendo en consideración la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental a la libertad personal y el principio de legalidad, deben ser aplicados los plazos de cancelación de la pena vigentes al tiempo de la comisión de los hechos objeto de la condena.

⁴⁵ España. Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia. *Boletín Oficial del Estado*, 7 de febrero de 2009, núm. 33.



CP, el Registro Central de Penados lo solicitará para que en el plazo máximo de dos meses el órgano judicial efectúe el informe anteriormente solicitado (art. 19.2)⁴⁶.

V. ANTECEDENTES PENALES Y AUTORIZACIONES ADMINISTRATIVAS DE RESIDENCIA Y TRABAJO

La generación de antecedentes penales es un *plus* sobre la pena impuesta a una persona cometidora de un delito. Es decir, constituyen una sanción colateral añadida a la pena y que en esta medida aumentan la carga punitiva del castigo. Esta persona, obviamente, tendrá que enfrentarse a la sanción que el juez considere oportuna en base a la gravedad del delito cometido. Pero las consecuencias de su acción no terminan ahí, porque una vez “pagado” por lo que ha hecho, todavía tendrá que esperar para “limpiarse” del delito cometido, para que esa actuación pueda por una vez ser olvidada. Sin entrar a valorar el trasfondo de la figura de los antecedentes penales y la justificación del por qué de su existencia, una cosa está clara: el castigo que al cometedor del delito se le impone tiene una duración considerablemente más larga en el tiempo que la prevista por el CP para cada tipo. Ciertamente es que son dos formas de sanción dispares, pero su naturaleza se asemeja en tanto ambas consisten en un factor externo con efectos negativos sobre la persona, ya sea por la imposición de una pena privativa de libertad o por la imposibilidad de acceder a un puesto de trabajo en la Administración.

Con la LO 1/2015, la nueva figura del delito leve no hace más que agravar estas situaciones incrementando el número de delitos generadores de antecedentes penales. Así, se dan situaciones en las que un comportamiento que hace tres años no hubiese acarreado generación de antecedente penal alguno actualmente genera antecedentes penales, y habrá que esperar un determinado tiempo para poder cancelarlos. Esto es, este *plus* sobre la pena impuesta a una persona cometidora de un delito afectará a un mayor número de personas.

Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con las personas de nacionalidad española, todo comportamiento tipificado como delito –ya sea leve, menos grave o grave– que consecuentemente genere antecedentes penales, por muy livianos que éstos sean, tiene efectos

⁴⁶ Según JAÉN VALLEJO, M. y PERRINO PÉREZ, A.L. 2015. *La reforma penal de 2015: análisis de las principales reformas introducidas en el Código Penal por las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*. Madrid: Dykinson, pp. 212-213, la cancelación de antecedentes penales presentaba problemas a la hora de hacerla efectiva, pues ésta dependía de la comprobación del cumplimiento de una serie de requisitos que sólo el órgano judicial podía llevar a cabo, por lo que el procedimiento se dilataba mucho. Introduciendo la posibilidad de solicitud de informe por parte del Registro Central de Penados, parece que se busca la efectiva cancelación de los antecedentes penales en el plazo máximo de tres meses.



negativos directos y en numerosas ocasiones incorregibles para las personas extranjeras. En estos casos, la tenencia de antecedentes penales, además de generar las consecuencias desfavorables que ya de por sí constituyen para toda persona, incidirán sobre la situación administrativa de la persona extranjera, dificultando y en numerosas ocasiones imposibilitando el acceso a su regularización⁴⁷.

La desaparición de las antiguas faltas y la creación de los nuevos delitos leves obstaculiza el recorrido hacia la regularización de las personas que desean permanecer en territorio español, creando situaciones de desigualdad entre personas por el mero hecho de haber cometido una misma acción en diferentes momentos. Es por eso que el *“más vale un mal acuerdo que un buen pleito”* no resulta en absoluto positivo para las personas extranjeras, al la tenencia de antecedentes penales afectar –y mucho- a la hora de solicitar las diferentes autorizaciones de residencia.

1. INTRODUCCIÓN AL DERECHO DE EXTRANJERÍA

Para entender el impacto que tienen los antecedentes penales en las personas extranjeras, es imprescindible adquirir unos conocimientos básicos en Derecho de Extranjería. En lo que a la legislación en materia de extranjería se refiere, se distinguen por una lado el Régimen General, que es el que se les aplicará a las personas de nacionalidad extracomunitaria, y por otro el Régimen Comunitario, que les será de aplicación a las personas de nacionalidad comunitaria y a sus familiares⁴⁸. En el presente trabajo se analizarán algunos de los permisos de residencia emanados de ambos regímenes⁴⁹.

⁴⁷ Los antecedentes penales también tendrán relevantes consecuencias en cuanto a la expulsión de la persona extranjera: la “expulsión directa”, cuando la pena impuesta es privativa de libertad superior a un año (art. 57.2 LOEx); y la “expulsión indirecta” cuando la Administración no renueva la autorización de residencia a causa de los antecedentes penales (arts. 31.7 y 57.1 LOEx). Distinción efectuada por LARRAURI, E. 2016. Antecedentes penales y expulsión de personas inmigrantes. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, [en línea]. Núm. 2. Barcelona. P. 7. ISSN 1698-739X. [consulta: 15 de noviembre de 2017]. Disponible en <http://www.indret.com/pdf/1214.pdf>

⁴⁸ En el Régimen General se aplicará la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y el Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

En el Régimen Comunitario se aplicará el Real decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y el Real Decreto 987/2015, de 30 de octubre, por el que se modifica el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.



Así, muchos de los ciudadanos nacionales de terceros países, además de tener que acreditar medios de vida, necesitan visado para entrar en un país de la Unión Europea y permanecer en él 90 días⁵⁰. Es importante mencionar que ya a la hora de solicitar el visado, en el caso de que se tengan antecedentes penales es muy probable que esto afecte a la entrada en países comunitarios⁵¹. El visado se solicita y se expide en los consulados españoles en país de origen, y la concesión de ésta habilita al extranjero a entrar a España y a permanecer en el país en la situación para la que se hubiera concedido⁵².

Se necesite o no visado para entrar, después de los 90 días de estancia en España se debe solicitar una autorización de residencia o de residencia y trabajo, para la cual los antecedentes penales, como veremos a continuación, supondrán en no pocos casos un gran obstáculo, y en otros muchos una imposibilidad total de concesión.

Por razones de espacio y porque tampoco es objeto del presente trabajo extenderse de más en la exposición de las diferentes vías que ofrece la legislación actual para la efectiva regularización de la situación administrativa de las personas extranjeras, se hará un esquema general para que el lector tenga una visión global de los mecanismos disponibles –dentro del Régimen General- para los interesados en permanecer en territorio español por más de 90 días.

El Régimen Comunitario se aplica a las personas nacionales de Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumanía y Suecia. También a las personas nacionales del Espacio Económico Europeo: Noruega, Islandia y Liechtenstein y a los nacionales de la Confederación Suiza.

⁴⁹ Según datos del informe elaborado por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social “Flujo de autorizaciones de residencia concedidas e extranjeros en 2016: Principales Resultados”, considerando el régimen jurídico de aplicación, se concedieron un total de 566.013 autorizaciones de residencia: 56,8% de ellas en Régimen General y 43,2% en Régimen Comunitario. [consulta: 26 de noviembre de 2017]. Disponible en http://extranjeros.empleo.gob.es/es/estadisticas/operaciones/flujos-autorizacion/2016/Residentes_PRFlujo2016.pdf

⁵⁰ La necesidad de acreditar medios económicos se recoge en el art. 9 ReLOEx: “El extranjero deberá acreditar, en el momento de la entrada, que dispone de recursos o medios económicos suficientes para su sostenimiento y el de las personas a su cargo que viajen con él, durante el periodo de permanencia en España...”.

El art. 7 ReLOEx prevé el visado para la entrada en el país de nacionales de algunos países.

⁵¹ Analiza en las consecuencias de los antecedentes penales en la Unión Europea BLITSA, D.; GOULDYN, L.P.; JACOBS, J.B.; LARRAURI, E. 2015. Criminal Records and Immigration: Comparing the United States and the European Union. *Fordham International Law Journal*, [en línea]. Vol. 39 (2), pp. 226-240. [consulta: 14 de noviembre de 2017]. Disponible en: <http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2416&context=ilj>

⁵² El art. 25 bis de la LOEx establece diferentes tipos de visados, entre los que podemos distinguir visados de tránsito, de estancia, de residencia, de residencia y trabajo, de residencia y trabajo de temporada, de estudios y de investigación.



Hablando siempre en términos generales, una persona extranjera se puede encontrar en dos situaciones en España: en situación de estancia o en situación de residencia. Dentro de la primera se distingue la estancia de corta duración –es decir, inferior a 90 días- y la de por estudios, para prácticas no laborales o para servicios de voluntariado. La extensión de estas últimas dependerá de la duración de la actividad a desarrollar que justifica la concesión del permiso de estancia.

La situación de residencia sin embargo puede ser temporal o de larga duración. La residencia temporal podrá ser por reagrupación familiar, de circunstancias excepcionales, de trabajo o no lucrativa, y tendrá siempre una duración inferior a cinco años. La autorización de larga duración habilitará al interesado a residir y trabajar en las mismas condiciones que los españoles, y podrá ser solicitada una vez cumplidos cinco años de residencia en territorio español. Es importante puntualizar que esta renovación no es una renovación *per se*, es decir, no se renueva el derecho a residir en España, sino que la tarjeta física que contiene los datos sobre el tipo de autorización de residencia y personales⁵³.

El Régimen Comunitario se les aplicará a las personas de nacionalidad comunitaria y a sus familiares. Los nacionales de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, en el caso de que quisiera permanecer en territorio español durante más de 90 días, únicamente deben solicitar su inscripción en el registro Central de Extranjeros para que se le expida un certificado de registro.

Según el artículo 2 del Real Decreto 240/2007 (en adelante RD 240/2007), también se les aplica el Régimen Comunitario a los siguientes familiares de nacionalidad extracomunitaria. Para estancias superiores a tres meses estos familiares deberán tramitar la tarjeta de residencia de familiar de comunitario. Ésta tendrá una duración de cinco años, que es cuando se deberá proceder a su renovación, y su mantenimiento dependerá de la conservación del vínculo que dio origen al permiso de residencia, hablando en términos generales.

Se consideran familiares de comunitario las personas que tengan los siguientes vínculos con los nacionales de los Estados miembros:

- Cónyuge, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal.

