



UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SUR

TESIS DE MAGISTER EN DERECHO CON ORIENTACION EN DERECHO PENAL

**ANTECEDENTES PENALES Y REINSERCIÓN
LABORAL EN ARGENTINA**

Carlos A. Carnevale

BAHIA BLANCA

ARGENTINA

2015

PREFACIO

Esta Tesis se presenta como parte de los requisitos para optar al grado Académico de Magister en Derecho con Orientación en Derecho Penal, de la Universidad Nacional del Sur y no ha sido presentada previamente para la obtención de otro título en esta Universidad u otra. La misma contiene los resultados obtenidos en investigaciones llevadas a cabo en el Departamento de Derecho durante el período comprendido entre el __/__/__ y el __/__/__ (fecha de inscripción a la carrera y fecha de presentación de la tesis), bajo la dirección del Gabriel Bombini.

Resumen

El presente trabajo de investigación parte de la hipótesis de que el trabajo es una de las herramientas más importantes para lograr la resocialización de las personas que han estado privadas de la libertad y que los antecedentes penales significan una barrera infranqueable para acceder a un puesto de trabajo.

En el primer capítulo se analiza el origen y la evolución que ha tenido el registro de antecedentes penales desde las primeras civilizaciones en las que se observan símbolos utilizados con ese fin hasta los mecanismos más modernos utilizados en la actualidad.

Asimismo, se vincula su evolución con las prácticas vinculadas al control social y la estigmatización que ello genera en los individuos que han pasado por las cárceles.

Todo ello, sin perder de vista el ideal resocializador que forma parte de las políticas de ejecución de la pena en países con principios constitucionales como el nuestro.

Por último, se vincula los temas analizados con la problemática de la reinserción laboral.

En el capítulo segundo se analizan los diferentes sistemas de regulación de los antecedentes penales teniendo en cuenta que la publicidad resulta ser un factor determinante. Se desarrollan los mecanismos utilizados en Estados Unidos, Australia e Inglaterra donde los AP son utilizados como una herramienta de protección de la sociedad. Por otro lado, se encuentra países como Holanda, Francia, España y Alemania que intentan lograr un equilibrio entre la seguridad y la privacidad.

En el tercer capítulo se realiza un amplio desarrollo de lo que ocurre en Argentina respecto de los AP. Para ello, en primer lugar se grafica el origen y evolución de los registros de AP. Seguidamente, se analiza la regulación existente en la materia y por último, se detallan los problemas que la misma ha generado en la práctica, resultando que muchos de ellos se deben a las falencias legislativas y a las limitaciones que impone el propio Estado.

Finalmente, se analizan los diferentes proyectos de reformas legislativas existentes en la materia.

En el capítulo cuatro se encuentran las conclusiones, efectuando una comparación entre la legislación argentina con los diferentes sistemas de regulación de los AP.

Finalmente, se señalan los aspectos relevantes que deben ser considerados para el análisis y discusión de la problemática en nuestro país.

INDICE

Capítulo 1

Los Antecedentes Penales.

1. Origen y evolución del registro de antecedentes penales.
2. Control social y estigmatización.
3. El ideal resocializador.
4. Antecedentes penales y reinserción laboral.

Capítulo 2

Sistemas de regulación de los Antecedentes Penales.

1. La publicidad como factor determinante.
2. Los antecedentes penales como herramienta de protección de la sociedad.
 - 2.1. Estados Unidos.
 - 2.2. Australia.
 - 2.3. Inglaterra.
3. El equilibrio entre la seguridad y la privacidad.
 - 3.1. Holanda.
 - 3.2. Francia.
 - 3.3. España.
 - 3.4. Alemania.

Capítulo 3

Los Antecedentes Penales en Argentina.

1. Origen y evolución.
2. Derecho de Registro Penal.
3. Registro Nacional de Reincidencia (Ley 22.117).
4. Conflictos suscitados en la práctica.
 - 4.3 Limitaciones impuestas por el propio Estado.
 - 4.4 Suspensión del Juicio a Prueba.

- 4.5 Obtención de la licencia de conducir.
- 4.6 Posibilidad de rehabilitación.
- 5. Proyectos de reforma.
 - 5.1 Proyecto de Ley de reforma integral (Mensaje Nro. 0899/10). Expediente: 0016-PE-2010.
 - 5.2 Proyecto de reforma de reemplazo del Certificado.

Capítulo 4

Conclusiones

- 1. Comparación de la legislación argentina con los diferentes sistemas de regulación de los AP.
 - 1.1 Finalidad de la ejecución penal.
 - 1.2 Publicidad vs. Privacidad.
 - 1.3 Alcance de la publicidad.
 - 1.4 Mecanismos de obtención de los informes.
 - 1.5 Políticas de rehabilitación.
 - 1.6 Plazos de caducidad.
- 2. Cuadro comparativo.
- 3. Aspectos relevantes a considerar en la legislación argentina.
 - 3.1 Posibilidades laborales.
 - 3.2 Trascendencia pública.
 - 3.3 Alcance de la información.
 - 3.4 Registros.
 - 3.5 Plazos de caducidad.
 - 3.6 Rehabilitación.

Capítulo 1

Los Antecedentes Penales.

1. Origen y evolución del registro de antecedentes penales.

Los antecedentes penales (AP) pueden ser definidos como el instrumento de constatación de circunstancias jurídicamente relevantes vinculadas a un proceso penal. De este modo, se convierten en un elemento fundamental no sólo de conocimiento del pasado, sino de valoración para el presente con consecuencias para el futuro.

Frente a la existencia de este registro, históricamente validado en cuanto a su función de control y evaluación de conductas, importa analizar desde el punto de vista del derecho positivo, cual es el alcance que los AP poseen o al menos cual es la misión que la estructura jurídica les ha asignado. Básicamente, tienen por objeto comprobar la existencia de infracciones anteriores jurídico penales, cuando de las mismas se deriven importantes consecuencias como la agravante por reiteración delictiva o cuando esta constituye un elemento típico o un indicio de peligrosidad. Por último, juega un papel definitivo a la hora de la concesión de la condena de ejecución condicional.

Pero sabido es que sus consecuencias exceden el ámbito netamente procesal y escapan al ámbito de la aplicación normativa. Se trata de finalidades que le otorgan a los AP un evidente carácter negativo, a la par de constituir un elemento altamente estigmatizante. Por un lado, la exigencia de presentación del certificado para la inmensa mayoría de las actividades sociales, profesionales y laborales tanto privadas como estatales, entorpecen o impiden a quienes fueron penados la obtención de un status fundamental para la pretendida reinserción social. Teniendo en cuenta la incidencia negativa de la existencia de AP, o al menos, de la publicidad de los mismos, se puede afirmar que las consecuencias del delito no se agotan con la pena y muchas veces la pena privativa de la libertad se prolonga como una sombra para el condenado durante el resto de su vida (Roxin, 1981: 23). Una forma institucional de diferenciar al delincuente del resto de la sociedad. Encontramos así, otro ejemplo más donde el Derecho Penal no es sino el resultado del conflicto de intereses entre los que predominan los intereses particulares de la clase dominante (Baratta, 1998: 71) y cuyo desarrollo va unido indefectiblemente al de los medios de control. En este contexto, los AP cumplen una función clara y definida de control y estigmatización del delincuente. Constituyen sin lugar a dudas, el mayor impedimento para alcanzar la pretendida reinserción social.

La historia y evolución de los AP no es otra cosa que la historia misma de los medios de control estatal, valiéndose de este mecanismo para obtener una especie de “marca” que identifique al delincuente. El registro de AP produce la deprimente certeza de la constante presencia de un interés, de una ininterrumpida atención, de una puntillosa y capilar actividad de control (Baronti, 1980: 52).