⁵³ Como regla general, una vez acreditados diez años de residencia en España se podrá solicitar la nacionalidad española. No obstante, existen numerosas excepciones a esto que no se mencionarán en el presente trabajo pero recogidas todas ellas en la web del Ministerio de Justicia en el apartado *¿Cómo se adquiere la nacionalidad española?*



- Pareja con la que mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público establecido a esos efectos en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado parte en el Espacio Económico Europeo, que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado, y siempre que no se haya cancelado dicha inscripción, lo que deberá ser suficientemente acreditado. Las situaciones de matrimonio e inscripción como pareja registrada se considerarán, en todo caso, incompatibles entre sí.
- Sus descendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal, o se haya cancelado la inscripción registral de pareja, menores de veintiún años, mayores de dicha edad que vivan a su cargo, o incapaces.
- Sus ascendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada que vivan a su cargo, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal, o se haya cancelado la inscripción registral de pareja.

2. AUTORIZACIONES ADMINISTRATIVAS EN EL RÉGIMEN GENERAL

Una vez que una persona llega a territorio español tiene diferentes vías de regularización, y, por supuesto, los antecedentes penales tendrán consecuencias en muchas de esas vías. Ciertamente se podría decir que *a priori* el abanico de posibilidades es grande, o así lo parece, sin embargo, en la práctica, las vías de regularización que más se utilizan no son tan variadas debido a las dificultades de acceder a las mismas en no pocas ocasiones. Son precisamente esas vías, las más frecuentemente utilizadas, las que se analizarán a continuación. Lógicamente, estas vías de regularización son también las que más resoluciones judiciales han generado al ser en la práctica las más solicitadas, por lo que en el siguiente apartado se examinará lo previsto en la Ley Orgánica 4/2000 (en adelante LOEx) y en el Real Decreto 557/2011 (en adelante ReLOEx) referente a las solicitudes combinándola con la jurisprudencia más relevante emanada al respecto.

Pero, ¿qué vías de regularización son las utilizadas habitualmente? Dentro del Régimen General, aunque no se pueda generalizar, en la práctica existe una tendencia a utilizar la vía de las autorizaciones por circunstancias excepcionales, posiblemente por ser la más asequible en cuanto a los requisitos exigidos. Por supuesto, esto no significa que todas las personas



extranjeras se regularicen de esta manera ni que la Administración sea más flexible a la hora de conceder estas autorizaciones, sino que simplemente, se dan en un mayor número de personas las circunstancias necesarias para poder acceder a estas autorizaciones, por lo que resulta interesante analizar las consecuencias que la tenencia de antecedentes penales tendrá sobre ellas.

Las autorizaciones de residencia temporal por circunstancias excepcionales tienen validez de un año, por lo que al cabo de ese periodo de tiempo habrá de solicitar una modificación a residencia y trabajo inicial, que tendrá vigencia de dos años. Después de esto la persona interesada tendrá que renovar la autorización de residencia y trabajo por otros dos años más, para los que la tenencia de antecedentes penales tendrá relevantes consecuencias. A los cinco años de residencia en territorio español se podrá solicitar la autorización de residencia de larga duración, la cual podrá ser renovada cuantas veces se requiera.

En la siguiente tabla se sintetiza lo anteriormente expuesto:

RESIDENCIA TEMPORAL	1. Circunstancias excepcionales	1 año de duración
	2. Modificación a residencia y trabajo por cuenta ajena/propia inicial	2 años de duración
	3. Renovación de residencia y trabajo por cuenta ajena/propia	2 años de duración
RESIDENCIA DE LARGA DURACIÓN	4. Larga duración	La tarjeta tiene una duración de 5 años y es renovable en Comisaría de Policía

A continuación se analizarán por un lado las consecuencias que los antecedentes penales tienen sobre algunos de los permisos de residencia temporal y por otro sobre el permiso de residencia de larga duración.



a. Residencia temporal

i. Autorización de residencia por circunstancias excepcionales

Después de que transcurran los 90 días desde la entrada del extranjero en el país, tanto necesitase para ello visado como si no, en caso de que su intención sea permanecer en España deberá solicitar una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales⁵⁴. Estas “circunstancias excepcionales” pueden ser variadas, por lo que existen diferentes supuestos de acceso a este tipo de autorización. No obstante, todas ellas tienen en común que los interesados a los que se les conceda pueden tramitarlo una vez se encuentran en España y pueden permanecer en el país mientras la solicitud se esté valorando, es decir, aunque se encuentren en situación “irregular”. Además, por regla general este tipo de autorización lleva o puede llevar aparejada la posibilidad de trabajar. Eso sí: los antecedentes penales son un impedimento importante para acceder a estas autorizaciones, como se verá a continuación.

Las autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales pueden ser de diferente índole:

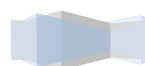
- Autorización por razones de arraigo (art. 124 ReLOEx)⁵⁵
 - o Arraigo social
 - o Arraigo familiar
 - o Arraigo laboral

⁵⁴ El art. 31.3 LOEx.: “La Administración podrá conceder una autorización de residencia temporal por situación de arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la Justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente”, para después desarrollarlo el art. 123. ReLOEx.: “De conformidad con el artículo 31.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en atención a las circunstancias excepcionales que concurran, se podrá conceder una autorización de residencia temporal a los extranjeros que se hallen en España en los supuestos de arraigo, protección internacional, razones humanitarias, colaboración con autoridades públicas o razones de seguridad nacional o interés público, previstos en los artículos siguientes (...)”

⁵⁵ Las autorizaciones por arraigo son una figura relativamente nueva, surgidas con el anterior reglamento de extranjería -Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social- como un procedimiento permanente que permite dar respuesta a situaciones individuales de irregularidad. Anteriormente en España se llevaron a cabo seis procesos de regularización/normalización, con el objeto de legalizar a trabajadores extranjeros que se encontrasen en territorio español sin las correspondientes autorizaciones administrativas. Estos procesos de regularización/normalización eran procesos puntuales que tenían una duración determinada en el tiempo, mientras que el arraigo se considera un proceso permanente.

Para más información consultar AGUILERA IZQUIERDO, R. 2006. El acceso de los inmigrantes irregulares al mercado de trabajo: los procesos de regularización extraordinaria y el arraigo social y laboral. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, [en línea]. Núm. 63, pp. 175-195. [consulta: 22 de noviembre de 2017]. ISSN: 1137-5868. Disponible en:

http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/63/Est06.pdf



- Autorización por razones de protección internacional (art. 125 ReLOEx)
- Autorización por razones humanitarias (art. 126 ReLOEx)
- Autorización por colaboración con autoridades (art. 127 ReLOEx)
- Autorización por razones de seguridad nacional o interés público (art. 127 ReLOEx)

Estable el artículo 31.5 de la LOEx que es requisito imprescindible para acceder a las autorizaciones de residencia temporal carecer de antecedentes penales: *“Para autorizar la residencia temporal de un extranjero será preciso que carezca de antecedentes penales en España o en los países anteriores de residencia, por delitos existentes en el ordenamiento español, y no figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido”*.

Pese a esta disposición es necesario hacer varias puntualizaciones, ya que la jurisprudencia ha interpretado de diferente manera la necesidad de carecer de antecedentes penales para acceder a según y qué autorización por circunstancias excepcionales. Nos centraremos en las autorización por circunstancias excepcionales de arraigo social, arraigo familiar y razones humanitarias por ser en la práctica las más solicitadas y por tanto ser bien las que mayor número de denegaciones generan en la práctica o bien las que han dado lugar a una más abundante interpretación jurisprudencial.

a. Autorizaciones por arraigo

i. Arraigo social

El arraigo social lo podrá solicitar todo aquel que haya permanecido con carácter continuado en España durante un periodo mínimo de tres años, presente un precontrato de trabajo de duración de un año y acredite carecer de antecedentes penales en España y en los países que anteriormente haya residido por delitos existentes en el ordenamiento español (art. 124.2 ReLOEx). Esta autorización tendrá la duración de un año.

La exigencia de ausencia de antecedentes penales es ineludible a efectos de solicitar la autorización de residencia y trabajo por arraigo social. Es más, después de una búsqueda exhaustiva, no se ha podido encontrar resolución alguna que siquiera entre a valorar algún caso en el que el hecho de poseer antecedentes penales no derive directamente en la denegación de la solicitud de autorización por arraigo social por el Delegado del Gobierno que proceda. Esta tajante exigencia, teniendo en cuenta el importante número de personas



extranjeras que regularizan su situación administrativa a través de esta vía, cierra muchas puertas a un considerable número de personas extranjeras⁵⁶.

La tenencia de antecedentes policiales es también controvertida en lo que al arraigo social se refiere. La LOEx ni la ReLOEx hacen referencia a esta figura, por lo que *a priori* la mera existencia de antecedentes policiales no puede dar lugar, automáticamente, a la denegación de la autorización de residencia. Pese a lo anterior, no han sido pocos los casos en los que la Administración ha denegado las solicitudes de arraigo social en base a la tenencia de antecedentes policiales, aunque cierto es que posteriormente estas solicitudes suelen resultar favorables una vez recurridas en vía judicial mediante recurso contencioso-administrativo⁵⁷.

ii. Arraigo familiar

Otra de las vías de regularización es la autorización de residencia por circunstancias excepcionales por arraigo familiar, incluida en el artículo 124.3 de la ReLOEx. La podrán solicitar por una lado los progenitores de un menor de nacionalidad española, siempre que tengan a cargo al menor y convivan con éste o estén al corriente de las obligaciones paternofiliales respecto al mismo, y por otro los hijos de padre o madre que hubiera sido originalmente español⁵⁸.

Por lo que se refiere a la incidencia que tendrá la tenencia de antecedentes penales a la hora de solicitar la autorización de residencia por esta vía, el arraigo familiar ha generado innumerable jurisprudencia⁵⁹. Asentó doctrina finalmente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) mediante su pronunciamiento en septiembre de 2016⁶⁰.

⁵⁶ Teniendo en cuenta las numerosas ocasiones en las que se incoa un procedimiento de expulsión en virtud del artículo 53.1. a) de la LOEx por encontrarse irregularmente en territorio español, es importante recalcar que esto no implica impedimento alguno a la hora de solicitar la autorización de residencia y trabajo por arraigo social –ni tampoco por ninguna otra vía-. Contrariamente a lo que muchas personas extranjeras piensan, estas órdenes de expulsión no generan antecedentes penales, por lo que se revocarán de oficio al presentar el arraigo.

⁵⁷ España. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª). Sentencia núm. 850/2016 del 25 de noviembre; España. Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª). Sentencia núm. 338/2017 de 25 de mayo.

⁵⁸ Se ha criticado en numerosas ocasiones el hecho de que a los familiares de estas personas comunitarias se les aplique el ReLOEx y no el RD 240/2007 aplicable a ciudadanos comunitarios y sus familiares. Se pronuncia al respecto el TJUE, argumentado que *“el artículo 20 TFUE se opone a medidas nacionales, incluidas las decisiones que deniegan el derecho de residencia a los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión, que tengan por efecto privar a los ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto”*: Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso Chavez-Vilchez y otros (C-133/15). Sentencia de 10 de mayo de 2017.