Como bien expone Foucault, en el viraje de los dos siglos, una nueva legislación define el poder de castigar como una función general de la sociedad que se ejerce de la misma manera sobre todos sus miembros y en la que cada uno de ellos está igualmente representado; pero al hacer de la detención la pena por excelencia, esa nueva legislación introduce procedimientos de dominación característicos de un tipo particular de poder. Así, la prisión, la región más sombría dentro del aparato judicial, es el lugar donde el poder de castigar, que ya no se atreve a actuar a rostro descubierto, organiza silenciosamente un campo de objetividad donde el castigo podrá funcionar en pleno día como terapéutica, y la sentencia inscribirse entre los discursos del saber (Foucault, 1975).

Sabido es que poder y control siempre han estado estrechamente vinculados y los AP resultan ser una herramienta fundamental para esa misión. Respecto del delincuente, quien ostenta el poder tiene la necesidad de controlarlo más allá de los límites establecidos para el cumplimiento de la condena por dos motivos: en primer lugar, para comprobar hasta qué punto la pena impuesta ha sido eficaz y, en segundo lugar para poder reproducir –de un lado- la delincuencia socialmente necesaria y –de otro- aumentar la represión en aquellos sectores que demuestren una especial virulencia contra lo establecido (Grosso Galván, 1983: 13).

A lo largo de la historia del Derecho Penal se advierte que ha sido común la utilización del incremento de la pena como reacción frente al fenómeno de la recaída en el delito. Uno de los primeros antecedentes escritos que se pueden mencionar, resulta ser la disposición de Manú en el Manava Dharma Sastra indio¹, que establecía que: "el Rey castiga primero con la simple amonestación, después con severos reproches, la tercera vez con multa, finalmente con la pena corporal" (VIII-129). A modo de ilustración el párrafo 237 del libro 9 mandaba a señalar la frente de los delincuentes con una marca diferente, según fuere el delito cometido: “Que por haber mancillado el lecho de su padre, se imprimiera sobre la frente del culpable una señal representativa de los órganos sexuales de la mujer; por haberse emborrachado, dando con ello escándalo público, se le grave una señal que muestre la bandera distintiva de los destiladores de alcohol; por haber robado el

¹ Disponible en <https://www.laneros.com/attachments/codigo-de-manu-completo-pdf.111749>.

oro de un sacerdote, el pie de un perro; por el asesinato de un Brahamán, la figura de un hombre sin cabeza; etc.”.

También se conocen antecedentes sobre la reincidencia en la antigua civilización China: el emperador SCIUN (2285 a. de C.) ordenaba castigar con la pena de muerte los delitos premeditados así como los cometidos por los reincidentes. En el antiguo Derecho hebreo (S.XIII a. de C.) los delitos punibles con azotes se castigaban, en caso de reincidencia, con una especie de cadena perpetua tan dura que constituía en realidad una pena de muerte indirecta. También los persas y los griegos en el siglo IV a. de C. coinciden en la conveniencia de castigar más severamente la recaída en el delito (Fernández, 2005 pág. 9). En Grecia, los *stigmata*, impuestos a los desertores y esclavos fugitivos facilitaban su captura y permitían aplicarles las penas a que se habían hecho acreedores. En Roma, las *inscriptiones frontis*, mencionadas por Séneca, tenían análoga finalidad (Kent, 1991). Por otra parte, entre los antecedentes legislativos germánicos se encuentran las Capitulares de Carlomagno que sancionaban con progresiva dureza la recaída en el delito de hurto y el Derecho Canónico clásico elaborado a partir del Decreto de Graciano (s. XII), consideraba la reincidencia delictiva como agravante en casos tales como la herejía y el concubinato.

Aparece así una evidente dificultad que suponía el reconocimiento de aquellos sujetos que habían sido precedentemente condenados, obstáculo que fue superado en muchas civilizaciones a través de un procedimiento tan cruel como eficaz: el único modo de reconocer a los reincidentes era marcarlos en sus cuerpos, bien cortándoles las orejas, dándoles en ellas una tijeretada, o bien poniéndoles alguna otra señal, como el grabarles a fuego una “L” en la espalda o debajo de un brazo (Tomas y Valiente, 1969: 334). Se estableció así la marca penal como único sistema válido para comprobar si una persona había tenido o no anteriores conflictos con la ley. A este procedimiento se le denominó “tatuaje judicial” y se justificó en aquel entonces como “...un deber imperioso en la moral primitiva, ya que la moral humana consagra e impone siempre aquello que es útil para la conservación de la especie” (Ferri, 1933: 15).

En Francia la denominada “flor de lis” fue el estigma más difundido y hasta el año 1592 el signo se estampó en la frente. Posteriormente se produjo una especie de clasificación según el delito en que se hubiere incurrido. Para ello se estampaban las letras V, F ó W. A partir de 1724 las personas que fueran condenadas a galeras se les estampaba la palabra “GAL”, marca que fue abolida por la Asamblea Constituyente, pero restablecida posteriormente para los que fuesen reincidentes, suprimiéndose en forma definitiva en 1821. En 1832, Francia abolió en forma definitiva la marca de fuego para señalar a los delincuentes.

Asimismo, en Italia se advierte una completa regulación de la reincidencia en algunos estatutos medievales como el de Padova de 1236 (Fernández, 2005: 11). Carrara recuerda la estigmatización que implicaba al referirse a los condenados como *homines stigmatici*, por consistir la marca en la letra inicial del delito cometido o de la pena sufrida; y refiere que el sello se mantuvo en algunas provincias italianas hasta su tiempo como pena accesoria, con el fin de hacer identificable al condenado en caso de fuga o reincidencia, y consistía en las letras TF (*travaux forcés*) impresas en la espalda (Ferrajoli, 2005: 442). Las consecuencias prácticas de la marca penal como sistema de estigmatización para distinguir los reincidentes de aquellos que delinquieran por primera vez no era de fácil determinación en cuanto no existía un reflejo documental de la misma, por lo que el delincuente habitual lo que tenía que hacer era simplemente no reincidir en la misma localidad (Tomás y Valiente, 1969: 345). Esta falta de sistematización en la aplicación de la marca va a convertir a la misma más en una pena que en una evidencia de la misma. Como sostenía Foucault (1975: 17): “habrá que esperar a que el cuerpo desaparezca como blanco mayor de la represión penal” para que los antecedentes presenten un aspecto más civilizado pero no por ello, menos estigmatizante.

A finales del s. XVIII, se inicia en toda Europa el movimiento codificador donde se ven reflejadas las ideas reformistas de la Ilustración y junto a la Revolución Francesa, significaron avances importantes en la consideración del delincuente pero no resultaron suficientes para generar cambios significativos en la consideración punitiva frente al reo reincidente. Con la aparición en 1760 del “casier Judiciare” francés como consecuencia de la Revolución Francesa, la Policía fue la primera en adoptar el sistema del Registro de Procesados y Penados. La caída de la Monarquía y la entronación de la República con su nuevo caudal normativo va a hacer que en 1808, al proclamarse el “Code d’instruction criminale”, se incluya al Registro Central Judicial como instrumento de necesaria creación. A partir de este momento, y ayudado por la sistemática implantación del Código de Napoleón en toda Europa, el Registro de Sentencias se irá generalizando hasta cobrar esa importancia fundamental que desde mediados de siglo pasado ha tenido hasta nuestros días (Grosso Galván, 1983: 15).

A partir del año 1854 la antropología comienza a tener un papel preponderante entre las demás ciencias y no escapó a la observación de los estudiosos la necesidad de llevar a la práctica un método de identificación basado en las diferencias que muestran entre sí las diversas secciones del cuerpo humano. Diez años después, el antropólogo francés Brocca, en uno de sus trabajos, enumera los instrumentos a emplearse en la práctica de las mediciones del cuerpo. En Italia, en el mismo año, el Dr. Morselli comenzó a tomar medidas del cuerpo humano a los dementes que se encontraban bajo

su atención médica. Posteriormente, Lombroso divulgó los procedimientos de Brocca para llevar a cabo las mediciones anatómicas. Quien realmente logró un gran avance en el sistema de identificación de los delincuentes, fundado en las medidas de las diversas secciones del cuerpo humano, fue Alfonso Bertillón, quien presentó su método antropométrico en la Prefectura de Policía de París, en el año de 1881. Al año siguiente se autorizó su implantación a manera de prueba y tres años después se recomienda a Francia el empleo del método de Bertillón en todos los presidios y en 1888 este método logra su consagración oficial al aplicársele en forma obligatoria en todo el país (Castro Lujan, 1965: 180).