⁵⁹ Las dudas en cuanto a la legalidad del art. 31.5 de la LOEx se plasman en el Auto 54/2010 de 19 de mayo que dictó el Tribunal Constitucional, donde al plantearse cuestión de inconstitucionalidad sobre la legalidad del art. Los antecedentes penales y sus efectos en las personas extranjeras



Mediante Auto de 20 de marzo de 2014, la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo (en adelante TS) planteó cuestión prejudicial ante el TJUE preguntando si era compatible el artículo 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE) con *“una legislación nacional que excluye la posibilidad de otorgar permiso de residencia a un progenitor de un ciudadano de la Unión Europea, menor de edad y dependiente de aquél, por tener antecedentes penales en el país donde formula la solicitud, aunque ello lleve aparejada la salida forzosa del territorio de la Unión del menor al tener que acompañar al progenitor”*⁶¹.

El TJUE, tras una extensa argumentación, concluye que el Derecho comunitario se opone a una normativa nacional que, de manera automática por la tenencia de antecedentes penales, permite denegar una autorización de residencia por circunstancias excepcionales a un extranjero que tiene la guardia y custodia de un menor de la Unión Europea (en adelante UE). Esto es, una condena penal, por sí sola, sin tener en cuenta ninguna otra circunstancia, no puede justificar una denegación de la autorización de residencia⁶².

Posteriormente el TS resolvió inaplicar por contradicción con el derecho comunitario el artículo 31.5 de la LOEx que prohíbe otorgar la residencia de forma incondicional a solicitantes de arraigo familiar que tengan antecedentes penales⁶³.

31.5 de la LOEx, éste negó que la exigencia de “carecer de antecedentes penales” incurriera en inconstitucionalidad. El TC argumentó que el gobierno puede establecer requisitos para la entrada y residencia de personas para proteger el orden público, y que ello no sacrifica el derecho a residir de las personas extranjeras puesto que éste es un derecho de “configuración legal” y su restricción no es desproporcionada, pues sólo dura en tanto los antecedentes penales no son cancelados.

⁶⁰ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso Comisión/Consejo (C-165/12). Sentencia de 13 de septiembre de 2016. Progenitor nacional de tercer país con antecedentes penales y con un hijo de nacionalidad española y una hija de nacionalidad polaca, sobre lo que ejerce la guardia y custodia exclusiva, habiendo los menores residido siempre en España. Cabe también mencionar la resolución dictada el mismo día por el TJUE -Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso CS (C-304/14). Sentencias de 13 de septiembre de 2016-, donde interpreta de la misma manera el caso de una madre con antecedentes penales de un menor de nacionalidad británica que reside con ella en el Reino Unido y cuya guarda tiene en exclusiva.

⁶¹ Art. 20 del TFUE: *“Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla. 2. Los ciudadanos de la Unión son titulares de los derechos y están sujetos a los deberes establecidos en los Tratados. Tienen, entre otras cosas, el derecho: a) de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (...)”*

⁶² En líneas generales, el TJUE argumenta que un menor nacional de un Estado miembro, en tanto la ciudadanía de la Unión confiere a todo ciudadano de la Unión un derecho fundamental e individual de circular y residir en el territorio de los Estados miembros, esto también implica necesariamente que éste tenga derecho a ser acompañado por la persona que se encarga de su cuidado efectivo, lo que conllevaría a que esta última persona pueda residir con él en el Estado miembro. La eventual obligación del progenitor de abandonar el país privaría al menor del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos que le confiere su estatuto de ciudadano de la Unión.

⁶³ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo). Sentencia núm. 15/17 de 10 de enero.



Asimismo, sin tener que recurrir al derecho comunitario y teniendo únicamente en cuenta la legislación nacional en materia de extranjería, llegaríamos a esta misma conclusión. En efecto, el artículo 31.3 de la LOEx hace referencia a la autorización de circunstancias excepcionales por razones de arraigo, el cual se remite en bloque a lo “que se termine reglamentariamente”. El ReLOEx, en su artículo 124, al hacer referencia a la residencia temporal por razones de arraigo laboral, social y familiar, exige claramente en los dos primeros tipos de autorizaciones (apartados 1 y 2) la ausencia de antecedentes penales, pero no en relación al arraigo familiar (art. 124.3)⁶⁴. Esta omisión no es fruto de ningún error del legislador, sino consecuencia de la ponderación del peso que juega la tenencia de antecedentes penales y de las hipotéticas consecuencias que tendría la denegación de la solicitud por tenencia de antecedentes penales.

Por consiguiente, muchos extranjeros solicitantes de residencia por arraigo familiar con antecedentes penales ven denegada su solicitud por la Delegación del Gobierno, situación que tiene que ser revertida por los tribunales, quienes se la conceden una vez interpuesto el correspondiente recurso contencioso-administrativo, debido a que *“habrá que tomar en consideración los antecedentes penales ponderando su entidad, gravedad e incidencia de cara la obtención del permiso, atendiendo a una estricta casuística y con expresa motivación si los antecedentes fuesen determinantes de la denegación”*⁶⁵.

b. Razones humanitarias por enfermedad sobrevenida

La última de las autorizaciones por circunstancias excepcionales que se examinará es la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales por razones humanitarias, prevista en el artículo 126 de la ReLOEx. En grandes rasgos, podrá solicitarse cuando la persona extranjera sea víctima de un delito, cuando el traslado a su país de origen implique un peligro o cuando sufra una enfermedad sobrevenida, que es el caso que se examinará a continuación, por ser este en la práctica hartó solicitado.

⁶⁴ Es más, el Reglamento de Extranjería anterior ya derogado (Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social), al ocuparse de la autorización excepcional por arraigo introducía la exigencia general –ahora inexistente– relativa a “siempre que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen” (art. 45.2).

⁶⁵ España. Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª). Sentencia núm. 252/2016 de 20 de abril. En línea con esta argumentación, entre muchas otras: España. Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 10ª). Sentencia núm. 556/2014 de 2 de septiembre; España. Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 1ª). Sentencia núm. 252/2016 de 20 de abril.



Según el artículo 126.2 de la ReLOEx, esta autorización podrán solicitarla *“los extranjeros que acrediten sufrir una enfermedad sobrevenida de carácter grave que requiera asistencia sanitaria especializada, no accesible en su país de origen, y que el hecho de ser interrumpida o de no recibirla suponga un grave riesgo para la salud o la vida”*.

La interpretación del artículo 31.5 de la LOEx es también problemática en la autorización por razones humanitarias, por lo que la tenencia de antecedentes penales y el efecto de éstas en la decisión de la Delegación del Gobierno ha derivado también en una copiosa jurisprudencia.

En este sentido, es interesante la línea argumental que sigue el Tribunal Superior de Justicia (en adelante TSJ) del País Vasco⁶⁶. Explica que en un principio al leer el artículo 31.5 de la LOEx podría parecer que el requisito de carecer de antecedentes penales opera también para todas las autorizaciones excepcionales. Sin embargo, al examinar el artículo 64 del mismo texto legal en el que indica los requisitos para la concesión de la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, reitera en su apartado 2.c) que, sola y exclusivamente para ese supuesto, será obligatoria la ausencia de antecedentes penales. De este modo, el órgano judicial concluye que el artículo 64 no es aplicable a la solicitud de la autorización por enfermedad sobrevenida, por lo que ninguna exigencia podrá extraerse de él.

Volviendo al artículo 31, para responder a la pregunta de qué norma precisa si la previsión legal del artículo 31.5 es trasladable a las autorizaciones por circunstancias excepcionales, el TSJ establece que el artículo 31.3 remite para la regularización de estas autorizaciones a la ReLOEx, donde no se impone el mencionado requisito en el supuesto del artículo 126 referente a la solicitud por razones humanitarias, sí haciéndolo en cambio para los supuestos de arraigo social y laboral⁶⁷. Así, igual que sucede con el anteriormente mencionado arraigo familiar, según el TSJ la decisión del legislador de no incluir la ausencia de antecedentes penales entre los requisitos fue claramente intencionado⁶⁸.

⁶⁶ España. Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 1ª). Sentencia núm. 578/2016 de 30 de diciembre; España. Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 1ª). Sentencia núm. 17/2017 de 25 de enero.

⁶⁷ Según el TSJ del País Vasco, la exigencia de carecer de antecedentes penales es claramente exigido para los casos de residencia por razones de arraigo laboral (art. 124.1) y social (art. 124.2), pero no para el de por arraigo familiar (art. 124.3) ni para las de por razones de protección internacional (art. 125), humanitarias (art. 126) o de colaboración pública y seguridad nacional (art. 127).

⁶⁸ En palabras del Tribunal, *“esa omisión no es casual ni fruto de error o lapsus de quien ha ejercido la potestad reglamentaria, sino fruto de que por razones de oportunidad se hayan valorado con mayor intensidad los bienes jurídicos comprometidos en cada uno de esos casos, que lo que representa el antecedente penal en su proyección indirecta sobre la convivencia social, el orden público y sobre los criterios de prevención especial del delito, en general más rigurosos respecto del extranjero que del nacional, pero que se subordinan cuando aquel interés público o bien jurídico alcanza mayor relieve (familia, riesgo para la vida, etc.)”*



Por lo tanto, en caso de que la persona extranjera sufra una enfermedad sobrevenida y cuente con antecedentes penales, podrá encontrarse con la resolución no favorable por parte de la Delegación del Gobierno al hacer la solicitud, pero luego tener posibilidades de ver concedida la autorización una vez recurrida en vía judicial.

ii. *Modificación o renovación a residencia y trabajo por cuenta ajena (inicial)*

Después de un año de residencia se debe proceder a la modificación de la autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales⁶⁹. Como precedentemente expuesto, mediante esta modificación se concederá la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena inicial, que tendrá una validez de dos años⁷⁰. Una vez transcurrido este periodo de tiempo habrá de renovar este permiso de residencia y trabajo por cuenta ajena para otros dos años, con lo que se llegará a los cinco años, momento en el que se podrá solicitar la autorización de larga duración.

No obstante, aunque jurídicamente se hable primero de la *modificación* de la autorización de residencia y trabajo y de su posterior *renovación*, cierto es que, en la práctica, aún se suele hacer referencia a ambas mediante *renovación* de residencia y trabajo: *primera renovación* de autorización residencia y trabajo y *segunda renovación* de autorización de residencia y trabajo.

Referente a los requisitos de *modificación* de la autorización de residencia y trabajo y de su posterior *renovación*, las dos autorizaciones contienen las mismas exigencias en cuanto a la documentación a aportar: la *modificación* se recoge en el artículo 202.2 de la ReLOEx, el cual remite al artículo 71 del mismo texto legal para referirse a los requisitos exigidos, artículo en el que se recogen los requisitos para la *renovación* de la autorización de residencia y trabajo.

La anteriormente mencionada resolución 578/2016 de 30 de diciembre del TSJ del País Vasco es también interesante porque, independientemente de la argumentación utilizada para llegar a la conclusión de que el requisito de carecer de antecedentes penales no es exigible en casos de autorizaciones por enfermedad sobrevenida, llega a la conclusión de que los antecedentes penales que le constan al interesado –quien padece una psicosis esquizofrénica– son consecuencia de la enfermedad mental antes de ser tratada.