En 1891 el profesor austriaco Juan Vucetich, quien había emigrado a la Argentina y prestaba sus servicios en el Departamento de Policía de la ciudad de La Plata, presentó un método muy original de identificación de los delincuentes mediante la clasificación dentro de una tabla de valores de las impresiones o huellas digitales. Este investigador obtuvo permiso para comenzar a probar esta nueva modalidad de identificación en el propio Departamento de Policía de La Plata, con resultados realmente sorprendentes y que causaron verdadera sensación en todos los círculos policiales y judiciales de la nación Argentina. Con poca inversión desde el punto de vista económico e improvisando un archivo dentro de un viejo ropero adquirido incluso en una venta de muebles usados, Vucetich aportó a la criminología el tan buscado método de identificación, cien por ciento efectivo, para la comprobación de la reincidencia de los delitos en las personas. De tal forma que en el Congreso Internacional de Ciencias, efectuado en Río de Janeiro en 1905, el sistema ideado por Vucetich fue presentado para su estudio y discusión, donde se logró un pronunciamiento por parte de una Comisión nombrada para tal efecto, que significó la consagración internacional del sistema, al que se le calificó como la solución definitiva del permanente problema de la identificación personal.

La consagración definitiva del método de la dactiloscopia se obtuvo en 1906 cuando la Academia de Ciencias de Francia, a solicitud de su Ministerio de Justicia, estudió minuciosamente los distintos métodos existentes para comprobar la identidad de las personas: la antropometría, el sistema Vucetich, el sistema Henry, entre otros. Una comisión integrada por cinco miembros de la Academia anunció por unanimidad su criterio a favor de la dactiloscopia y concretamente recomendó el método Vucetich, que de inmediato comenzó a divulgarse a través del mundo entero (Castro Lujan, 1965: 181).

La transformación del sistema de marcas en un sistema más civilizado permitió mantener la casi unánime aceptación de un método menos cruel pero no por ello menos perjudicial para el desarrollo

del sujeto sometido a proceso. Pocas fueron las voces que se alzaron en contra de este sistema en cualquiera de sus formas. Recién en el año 1970 y producto de la preocupación de Foucault por lo que estaba ocurriendo en las cárceles francesas, puede encontrarse una de las primeras manifestaciones públicas en contra del registro de AP.

Durante la década del 70 en Francia, el movimiento de inspiración maoísta denominado “Izquierda Proletaria” fue disuelto por el gobierno francés y varios de sus militantes fueron encarcelados por haber intentado su reconstrucción a través de la venta del diario *La Cause du Peuple*. Los militantes encarcelados iniciaron varias huelgas de hambre para que se los reconociera como presos políticos, estatus que por entonces otorgaba algunos derechos de reunión. Asimismo, con su medida intentaban llamar la atención sobre la situación del sistema penitenciario. Un grupo de activistas e intelectuales se unieron para coordinar una comisión de investigación sobre las prisiones. Entre ellos se encontraba Michel Foucault, quien transformo la idea original en una producción de información, una manera de insistir a la vez en la experiencia colectiva de pensamiento y en una toma de la palabra de los detenidos: los investigadores son los investigados. Así nació el GIP (Grupo de Información sobre las Prisiones). Su efecto fue múltiple: una de las primeras consecuencias fue el ingreso a las prisiones, hasta entonces prohibido, de la prensa.

El mecanismo de difusión era por medio de manifiestos mimeografiados. El primero firmado, leído y entregado a la prensa por Foucault es del 8 de febrero de 1971 que comenzaba diciendo:

Ninguno de nosotros tiene la certeza de escapar a la prisión. Hoy, como nunca antes. El control policial sobre nuestra vida diaria se estrecha: en la calle y en los caminos; alrededor de los extranjeros y los jóvenes; ha reaparecido el delito de opinión; las medidas contra las drogas multiplican la arbitrariedad. Estamos bajo el signo de la “detención por averiguación de antecedentes”. Nos dicen que la justicia está desbordada. Lo advertimos claramente. Pero ¿si fuera la policía que la ha desbordado? Pero ¿si fuera la población la que es encarcelada en exceso? (Foucault, 1994: 169).

El primer folleto realizado por el GIP seguía el orden de las secciones de los cuestionarios que habían circulado en forma clandestina en una veintena de presidios y centrales penitenciarias. El mismo concluye diciendo que:

Entre las demandas inmediatas de los detenidos y su familia figura en primerísimo lugar la abolición del registro de antecedentes penales:

- Este registro descalifica desde el inicio la pretensión hipócrita de hacer pasar la prisión por un lugar de reeducación;
- Al prohibir el acceso a la función pública a quienes tienen antecedentes penales, El Estado juzga todos los días el valor de su propio sistema penitenciario;
- El sistema judicial contradice el derecho al trabajo: condena a los ex detenidos al desempleo, la arbitrariedad de los empleadores y los trabajos más explotados, y
- **Con el registro de antecedentes penales no hay liberación, sólo sentencias en suspenso.**

La abolición del registro de antecedentes penales será el tema de nuestra próxima campaña.

Posteriormente, se publicaron cuatro opúsculos que tuvieron una importante repercusión en la opinión pública, cuya pretensión no consistió en mejorar ni suavizar el régimen carcelario sino en atacar directamente al corazón del sistema penal vigente

El propósito de estos documentos y de otros, era organizar diferentes campañas para denunciar las repugnantes condiciones de detención y a la totalidad del sistema judicial que las produce y las sostiene.

Así, se ha publicado que el Estado al negar la contratación laboral de personas que tienen antecedentes penales, demuestra claramente que él mismo no confía en los resultados de sus cárceles. Se preguntaban ¿Cómo podemos reconocer que la prisión tiene una función de rehabilitación, si la persona al concluir con su encarcelamiento no es rehabilitada para el trabajo? Concluyendo que un individuo estigmatizado, reincide en el delito con más facilidad (Kiefer, 2008: 6).

2. Control social y estigmatización.

Los griegos crearon el término estigma para referirse a signos corporales con los cuales se intentaba exhibir algo malo y poco habitual en el status moral de quien los presentaba. Los signos consistían en cortes o quemaduras en el cuerpo, y advertían que el portador era un esclavo, un criminal o un traidor (Goffman, 2006: 11). En la actualidad, el término es ampliamente utilizado con un sentido bastante parecido al original, pero ahora para designar preferentemente al mal en sí mismo. En algunos casos el estigma ya no se manifiesta con signos corporales, la diferencia del estigmatizado no se revela de modo inmediato. Como afirma Pager, los antecedentes penales son una nueva forma de estratificación social y constituyen un estigma certificado por el propio Estado (Pager, 2008). En estos casos, Goffman señala que no se trata en realidad de una persona desacreditada, sino desacreditable.

Siguiendo la esquematización que Goffman realiza en su obra, se pueden establecer tres momentos en la construcción del estigma, que claramente pueden ser trasladable a los sujetos con AP durante el proceso de reinserción social.

El primero de ellos, vinculado a la **identidad social**, tiene lugar cuando un individuo que podía haber sido fácilmente aceptado en un intercambio social corriente posee un rasgo que puede imponerse por la fuerza a nuestra atención y que nos lleva a alejarnos de él cuando lo encontramos, anulando el llamado que nos hacen sus restantes atributos. Ese “rasgo” tiene algún componente que de ser conocido, condiciona la relación del sujeto con el medio. En el caso del portador de AP, posee una condición que condiciona. No importa el delito que haya cometido, el tiempo que haya estado privado de la libertad ni su relación actual con el delito, en todos los casos, será observado de diferente manera.