⁶⁹ La modificación a la residencia y trabajo por cuenta ajena inicial se puede hacer desde diversas autorizaciones, esto es, no solo desde la de por circunstancias excepcionales, pero que este trabajo se ha centrado inicialmente en las autorizaciones por circunstancias excepcionales por ser las más solicitadas en la práctica, por lo que lo más coherente ahora es seguir con la modificación de las mismas.

⁷⁰ En el trabajo se menciona el permiso de residencia y trabajo por cuenta ajena por ser en la práctica la más solicitada, aunque también se podrá modificar a permiso de residencia y trabajo por cuenta propia, a la situación de residencia con exceptuación a la autorización de trabajo, a la situación de residencia y trabajo para investigación o a la situación de residencia y trabajo de profesionales altamente cualificados.



Sin embargo, a la hora de examinar la incidencia que tienen los antecedentes penales sobre ambas solicitudes, la legislación no es tan clara. En este sentido, el TSJ de Andalucía hace un interesante análisis, con su posterior conclusión sobre este tema⁷¹.

Según esta resolución, para ver cómo deben valorarse los antecedentes penales hay que partir de la diferencia entre los supuestos de solicitud de la residencia temporal y los supuestos en los que se solicita su renovación. Después de mencionar los artículos anteriormente citados 31.5 y 31.7 de la LOEx, también analiza los artículos 54.9 y 53.1.a) del anterior Reglamento de Extranjería⁷². Así, concluye que *“cuando nos encontramos ante un permiso o autorización inicial de residencia y trabajo la tenencia de antecedentes penales determina que se deniega la misma, mientras que en el caso de encontrarnos ante una renovación de la autorización de residencia y trabajo dicha normativa permite en el caso de existir antecedentes penales valorar dicha condena en función de las circunstancias del supuesto concreto”*. Dicho de esta manera parece que el Tribunal concluye que si al solicitar una autorización de residencia y trabajo inicial –es decir, al solicitar la *modificación* de la autorización- se dispone de antecedentes penales se denegará la misma, mientras que si lo que se solicita es su renovación la denegación no será automática, teniendo que valorar las circunstancias de cada caso en concreto.

Lo más relevante sin embargo lo dice a continuación, al directamente incluir las *modificaciones* entre las *renovaciones*, con las consecuencias que esto acarrea: *“tratándose de una modificación de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales a autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena solicitada por el recurrente, lo que implicaría una renovación del permiso, es por lo que se concluye que en el presente caso se trata de valorar si, pese a la concurrencia de los mencionados antecedentes penales en el recurrente, las circunstancias que concurren en el presente supuesto habilitan para conceder la autorización de residencia”*. Esto es, al ser la modificación desde una autorización de circunstancias excepcionales –que autorizaba a trabajar- a una autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, el Tribunal considera que lo que se hace es simplemente

⁷¹ España. Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 2ª). Sentencia núm. 2343/2015 de 23 de octubre. También sigue la misma línea jurisprudencial: España. Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 3ª). Sentencia núm. 223/2016 de 16 de mayo.

⁷² España. Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.



renovar el permiso, siendo la consecuencia de esto que se hará una valoración de las circunstancias del solicitante con antecedentes penales y no se le denegará la solicitud directamente, como pasaría si considerase que la solicitud es inicial⁷³.

Pese a lo anterior, no son numerosas las resoluciones que siguen esta línea jurisprudencial – refiriéndose siempre a la *modificación*, ya que la legislación está clara en cuanto a la *renovación*-, y podría decirse que muchas de las modificaciones de autorización de circunstancias excepcionales a residencia y trabajo por cuenta ajena inicial son denegadas por Delegación del Gobierno por la tenencia de antecedentes penales.

No obstante, resulta interesante e indispensable ahondar un poco más sobre el artículo 71.5 de la ReLOEx, donde se plasma la *valoración* de la tenencia de antecedentes penales a la hora de aceptar o denegar la solicitud: *“Para la renovación de la autorización se valorará, en su caso, previa solicitud de oficio de los respectivos informes: a) Que el extranjero haya cumplido la condena, haya sido indultado o se halle en situación de remisión condicional de la pena o de suspensión de la pena (...)”*. El hecho de tener antecedentes penales no implicará la denegación directa de la renovación de la autorización de residencia y trabajo, sino que éstos y sus circunstancias serán un factor a valorar por la Delegación del Gobierno⁷⁴.

⁷³ Se supone que el Tribunal con “solicitud de residencia y trabajo inicial” se refiere a la autorización que no viene encadenada a otra anterior, esto es, que es la primera que hace un interesado. Puede llevar a confusiones, ya que el art. 202.2 de la ReLOEx habla de la autorización de residencia y trabajo *inicial*.

Esta distinción tiene también consecuencias en lo que al silencio administrativo se refiere, ya que las solicitudes de renovación de residencia y trabajo se entienden estimadas una vez transcurrido el plazo de tres meses que tiene la Administración para resolver (art. 71.9 ReLOEx) Entonces, ¿significaría esta inclusión de las *modificaciones* en las *renovaciones* que habría que entender por estimadas también las solicitudes de modificación que no se resuelven en el plazo de tres meses? La respuesta parece darla el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 3ª). Sentencia núm. 223/2016 de 16 de mayo, al afirmar que *“rechaza la aplicación del silencio regulado en el art. 71.9 del Reglamento, toda vez que la remisión que efectúa el art. 202 ha de entenderse limitada a los requisitos de acceso a la renovación, no al resto de circunstancias reguladas en la norma específicas para el supuesto de las renovaciones de las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena; estando regulado el silencio en este caso en el que en puridad estamos ante una modificación en la autorización que se ostenta, por lo dispuesto de forma general en la Disposición Adicional Primera de la Ley de Extranjería, Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, que previene un efecto negativo para el silencio administrativo”*.

⁷⁴ GALPARSORO, J. y BÁRCENA, P. 2014. Los antecedentes penales y sus consecuencias en materia de extranjería, asilo y nacionalidad, [en línea]. Bilbao. ICA Bizkaia. [consulta: 22 de noviembre de 2017]. Disponible en:

<http://www.icavic.cat/docs/documents/zona%20privada/8.2articulo%20antecedentes%20penales.pdf>. Exponen que *“si la Administración, siguiendo rigurosamente el tenor de las palabras del artículo 31.7 de la LOEx, sin comprender su objetivo y sin relacionarlo con la normativa del CP relativa a la remisión de la condena (arts. 80 y siguientes del CP) decidiese conceder renovaciones de autorizaciones de residencia y trabajo exclusivamente a aquellos solicitante que hubieran cumplido condena, o hubieran sido indultados, o se encontraran en la situación de remisión condicional de la pena, nos encontraríamos con un absurdo de que condenas penales por delitos menos graves que no lleven aparejada pena de prisión inferior a dos años sino multa dineraria no encontraría anclaje, denegándose la renovación. En cambio, delitos más graves, que sí llevan aparejada la pena de prisión inferior a dos años, al poderse suspender si encontrarían anclaje en el tenor literal de la norma, y se* Los antecedentes penales y sus efectos en las personas extranjeras



Pero, ¿qué sucederá cuando la condena no se haya cumplido enteramente y se esté cumpliendo –por ejemplo, por un fraccionamiento en el pago de una multa-? ¿Por qué si la pena está suspendida genera antecedentes penales, en vez de que esa suspensión también alcance los antecedentes penales?⁷⁵ La jurisprudencia es abundante y variada en este sentido, aunque resulta interesante la Sentencia del Tribunal Constitucional que revoca la denegación de la solicitud de renovación de autorización de residencia y trabajo alegando “*escasa gravedad de la pena*” (consistía en un delito contra la seguridad vial), “*pena ya cumplida*”, “*responsabilidad civil satisfecha*”, “*no tener antecedentes penales previos*” y “*contar con importante arraigo familiar*”⁷⁶.

b. Residencia de larga duración: autorización de residencia de larga duración

Establece el artículo 32.2 de la LOEx que “*tendrán derecho a residencia de larga duración los que hayan tenido residencia temporal en España durante cinco años de forma continuada, que reúnan las condiciones que se establezcan reglamentariamente*”⁷⁷. De esta manera, cuando una persona lleve cinco años residiendo en España, esto es, según la lógica que estamos siguiendo en el presente trabajo, cuando haya solicitado la autorización por circunstancias excepcionales –para un año-, después la haya modificado a la autorización de residencia y trabajo inicial –para dos años- y después haya renovado esta última autorización

concedería la renovación solicitada. Entendemos que este no es el fin pretendido por el legislador a la hora de redactar la normativa a aplicar, sino, más bien, permitir la renovación de las autorizaciones solicitadas en delitos menos graves”.

⁷⁵ “¿Qué pasa si el indulto está perdido pero aún no se ha concedido y la resolución puede dilatarse más de un año? ¿Qué ocurre cuando los trabajos en beneficio de la comunidad no pueden cumplirse porque no hay centros donde llevarlos a cabo? ¿Por qué se defiende la cancelación de antecedentes penales al fin del cumplimiento de la última de las penas y no se produce la cancelación de forma progresiva? ¿Y si el retraso es deliberado?”. Interesantes cuestiones formuladas por GALPARSORO, J. y BÁRCENA, P. 2014. Los antecedentes penales y sus consecuencias en materia de extranjería, asilo y nacionalidad, [en línea]. Bilbao. ICA Bizkaia. Pp. 11-12. [consulta: 21 de noviembre de 2017]. Disponible en <http://www.icavic.cat/docs/documents/zona%20privada/8.2articulo%20antecedentes%20penales.pdf>

⁷⁶ España. Tribunal Constitucional (Sala 1ª). Sentencia núm. 46/2014 de 7 de abril.

⁷⁷ En los artículos 147-150 se regula la residencia de larga duración, estableciendo que los cinco años de residencia deben de ser “legales”, esto es, debiendo disponer de la efectiva autorización, y que se podrá ausentar del territorio español hasta seis meses continuados, siempre que la suma de éstas no supere el total de diez meses dentro de los mencionados cinco años.

La residencia de larga duración se regula por: Unión Europea. Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración. *Diario Oficial de la Unión Europea L 16*, 23 de enero de 2004, pp. 44-53. Entró en vigor en España por: España. Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. *Boletín Oficial del Estado*, 12 de diciembre de 2009, núm. 299, pp. 104986 a 105031.



–para otros dos años–, finalmente podrá solicitar la autorización de residencia de larga duración, la cual le garantizará residir y trabajar en las mismas condiciones que los españoles (excepto por lo que respecta a los derechos políticos).

En lo que se refiere a los antecedentes penales y a los efectos que la tenencia de éstos puede generar al solicitar la residencia de larga duración, llama la atención que la LOEx no mencione que, al solicitar la autorización, la persona no deba ni carecer de antecedentes ni tampoco que estos se deban valorar –como se hace en las renovaciones de las autorizaciones de residencia y trabajo-. En cambio, sí lo menciona la ReLOEx en su artículo 149.2.f), en el que entre la documentación a aportar para hacer la solicitud incluye *“el certificado de antecedentes penales o documento equivalente expedido por las autoridades del país de origen en el que no deben constar condenas penales por delitos previstos en el ordenamiento jurídico español”*.

Sin embargo, este requisito no parece ser compatible con el artículo 6.1 de la Directiva 2003/109/CE anteriormente mencionada relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, ya que en la transposición se omite el requisito de la Directiva de *“Los Estados miembros podrán denegar el estatuto de residente de larga duración por motivos de orden público o de seguridad pública”*, y sigue afirmando que *“Al adoptar la correspondiente resolución, el Estado miembro tomará en consideración la gravedad o el tipo de delito contra el orden público o la seguridad pública, o el peligro que representa la persona en cuestión, teniendo también debidamente presente la duración de la residencia y la existencia de vínculos con el país de residencia”*. La Directiva establece la obligación de no denegar una autorización por el mero hecho de tener antecedentes penales, instando a que se valore la gravedad del delito y si los hechos representan una amenaza para la seguridad pública⁷⁸.

Así, no son pocos los casos en los que la Administración deniega directamente la solicitud por la tenencia de antecedentes penales no cancelados, sin valorar ninguna otra circunstancia al respecto. Sin embargo, la interpretación de la legislación que hacen los tribunales difiere de la de la Administración. Es doctrina jurisprudencial asentada rechazar que la mera existencia de antecedentes penales impida la concesión de la autorización de residencia de larga duración – pese a lo dispuesto en el artículo 149.2.f) de la ReLOEx-. Se argumenta que *“1) el artículo*

⁷⁸ Resulta incompresible que en el Portal de Inmigración en la web del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, establezca como requisito para la solicitud de autorización de residencia de larga duración la ausencia de antecedentes penales, sin ningún tipo de matiz.



149.2.f) no es aplicable a los supuestos de autorizaciones de residencia de larga duración derivadas de una previa residencia continuada de cinco años y 2) que de acuerdo con el estatuto de residente de larga duración resultante de la Directiva 2003/109/CE y artículo 32.1 LOEx, la mera circunstancia de que el extranjero cuente con antecedentes penales no impide por sí misma y de forma automática la autorización de residencia de larga duración, sino que requiere de la Administración una ponderación circunstanciada del caso, que atienda a la naturaleza y gravedad del delito, a las circunstancias relativas al cumplimiento de la pena y a las circunstancias personales del interesado, siendo asimismo necesario ponderar circunstancias posteriores a la condena penal que puedan implicar la desaparición o la considerable disminución de la amenaza que constituiría, para el interés fundamental en cuestión”⁷⁹.

Por lo tanto, cuando una persona solicita la autorización de residencia de larga duración y tiene antecedentes penales, habrán de valorarse y hacer una ponderación entre los existentes antecedentes penales y si éstas podrían efectivamente afectar al orden y la seguridad pública⁸⁰. Es más, después de una búsqueda jurisprudencial, se puede afirmar que los tribunales valoran el delito cometido y las circunstancias del interesado, ya que no se puede concluir que aquellos tiendan a aceptar ciertos antecedentes penales derivados de delitos de menor importancia o denegar las solicitudes de personas con antecedentes penales que deriven que delitos más graves⁸¹.

⁷⁹ España. Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª). Sentencia núm. 493/2015 de 28 de octubre; España. Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª). Sentencia núm. 479/2014 de 8 de octubre; España. Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª). Sentencia núm. 362/2017 de 8 de junio; España. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª). Sentencia núm. 445/2003 de 20 de marzo; España. Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª). Sentencia núm. 947/2012 de 20 de julio.

⁸⁰ Criterios interpretativos a seguir al valorar los antecedentes penales: Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso Comisión/Bélgica (C-355/98). Sentencia de 9 de marzo de 2000. Recopilación de la Jurisprudencia 2000 I-01221; Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso Jipa (C-33/2007). Sentencia de 10 de julio de 2008. Recopilación de la Jurisprudencia 2008 I-05157.

⁸¹ Por citar algunos ejemplos, cierto es que los tribunales son tendentes a aceptar solicitudes de autorización de residencia de larga duración con antecedentes penales derivados de delitos socialmente menos punibles como los delitos contra la seguridad vial -España. Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª). Sentencia núm. 493/2015 de 28 de octubre; España. Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª). Sentencia núm. 120/2016 de 8 de febrero-. Pero también los derivados de delitos de lesiones -España. Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª). Sentencia núm. 64/2015 de 10 de febrero-, maltrato en el ámbito familiar -España. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª). Sentencia núm. 468/2016 de 27 de junio-, incluso violencia doméstica -España. Tribunal Superior de Justicia de Santander (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) Sentencia núm. 204/2015 de 13 de octubre-.



3. AUTORIZACIONES ADMINISTRATIVAS EN EL RÉGIMEN COMUNITARIO

Como precedentemente expuesto, los nacionales de los Estados miembros tienen derecho a residir en cualquier país de la UE con la única condición de registrarse en el Registro Central de Extranjeros. Sus familiares, sin embargo, siempre que sean de nacionalidad extracomunitaria, deberán solicitar la tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión⁸². No obstante, en ambos casos habrán de cumplirse los requisitos económicos para *“no convertirse en una carga para la asistencia social en España durante su periodo de residencia”* (art. 7.1.b) del RD 240/2007), y en caso de los familiares además, tendrán que acreditar el vínculo con el ciudadano de la Unión (art. 8.3.b))⁸³.

Con respecto a la incidencia que los antecedentes penales tendrán bien para solicitar el registro en el Registro Central de Extranjeros por el ciudadano de la Unión o bien para acceder a una autorización de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, la tenencia de antecedentes penales podría constituir una causa de denegación si se constata la existencia de un peligro de orden público, salud pública o seguridad pública⁸⁴. Se recoge expresamente que la existencia de condenas penales no constituirá, por sí sola, razón de denegación de la solicitud, por lo que lo importante no será el hecho de poseer antecedentes penales o no.

El TJUE se ha pronunciado en numerosas ocasiones interpretando los conceptos jurídicos indeterminados de “orden público” y “seguridad pública”, generando una copiosa jurisprudencia⁸⁵. En este sentido, podría decirse que cuando la Delegación del Gobierno

⁸² Según datos del informe elaborado por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social “Flujo de autorizaciones de residencia concedidas a extranjeros en 2016: Principales Resultados”, se tramitaron un total de 244.284 autorizaciones de residencia en el Régimen Comunitario, entre las que el 61,9% eran de ciudadanos de Estados miembros y el 38,1% de familiares nacionales de terceros países. [consulta: 26 de noviembre de 2017]. Disponible en http://extranjeros.empleo.gob.es/es/estadisticas/operaciones/flujos-autorizacion/2016/Residentes_PRFlujo2016.pdf

⁸³ Especifica el art. 7.7 del RD 240/2007 también que *“En lo que se refiere a medios económicos suficientes, no podrá establecerse un importe fijo, sino que habrá de tenerse en cuenta la situación personal de los nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. En cualquier caso, dicho importe no superará el nivel de recursos por debajo del cual se concede asistencia social a los españoles o el importe de la pensión mínima de Seguridad Social”*.

⁸⁴ Art. 15.5.d) RD 240/2007: *“Cuando se adopte por razones de orden público o de seguridad pública, deberán estar fundadas exclusivamente en la conducta personal de quien sea objeto de aquéllas, que, en todo caso, deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, y que será valorada, por el órgano competente para resolver, en base a los informes de las Autoridades policiales, fiscales o judiciales que obren en el expediente. La existencia de condenas penales anteriores no constituirá, por sí sola, razón para adoptar dichas medidas”*.

⁸⁵ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso Jipa (C-33/2007). Sentencia de 10 de julio de 2008. Recopilación de la Jurisprudencia 2008 I-05157: *“la jurisprudencia ha aclarado que el concepto de orden público requiere, en todo caso, aparte de la perturbación del orden social que constituye cualquier infracción de la ley, que exista una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad (véanse, en particular, las sentencias antes citadas Rutili, apartado 28, y Bouchereau, apartado 35, así como la sentencia de 29 de abril de 2004, Orfanopoulos y Oliveri, C-482/01 y C-493/01, Rec. p. I-5257,*

Los antecedentes penales y sus efectos en las personas extranjeras



deniegue la solicitud de residencia basándose en la tenencia de antecedentes penales, es necesario que motive que, a parte de la perturbación social que constituye cualquier infracción penal, la conducta del solicitante represente una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecta a un interés fundamental de la sociedad.

Cabe decir que después de la denegación de la solicitud por parte de Delegación del Gobierno y recurrir en vía contencioso-administrativa, los tribunales tienden a conceder la autorización de residencia por familiar de ciudadano de la Unión en caso de personas con antecedentes penales no cancelados pero con la pena cumplida años atrás, no reincidentes o con arraigo familiar muy establecido en territorio español⁸⁶. En cambio, tienden a denegar las solicitudes de personas con antecedentes penales derivados de delitos de violencia de género, delitos contra la salud pública de cierta gravedad o cuando la frecuencia delictiva es alta⁸⁷.

No obstante, lo más sobresaliente de la normativa del Régimen Comunitario en comparación con la del Régimen General es la declaración expresa de que no puede negarse la autorización de residencia por el mero hecho de poseer antecedentes penales. Consecuentemente, parece que lo “natural” es denegar directamente la solicitud de la autorización a toda persona extranjera, siempre que esta no sea nacional de algún Estado miembro o familiar suyo, es decir, sea de origen extracomunitario⁸⁸.

apartado 66)”. Y prosigue: “Tal enfoque de las excepciones al citado principio fundamental que pueden ser invocadas por un Estado miembro implica, en particular, según se deduce del artículo 27, apartado 2, de la Directiva 2004/38, que las medidas de orden público o de seguridad pública, para estar justificadas, deberán basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado, y no podrán acogerse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general”

⁸⁶ España. Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª). Sentencia núm. 900/2016 de 7 octubre; España. Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª). Sentencia núm. 124/2017 de 3 de marzo; España. Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª). Sentencia núm. 124/2017 de 9 junio; España. Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª). Sentencia núm. 408/2016 de 28 noviembre; España. Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª). Sentencia núm. 83/2016 de 16 febrero; España. Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª). Sentencia núm. 582/2014 de 24 de julio.

⁸⁷ España. Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª). Sentencia núm. 667/2016 de 29 de diciembre; España. Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª). Sentencia núm. 772/2014 de 25 de septiembre; España. Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª). Sentencia núm. 49/2012 de 23 de enero; España. Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª). Sentencia núm. 124/2017 de 9 de junio.