El segundo momento tiene lugar con la **identidad personal** que se da respecto del control de la información en el manejo del estigma. El problema no consiste en manejar la tensión que se genera durante los contactos sociales, sino más bien en manejar la información que se posee acerca de su deficiencia. Exhibirla u ocultarla; expresarla o guardar silencio; revelarla o disimularla; mentir o decir la verdad; y en cada caso ante quien, como, donde y cuando (Goffman, 2006: 56). La información de la “deficiencia” del sujeto que ha pasado por la prisión posee un formato que no le permite disponer libremente de ella. En forma legal, cualquier tercero puede constreñir al sujeto a que exhiba esa

información de interés principalmente judicial, pero que trasciende esa esfera cuando la sociedad pretende construir un determinado perfil, valiéndose de esta información sensible y condicionante.

Por último, aparece la **identidad del yo**, es decir, lo que siente el individuo frente a estas situaciones sociales. Claramente, conocer su condición de ex preso lo coloca en un status socialmente desventajoso, obligado a demostrar permanentemente su nueva conducta resocializada. Esta dificultad, la expresa mejor que nadie alguien que intenta rehacer su vida luego de su paso por la cárcel. Goffman transcribe el relato en primera persona de un ex convicto: “...*siempre siento lo mismo con la gente honrada: aunque sean buenos y agradables conmigo, en el fondo ven en mí nada más que a un criminal. Ya es demasiado tarde para cambiar, pero aún siento profundamente que esa es la única forma que tienen de aproximarse, y que son totalmente incapaces de aceptarme de otra manera.*”. En igual sentido, lo expresa alguien que vivió en carne propia esta experiencia: “*Una persona que ha sido detenida se encuentra -como lo expresé- condenada a una “muerte en vida”. La vida continúa afuera de los muros, aquí se detiene, no se permite avanzar. Sería necesario buscar políticas adecuadas y no solo represivas para cambiar ésta situación, porque una persona que ha sido “un preso” se ve condenado a la condena no solo judicial, sino también social. Uno cuando sale de aquí se ve imposibilitado de conseguir empleo, todo por el “bendito” certificado de antecedentes penales. Si a una persona se le imposibilita poder ganarse el sustento en forma digna, se lo está discriminando y colocando en una situación en la cual -prácticamente- te obligan a volver a delinquir?*”².

En los Estados Unidos, muchos de los autores que se han ocupado del tema de la reinserción social y laboral de los presos coinciden en que si al momento de recuperar la libertad no obtienen un trabajo legítimo, tienen más probabilidades de reincidir. Consideran que el empleo es fundamental para el abandono de la delincuencia. Asimismo, también hay consenso en que la discriminación laboral constituye una barrera importante para su integración laboral. Sin embargo, de acuerdo a las investigaciones realizadas se sabe que entre un 50% y un 80% de los empresarios revisan los antecedentes penales de los solicitantes a un puesto de trabajo. Esta comprobación se realiza en ocasiones porque la ley lo exige y en otras de forma voluntaria, pues para muchos empresarios es una forma de valorar la aptitud laboral de las personas y en especial de minimizar la responsabilidad civil que pudiera derivarse por los daños y delitos realizados por los empleados (Larrauri-Jacobs, 2001: 2). La discriminación laboral con base en AP se contempla como una opción racional y normal. Las

² José Luis Lescano. Entrevista disponible en: <http://locostumberosyfaloperos.blogspot.com.ar/search/label/resocializaci%C3%B3n>

condenas son vistas como el reflejo de un determinado carácter y como el pronóstico de un comportamiento futuro.