⁸⁸ LARRAURI, E. 2016. Antecedentes penales y expulsión de personas inmigrantes. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, [en línea]. Núm. 2. Barcelona. Pp. 11-12. ISSN 1698-739X. [consulta: 26 de noviembre de 2017]. Disponible en <http://www.indret.com/pdf/1214.pdf>



VI. CONCLUSIONES

Muchos siglos han transcurrido ya desde que las leyes del Código Manu fueron elaboradas o desde que se dejó de marcar al reincidente mediante latigazos, pero es evidente que se conserva la necesidad de estigmatizar al cometedor de un delito, no dejando que la sociedad ni ellos mismos olviden sus actuaciones tan fácilmente. No parece además de que esto vaya a cambiar en un futuro próximo, ya que se siguen aprobando leyes en las que se ve reflejada la importancia que se le da a “marcar” a la persona que incurre en un delito mediante la automática generación de antecedentes penales.

Referente a la LO 1/2015 sería imposible negar esta afirmación, ya que el legislador era totalmente consciente que el convertir las faltas en delitos leves derivaría en un importante incremento de número de personas a las que les constarían antecedentes penales. El legislador sabía perfectamente que con la creación de los delitos leves estaba a su vez constituyendo una sanción colateral añadida a la pena, aumentando la carga punitiva del castigo. Innegable es también el hecho de que era conocedor de todas las consecuencias negativas que acarrea el hecho de poseer antecedentes penales. Pese a todo esto, la reforma se llevó a cabo, y lleva vigente ya casi tres años.

Cómo no, los más afectados por este tipo de cambios legislativos suelen ser los colectivos más vulnerables -esto tampoco ha cambiado a lo largo de los siglos, ni parece que vaya a hacerlo-. Y es exactamente lo que ha pasado con la reforma del CP, la creación de los delitos leves y el colectivo de las personas extranjeras, que estos últimos han visto como sus posibilidades de regularización se alejaban aún más de sus manos.

Después de analizar los efectos de los antecedentes penales en las personas extranjeras, una primera conclusión sería que las consecuencias de los antecedentes penales son devastadoras en la vía de regularización más utilizada: el arraigo social. Un gran número de personas no puede ni plantearse solicitar esta autorización porque sabe que su solicitud será automáticamente rechazada por la tenencia de antecedentes penales, sin ni siquiera entrar a valorar la gravedad del delito cometido o si la pena está cumplida o no. En este sentido, no estaría de más favorecer la concesión de estas autorizaciones tras el cumplimiento de la condena, sin exigir necesariamente la cancelación de los antecedentes penales. Tampoco vendría mal acortar los recientemente alargados plazos de cancelación de antecedentes penales, pudiéndose cancelar éstos desde el cumplimiento de cada una de las penas, de manera progresiva, y no a partir de la última de las condenas cumplidas.



En segundo lugar se concluye también que para el acceso al resto de autorizaciones de residencia los antecedentes penales también supondrán inconvenientes, aunque es cierto que la denegación de la Delegación del Gobierno podrá ser luego recurrida en vía contencioso-administrativa, con algunas posibilidades de éxito. De hecho, no son pocos los casos en los que la Administración rechaza una solicitud y luego los tribunales la conceden. Esto, sin embargo, manifiesta un cierto criterio arbitrario por parte de la Administración en las resoluciones no favorables basadas precisamente en la tenencia de antecedentes penales. No se puede negar que se ve vinculada por la jurisprudencia emanada en vía judicial, pero puede en un principio aceptar o rechazar cualquier solicitud alegando la tenencia de antecedentes penales y razonando su decisión de manera muy escueta. Ante la falta de criterios consistentes y públicos que proporcionen seguridad jurídica, la Administración sigue en numerosas ocasiones sus propias “reglas del juego”. Esto cierra puertas a un gran número de personas extranjeras, ya que, en caso de que no contacten con algún profesional que les pueda informar sobre los trámites en materia de Extranjería, habitualmente no son conocedores de las líneas interpretativas utilizadas en vía judicial a la hora de resolver favorable o desfavorablemente estas solicitudes, por lo que al ver denegada su solicitud inicial por Delegación del Gobierno no continúan recurriéndola en la vía judicial.

A consecuencia de las dos anteriores conclusiones, será inevitable el incremento de la irregularidad sobrevenida en la que derivará la LO 1/2015 con su transformación de las faltas en delitos leves. Una persona que haya recorrido el costoso trayecto hasta obtener su autorización de residencia y trabajo podrá ver como le deniegan la modificación o la renovación de la misma por disponer de antecedentes penales.

Todo lo anterior deja en evidencia la necesidad de ponderar la trascendencia de la presencia de antecedentes penales en las diversas situaciones administrativas de las personas extranjeras. En este sentido se propone considerar por ejemplo el tiempo que transcurre desde que se solicita la cancelación de los antecedentes penales hasta que esta cancelación es efectiva, o la dificultad de adjudicar los trabajos en beneficio de la comunidad y que conlleva la persistencia desproporcionada de antecedentes penales.

Asimismo, llama la atención como en el Régimen General no se hace mención alguna a la imposibilidad de denegar solicitudes de residencia basándose sólo en la posesión de antecedentes penales, mientras que en el Régimen Comunitario sí existe esta prohibición expresa de denegar automáticamente las solicitudes de residencia a un ciudadano comunitario o a algún miembro de su familia por el mero hecho de disponer de antecedentes penales. Lo



destacable aquí no es la mención expresa en sí, sino la finalidad perseguida por el legislador haciendo semejante diferencia entre ciudadanos comunitarios y extracomunitarios. ¿Hasta qué punto el hecho de dificultar el acceso a los permisos de residencia a los ciudadanos de terceros países busca evitar la delincuencia y mantener y reforzar la seguridad pública? Si fuese este el verdadero objetivo, el fin buscado excluyendo a las personas con antecedentes penales, ¿no sería más lógico hacerlo tanto con los ciudadanos de terceros países como con los ciudadanos de nacionalidad de algún Estado miembro? ¿Por qué esa distinción entre las personas “de aquí” y las “de fuera”? Mediante esta selección de la inmigración según la procedencia, la única explicación posible a las preguntas planteadas es la intención de favorecer una determinada política migratoria. Éstas obviamente facilitan la circulación a los ciudadanos comunitarios, presuponiendo que son “los buenos”, pero que también dificultan y limitan la de los ciudadanos extracomunitarios, asumiendo que son “los peligrosos”, reforzando los estigmas sociales preexistentes.

Después de todo y a modo de conclusión final, se puede decir que la persona extranjera, al permanecer en territorio español una vez transcurridos los 90 días que le habilita su visado de turista, entra en una especie de “circulo vicioso” del que le es difícil salir. Aunque su objetivo sea solicitar el permiso de residencia y trabajo, para hacerlo por la vía más accesible y por tanto común del arraigo social necesitará acreditar su permanencia continuada en España por tres años. Por mucho que encuentre un empleo no podrá acceder al permiso de residencia y trabajo, porque es precisamente ese permiso el que necesita para trabajar. Y entonces, ¿cómo sobrevivir durante los tres años que deberá permanecer en territorio español? ¿Con qué medios de vida subsistirá? Afortunado es el que llega con recursos económicos suficientes para hacer frente a los gastos básicos de manutención durante tres años.

Pero, ¿y los que no? Pueden darse dos situaciones: hay quien intenta trabajar bajo cualquier circunstancia, sin contrato de trabajo alguno, en condiciones laborales pésimas y en numerosas ocasiones denigrantes. En estos casos, reunirán cada mes el dinero suficiente para hacer frente a los gastos, con la ayuda en numerosas ocasiones de familiares o amigos que ya han pasado anteriormente por esa situación. No obstante, no siempre es tan sencillo encontrar un trabajo, y eso lo sabe bien la población joven de este país con carreras universitarias que ha tenido que emigrar a otro país por no encontrar trabajo en el suyo. No son pocas las situaciones de necesidad que llevan a que una persona actúe de una manera determinada para salir de la desesperada situación de la que se encuentra, en definitiva, para sobrevivir. Y eso,



en algunas situaciones extremas, supone la comisión de delitos leves, y en otras no tan frecuentes ocasiones la comisión de delitos más graves.

Estas actuaciones generarían antecedentes penales, los que, a menos que transcurra el tiempo necesario para cancelarlos, imposibilitarían el acceso a la autorización de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo social, siendo la solicitud automáticamente denegada. Esta persona, a quien la circunstancia de riesgo y exclusión en la que vive le induce a la comisión del delito, quedaría “marcada” por esos antecedentes penales, encontrándose de nuevo en esa situación de necesidad, y en tener que buscar un empleo para trabajar sin contrato -en el mejor de los casos-, cayendo en ese “circulo vicioso” del que, a veces, no es tan fácil salir.

No existe intención ninguna de justificar con esto las actuaciones tipificadas como delito y merecedoras de sanción penal, sino el único deseo es que el lector reflexione sobre las situaciones de necesidad en las que a veces las personas se encuentran y que les llevan a cometer actos que, probablemente, en otras condiciones o circunstancias no cometerían. Resulta evidente que quien comete un delito tiene que saber que su comportamiento derivará en ciertas consecuencias, pero podría tenerse en cuenta, por ejemplo, la situación de riesgo y exclusión como una circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal a la hora de juzgar a la persona que comete una infracción tipificada como delito. No obstante, la reforma del CP llevada a cabo no sólo no favorece a las personas que se encuentran en estas situaciones de necesidad si no que incentiva la dinámica actual, convirtiéndose en un catalizador de nuevas reacciones administrativas dispares con respecto al criterio establecido por el TJUE. El análisis resultante de la transformación operada por la última reforma del CP no puede si no ser crítico, el legislador, en un parco esfuerzo por unificar procesalmente los tipos delictivos y su enjuiciamiento, ha antepuesto la economía procesal de un sistema judicial colapsado a los intereses reales de los sujetos de derecho. Sin duda, resultaría necesario reconfigurar la calificación actual de los delitos leves, o al menos, introducir modificaciones en lo que a la generación de antecedentes penales se refiere, primeramente porque ni siquiera se contempló al orquestar la reforma y así se puede concluir de la exposición de motivos de la LO 1/2015, lo que hace su aparición un efecto indeseado y desestructurado, ya que no puede ser igual la comisión de un delito leve con respecto a una infracción grave, ni siquiera muy grave; y segundo, porque es discordante con respecto a un sistema reintegrador como se proclama el reinante. Este cambio sustancial en los efectos derivados de la comisión de un delito, aun cuando aquel fuera menor, es, como hemos podido apreciar, considerablemente más gravoso para con las personas extranjeras, y el derecho, en tanto herramienta adapta a la evolución de



la sociedad y las condiciones particulares dadas por el contexto, no puede obviar la coyuntura multicultural de las sociedades actuales. En lo que respecta a las solicitudes administrativas referidas, obviar la hoja histórico-penal no parece una opción razonable, si bien, se debe aumentar la preocupación de las administraciones por aplicar el criterio del TJUE, incluyendo en el Régimen General la apreciación que se hace en el Comunitario, en el que se señala que no se podrá rechazar automáticamente una solicitud por la tenencia de antecedentes penales.

La reducción del número de personas que comete delitos no se conseguirá aumentando las penas previstas para estas actuaciones, como se hace con la LO 1/2015, sino que será consecuencia de la mejora de las situaciones de riesgo y de exclusión, ya que son precisamente éstas las que en numerosas ocasiones llevan a cometer delitos. Es más, sólo una sociedad que invierta en la integración de sus ciudadanos conseguirá disminuir la tasa de criminalidad. Para eso es imprescindible posibilitar a todas las personas el acceso a la educación y a la sanidad, pero también dar la oportunidad de estudiar el idioma autóctono en el caso de la persona extranjera que no lo sepa o habilitar la presencia de todas las personas en asociaciones, organizaciones o sindicatos. Y, por supuesto, impulsar la integración económica de los ciudadanos mediante la participación en el mercado laboral, sin obstruir el acceso al mismo mediante requisitos a valorar sin flexibilidad alguna.



VII. BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA IZQUIERDO, R. 2006. El acceso de los inmigrantes irregulares al mercado de trabajo: los procesos de regularización extraordinaria y el arraigo social y laboral. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, [en línea]. Núm. 63, pp. 175-195. [consulta: 22 de noviembre de 2017]. ISSN: 1137-5868. Disponible en: http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/63/Est06.pdf

BLITSA, D.; GOULDYN, L.P.; JACOBS, J.B.; LARRAURI, E. 2015. Criminal Records and Immigration: Comparing the United States and the European Union. *Fordham International Law Journal*, [en línea]. Vol. 39 (2), pp. 226-240. [consulta: 14 de noviembre de 2017]. Disponible en: <http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2416&context=ilj>

BUENO ARÚS, F. 2006. *La cancelación de Antecedentes Penales*. Madrid: Thomson/Cívitas.

CADENA SERRANO, F.A. 2016. *Regulación penal sustantiva de los delitos leves*, [en línea]. Ponencia. 14 de abril de 2016 [consulta: 6 de noviembre de 2017]. Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Cadena%20Serrano,%20Fidel.pdf?idFile=a184ced0-c426-40c8-8052-f5c2ebd26ee5

FERNÁNDEZ BERMEJO, D. 2014. El fin constitucional de la reeducación y reinserción social ¿un derecho fundamental o una orientación política hacia el legislador español? *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, [en línea]. Núm. 2., pp. 363-415. [consulta: 10 de noviembre de 2017]. ISSN: 0210-3001. Disponible en: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2014-10036300415

GALPARSORO, J. y BÁRCENA. P. 2014. Los antecedentes penales y sus consecuencias en materia de extranjería, asilo y nacionalidad, [en línea]. Bilbao. ICA Bizkaia. [consulta: 22 de noviembre de 2017]. Disponible en: <http://www.icavic.cat/docs/documents/zona%20privada/8.2articulo%20antecedentes%20penales.pdf>

GISBERT JORDÁ, T. 2016. Novedades Procesales: el juicio por delitos leves y el proceso por aceptación de decreto, [en línea]. Ponencia. [consulta: 8 de noviembre de 2017]. Disponible en:



https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Gisbert%20Jorda,%20Teresa.pdf?idFile=e7f3aef0-670b-4fef-873d-21a8c11ec8ed

GONZÁLEZ RUS J.J. La supresión del libro III y los delitos leves. En: MORILLAS CUEVA, L; AGUILAR CÁRCERES, M.M.; BARQUÍN SANZ, J. 2015. *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*. Madrid: Dykinson. Pp. 22-28.

JAÉN VALLEJO, M. y PERRINO PÉREZ, A.L. 2015. *La reforma penal de 2015: análisis de la principales reformas introducidas en el Código Penal por las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*. Madrid: Dykinson.

LARRAURI, E. 2011. Conviction Record In Spain: Obstacles To Reintegration Of Offenders? *European Journal of Probation*, [en línea]. Núm.1. pp. 50-62. ISSN: 2006-2203. [consulta: 11 de noviembre de 2017]. Disponible en: http://www.ejprob.ro/uploads_ro/722/Judicial_rehabilitation_in_Spain.pdf

LARRAURI, E. 2015. Antecedentes penales. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. Núm. 8, ISSN: 2253-6655.

LARRAURI, E. 2016. Antecedentes penales y expulsión de personas inmigrantes. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, [en línea]. Núm. 2. Barcelona. ISSN 1698-739X. [consulta: 15 de noviembre de 2017]. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/1214.pdf>

LARRAURI, E. y JACOBS, J.B. 2011. Reinserción laboral y antecedentes penales. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. N° 13-09. ISSN: 1695-0194.

LUZÓN CÁNOVAS, M. 2016. Antecedentes penales, [en línea]. Ponencia. [consulta: 10 de noviembre de 2017]. Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Luzón%20Cánovas,%20Mar%C3%ADa.pdf?idFile=2ab36b02-6023-49a0-bd19-8fb338837685.

LUZÓN PEÑA, D. 2012. *Lecciones de Derecho Penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

MANZANARES SAMANIEGO, J.L. 2015. *La reforma del CP de 2015, conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015*. 1ª ed. Madrid: La Ley.

MORENO VERDEJO, J. 2016. Delitos de robo y hurto. Multireincidencia. Evolución legislativa. Especial análisis de la reforma introducida por LO 1/15, de 30 de marzo. *Revista del Ministerio Fiscal*, [en línea]. Núm. 1, Madrid. Pp. 104-153 [consulta: 10 de noviembre de 2017]. Disponible en:



https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/revista1.pdf?idFile=cbd53b36-5662-478f-8716-d3faddde9233

PAGER, D. 2003. The mark of a criminal record. *The American Journal of Sociology*, [en línea]. Vol. 108 (núm. 5). Pp. 937-975. [consulta: 12 de noviembre de 2017]. Disponible en: https://scholar.harvard.edu/files/pager/files/pager_ajs.pdf

PLATAFORMA NO SOMOS DELITO. 2014. La reforma del Código Penal: un grave retroceso en los derechos y las libertades públicas.

RABASA SANCHÍS, B. 2016. El Papel del abogado en la mediación, [en línea]. Ponencia. [consulta: 10 de noviembre de 2017]. Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Rabasa%20Sanchis%20Beatriz%20.pdf?idFile=cd0e41e0-08bf-4d68-a10d-38b7f90e9ffd

ROMERA ANTÓN, C. 2016. Justicia Restaurativa; modelo de mediación en el ámbito penal, encaje en el procedimiento tradicional y relación de los distintos operadores jurídicos con el proceso de mediación, [en línea]. Ponencia. [consulta: 10 de noviembre de 2017]. Disponible en:

https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Romera%20Antón%20Carlos%20.pdf?idFile=490db30f-d701-424a-831d-1336e22e51f9

ROVIRA I SOPEÑA, M. 2016. Antecedentes penales y mercado laboral, [en línea]. Tesis Doctoral. Universitat Pompeu Fabra Barcelona. Pp. 9-31. [consulta: 11 de noviembre de 2017]. Disponible en:

<http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/392632/tmrs.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

RUIZ RUIZ, R.M. 2016. La mediación penal: una realidad, [en línea]. Ponencia. [consulta: 10 de noviembre de 2017]. Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Ruiz%20Ruiz%20Rosa%20M%20%20.pdf?idFile=801cf368-57d9-4498-90cf-481f2ed6b68e

VELA MOURIZ, A. 2015. Las claves de la Reforma del Código Penal. *Diario La Ley*, [en línea]. Redacción Wolters Kluwer [consulta: 25 de octubre de 2017]. Disponible en http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/aplicaciones/boletin/publico/boletin65/Articulos_65/Vela-Mouriz.pdf

VILLEGAS FERNÁNDEZ, J.M. 2009. ¿Qué es el principio de intervención mínima? *Revista Internauta de práctica jurídica*, núm. 23, pp. 1-10.



VIII. FUENTES JURÍDICAS UTILIZADAS

Jurisprudencia

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso Chavez-Vilchez y otros (C-133/15). Sentencia de 10 de mayo de 2017.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso Comisión/Consejo (C-165/12). Sentencia de 13 de septiembre de 2016.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso CS (C-304/14). Sentencias de 13 de septiembre de 2016.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso Comisión/Bélgica (C-355/98). Sentencia de 9 de marzo de 2000. Recopilación de la Jurisprudencia 2000 I-01221.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso Jipa (C-33/2007). Sentencia de 10 de julio de 2008. Recopilación de la Jurisprudencia 2008 I-05157.

España. Tribunal Constitucional (Sala 1ª). Sentencia núm. 46/2014 de 7 de abril.

España. Tribunal Constitucional (Pleno). Auto núm. 54/2010 de 19 de mayo.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo). Sentencia núm. 15/17 de 10 de enero.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección nº 991). Sentencia núm. 392/2017 31 de mayo.

España. Dictamen del Consejo de Estado, de 27 de junio de 2013, sobre el Anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. [consulta: 1 de noviembre de 2017]. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2013-358>

España. Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª). Sentencia núm. 124/2017 de 9 junio.

España. Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª). Sentencia núm. 362/2017 de 8 de junio.

España. Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª). Sentencia núm. 338/2017 de 25 de mayo.



España. Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª). Sentencia núm. 124/2017 de 3 de marzo.

España. Tribunal Superior de Justicia del País Vaco (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª). Sentencia núm. 17/2017 de 25 de enero.

España. Tribunal Superior de Justicia del País Vaco (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª). Sentencia núm. 578/2016 de 30 de diciembre.

España. Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª). Sentencia núm. 667/2016 de 29 de diciembre.

España. Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª). Sentencia núm. 408/2016 de 28 noviembre.

España. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª). Sentencia núm. 850/2016 del 25 de noviembre.

España. Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª). Sentencia núm. 900/2016 de 7 octubre.

España. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª). Sentencia núm. 468/2016 de 27 de junio.

España. Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª). Sentencia núm. 223/2016 de 16 de mayo.

España. Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª). Sentencia núm. 252/2016 de 20 de abril.

España. Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª). Sentencia núm. 83/2016 de 16 febrero.

España. Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª). Sentencia núm. 120/2016 de 8 de febrero

España. Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª). Sentencia núm. 493/2015 de 28 de octubre.

España. Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª). Sentencia núm. 2343/2015 de 23 de octubre.

España. Tribunal Superior de Justicia de Santander (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª). Sentencia núm. 204/2015 de 13 de octubre.



España. Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª). Sentencia núm. 64/2015 de 10 de febrero.

España. Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª). Sentencia núm. 479/2014 de 8 de octubre.

España. Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª). Sentencia núm. 772/2014 de 25 de septiembre.

España. Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 10ª). Sentencia núm. 556/2014 de 2 de septiembre.

España. Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª). Sentencia núm. 582/2014 de 24 de julio.

España. Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª). Sentencia núm. 947/2012 de 20 de julio.

España. Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª). Sentencia núm. 49/2012 de 23 de enero.

España. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª). Sentencia núm. 445/2003 de 20 de marzo.

Normativa

Unión Europea. Tratado de Funcionamiento de la unión Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957. *Diario Oficial de la Unión Europea* núm. C 326, de 26 de octubre de 2012, pp. 1-390.

Unión Europea. Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración. *Diario Oficial de la Unión Europea L 16*, 23 de enero de 2004, pp. 44-53.

España. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*, 31 de marzo de 2015, núm. 77, pp. 27061-27176.

España. Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. *Boletín Oficial del Estado*, 12 de diciembre de 2009, núm. 299, pp. 104986 a 105031.



España. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. *Boletín Oficial del Estado*, 12 de enero de 2000, núm. 10.

España. Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. *Boletín oficial del estado*, 14 de diciembre de 1999, núm. 298, pp. 43088-43099.

España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

España. Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria. *Boletín Oficial del Estado*, 5 de octubre de 1979, núm. 239.

España. Real Decreto 987/2015, de 30 de octubre, por el que se modifica el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. *Boletín Oficial del Estado*, 9 de noviembre de 2015, núm. 268, pp. 106066-106070.

España. Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. *Boletín Oficial del Estado*, 30 de abril de 2011, núm. 103.

España. Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia. *Boletín Oficial del Estado*, 7 de febrero de 2009, núm. 33.

España. Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia. *Boletín Oficial del Estado*, 7 de febrero de 2009, núm. 33.

España. Real decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. *Boletín Oficial del Estado*, 28 de febrero de 2007, núm. 51.

España. Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. *Boletín Oficial del estado*, 7 de enero de 2005, núm. 5.



España. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. *Boletín Oficial del Estado*, 17 de septiembre de 1982, núm. 260.

España, Fiscalía General del Estado. Circular 1/2015, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015. *Boletín Oficial del Estado*, 19 de junio de 2015. Pp. 15-17.

Páginas web

<http://extranjeros.empleo.gob.es/es/InformacionInteres/InformacionProcedimientos/>

Otros

Entrevista de SANTIAGO MIR PUIG concedida al diario argentino La Nación el 30/01/2008 Disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/982996-no-sirve-aumentar-las-penas-contra-los-delincuentes>

Anuario estadístico del Ministerio del Interior (2015). Disponible en: <http://www.interior.gob.es/documents/642317/1204854/Anuario-Estadistico-2015.pdf/03be89e1-dd38-47a2-9ce8-ccdd74659741>



IX. ANEXOS

ANEXO 1

Empleos	Regulación Legal
Abogados	Art. 13.2.a del Estatuto General de la Abogacía Española (RD 658/2001, de 22 de junio): “Carecer de antecedentes penales que inhabiliten para el ejercicio de la abogacía”.
Administradores de Lotería y Casas de Apuestas	Art.13.2 a) Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego: “2. No podrán ser titulares de las licencias y autorizaciones previstas en el Título III de esta Ley, las personas físicas o jurídicas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) Haber sido condenadas mediante sentencia firme dentro de los cuatro años anteriores a la fecha de la solicitud del título habilitante, por delito contra la salud pública, de falsedad, de asociación ilícita, de contrabando, contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, contra la Administración Pública o contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, así como por cualquier infracción penal derivada de la gestión o explotación de juegos para los que no hubieran sido habilitados”.
Agencias encargadas de las adopciones internacionales	Extremadura: “Que esté dirigida y administrada por personas cualificadas por su integridad moral y por su formación y/o experiencia para actuar en el ámbito de la adopción internacional” (Art. 5.9 Decreto 142/1996, de 1 de octubre, sobre régimen jurídico, funcionamiento y habilitación de entidades colaboradoras en materia de adopción internacional). En Cataluña los requisitos se establecen en el artículo 6 del Decreto 97/2001, de 3 de abril, sobre la acreditación y el funcionamiento de las entidades colaboradoras de adopción internacional, y no se mencionan los antecedentes.
Agentes de establecimientos de cambio de moneda	Circular Banco de España 6/2001
Audidores	Art. 7.1.c Ley 19/1988, de 12 de Julio, de Auditoría de Cuentas (modificado por la Ley 12/2010 de 30 de junio)
Banco de España	En el art. 25.4.d Ley 13/1994, de 1 de junio. Autonomía del Banco de España se regula el cese por condena por delito doloso, y en algunas convocatorias se exige a los que han superado las pruebas de acceso que presenten el certificado de antecedentes penales (Anuncio 29/2010, de 26 de mayo, del Banco de España, www.bde.es/webbde/es/secciones/convoca/be/2010a29b.pdf)
Bomberos	Art. 2.f de las bases que han de regir la convocatoria mediante concurso-oposición para la provisión de 30 plazas de la categoría de bombero del servicio de prevención, extinción de incendios y salvamento del Ayuntamiento de Barcelona, aprobadas por Decreto de la Gerencia Municipal (DOGC 5766, de 30 de noviembre de 2010): “Declaración jurada o promesa manifiesta de no estar inhabilitado para el ejercicio de las funciones públicas ni estar separado mediante expediente disciplinario del servicio de cualquier administración pública”.

Conductores de pasajeros y mercancías	Art. 44 Ley 16/1987, de 30 de Julio, de ordenación de los transportes terrestres. Art. 44: “A los efectos previstos en la presente Ley, se entenderá que poseen el requisito de honorabilidad las personas en quienes no concurra ninguna de las circunstancias siguientes: a. Haber sido condenadas, por sentencia firme, por delitos dolosos con pena igual o superior a prisión menor, en tanto no hayan obtenido la cancelación de la pena. b. Haber sido condenadas, por sentencia firme, a penas de inhabilitación o suspensión, salvo que se hubieran impuesto como accesorias y la profesión de transportista no tuviera relación directa con el delito cometido. c. Haber sido sancionadas de forma reiterada, por resolución firme, por infracciones muy graves en materia de transportes, en los términos que reglamentariamente se determinen”.
Conductores de taxi	Madrid: No tener antecedentes penales: Art. 25.2.b de la Ordenanza Reguladora del Servicio de Vehículos de Alquiler con Aparato Taxímetro http://www.taxienmadrid.net/2008/12/que-hacer-para-ser-taxista-de-madrid.html Barcelona: no lo menciona : http://www.taxibarcelona.cat/tabid/941/Default.aspx
Contratados por la Administración Pública	Art. 49 de la Ley 30/2007, de 30 de abril, de Contratos del Sector Público. Artículo 49: “Prohibiciones de contratar.1. No podrán contratar con el sector público las personas en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes: a. Haber sido condenadas mediante sentencia firme por delitos de asociación ilícita, corrupción en transacciones económicas internacionales, tráfico de influencias, cohecho, fraudes y exacciones ilegales, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, malversación y receptación y conductas afines, delitos relativos a la protección del medio ambiente, o a pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio”.
Cuerpo Nacional de Policía	Art. 3.2.c y 7.1 Resolución de 30 de abril de 2010, de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, por la que se convoca oposición libre para cubrir plazas de alumnos del Centro de Formación, de la División de Formación y Perfeccionamiento, aspirantes a ingreso en la Escala Básica, categoría de Policía, del Cuerpo Nacional de Policía
Empleados de Bingo	Ley4/1991 reguladora de la actividad del juego en la Comunidad Autónoma del País Vasco. La Ley 15/1984, de 20 de marzo, reguladora del juego en Cataluña no lo menciona.
Funcionarios de prisiones	Art. 2.1.5. JUS/913/2010, de 24 de marzo, por la cual se hace pública la convocatoria del proceso selectivo para el acceso al cuerpo técnico de especialistas de la Generalitat de Catalunya, Grupo de Servicios Penitenciarios (núm. de registro de convocatoria JU026).
Funcionarios Públicos	Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. Art. 56: “Requisitos generales. 1. (d) No haber sido separado mediante expediente disciplinario del servicio de cualquiera de las Administraciones Públicas o de los órganos constitucionales o estatutarios de las Comunidades Autónomas, ni hallarse en inhabilitación absoluta o especial para empleos o

	cargos públicos por resolución judicial, para el acceso al cuerpo o escala de funcionario, o para ejercer funciones similares a las que desempeñaban en el caso del personal laboral, en el que hubiese sido separado o inhabilitado”.
Guardia Civil	Art. 2.1.4 y 2.4 Resolución 160/38130/2010, de 7 de junio, de la Subsecretaría, por la que se convocan pruebas selectivas para el ingreso directo, por el sistema de concurso-oposición, en los centros docentes de formación, para la incorporación a la Escala de Cabos y Guardias del Cuerpo de la Guardia Civil.
Jueces	Art.303 LOPJ “Están incapacitados para el ingreso en la Carrera Judicial (...) los condenados por delito doloso mientras no hayan obtenido la rehabilitación; los procesados o inculcados por delito doloso (...)”.
Maestros	Art. 12.d del RD 276/2007, de 23 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ingreso, accesos y adquisición de nuevas especialidades en los cuerpos docentes a que se refiere la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.
Mossos d’Esquadra	Art. 2.f del anexo 1 INT/305/2011, de 2 de febrero, de convocatoria de pruebas selectivas para el ingreso a la categoría de mosso/a del cuerpo de Mossos d’Esquadra de la Generalitat (núm. de registro de la convocatoria 46/11)
Notarios	Art. 7.2 del Reglamento Notarial, aprobado por Decreto d 2 de junio de 1944: “Carecen de aptitud para ingresar en el notariado los que estuvieren inhabilitados para el ejercicio de funciones públicas, como consecuencia de sentencia firme”.
Personal de las Cortes Generales	http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Organos/SecGen/CG_B073.pdf
Propietarios de escuelas privadas	Art. 21.2.b. LO 8/1985, de 3 de Julio, reguladora del Derecho a la Educación.
Seguridad Privada	Arts. 8.2.b y 10.2.e,f y h Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada, arts. 53.d,e y f RD 2364/1994, de 9 de diciembre, modificado por el Real Decreto 4/2008, de 11 de enero. [10.2.] Para la obtención de la habilitación indicada en el apartado anterior, los aspirantes habrán de reunir los siguientes requisitos: Carecer de antecedentes penales. No haber sido sancionado en los dos o cuatro años anteriores por infracción grave o muy grave, respectivamente, en materia de seguridad privada. No haber sido separado del servicio en las Fuerzas Armadas, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, ni haber ejercido funciones de control en las entidades, servicios o actuaciones de seguridad, vigilancia o investigación privadas, ni de su personal o medios, como miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en los dos años anteriores. No haber sido condenado por intromisión ilegítima en el ámbito de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, del secreto de las comunicaciones o de otros derechos fundamentales, en los cinco años anteriores a la solicitud.

Tabla 1. Empleos del sector público en los que se exige carecer de antecedentes penales⁸⁹

⁸⁹ LARRAURI, E. y JACOBS, J.B. 2011. Reinserción laboral y antecedentes penales. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. N° 13-09, pp. 9-12. ISSN: 1695-0194.