Sabido es que en aquellos países donde los AP son públicos, la discriminación laboral que sufren las personas que han sido sometidas a un proceso es más común. La mayoría de los empleadores consideran que una condena previa es un indicador de un posible mal comportamiento futuro. Como claramente expone Becker la posesión de un rasgo desviado puede tener un valor simbólico generalizado, de forma tal que la gente presupone automáticamente que su poseedor también tiene otros rasgos indeseables asociados. Para ser etiquetado como delincuente basta con cometer un solo delito, y a eso refiere formalmente esa palabra. Sin embargo, la palabra tiene también una serie de connotaciones que especifican los rasgos auxiliares de todos los que llevan ese rótulo. Se presume que un hombre condenado por robo, y por lo tanto etiquetado como delincuente, es capaz de meterse a robar en una casa. Se espera también, que sean capaces de cometer otro tipo de infracción, pues han demostrado ser personas “sin respeto por la ley” (Becker, 1963: 52).

Así, Becker señala que el punto es que el tratamiento de la desviación les niega a los desviados los medios de que dispone la mayoría de las personas para llevar una vida cotidiana normal, y en consecuencia, deben desarrollar, por necesidad, rutinas ilegales. Resulta paradójico que el principal fundamento de negarle un trabajo a un sujeto con antecedentes penales sea el temor a que recaiga en el delito y precisamente con esa conducta se esté privando de una herramienta fundamental para lograr la reinserción.

3. El ideal resocializador.

En la actualidad, la mayoría de los ordenamientos jurídicos modernos basan su sistema punitivo en la resocialización del individuo en pos de una pretendida rehabilitación del condenado. Intentan asignar a las penas y medidas privativas de libertad una función correctiva de la personalidad del delincuente con el objeto de conseguir la supresión de la peligrosidad que representa para la sociedad mediante la reforma. La pena se convierte así, en el medio del que dispone la sociedad para eliminar, o, al menos, atenuar sus potenciales fuentes de desestabilización. A ello se añade una faceta de indudable índole moral, en tanto el delincuente es considerado como alguien merecedor de ser reinsertado mediante los mecanismos de reeducación que se ponen a su servicio.

Tal como afirma Luigi Ferrajoli (2005: 21), la crisis de legitimidad que embarga a los actuales sistemas penales afecta desde hace tiempo a los mismos fundamentos clásicos del derecho penal, ya porque son inadecuados o, lo que es peor, porque no pueden ser satisfechos, porque han sido olvidados y aplastados por orientaciones eficientistas y pragmáticas. Agrega además, que el derecho penal, aun cuando rodeado de límites y garantías, conserva siempre una intrínseca brutalidad que hace problemática e incierta su legitimidad moral y política. La pena, cualquiera que sea la forma en que se la justifique y circunscriba, es en efecto una segunda violencia que se añade al delito y que está programada y puesta en acto por una colectividad organizada contra un individuo. Como bien sostenía Foucault, el propio Estado no confía en el resultado de sus cárceles al entorpecer la readaptación del sujeto a una sociedad que también desconfía de las posibles mejoras que el encarcelamiento pueda haber generado.

Pese a ello y al paso del tiempo, el ideal resocializador sigue vigente. Su historia indica que en la década de los años sesenta del siglo pasado, específicamente en Alemania, la teoría de la prevención especial fue definida de una manera uniforme con el concepto de resocialización, poniendo el acento en la co-responsabilidad de la sociedad en el delito, subrayándose la importancia de la ejecución penal basada en el tratamiento (Bacigalupo, 1998: 13). Aparece así en la bibliografía alemana para sustituir o acompañar el de “mejora” que era el utilizado hasta entonces. Cuando la pena privativa de libertad aparece como pena ordinaria en el catálogo de sanciones aplicables a los que habían cometido un delito, nadie pensaba entonces que la cárcel sirviera para otra cosa que para castigar, y del modo más duro posible, a los que alguna vez habían quebrantado las normas fundamentales vigentes en la sociedad. En la evolución de los sistemas sancionatorios, en función de la transformación de las relaciones de poder del cuerpo social entero, hacia formas cada vez más sutiles y perfeccionadas de

control social, se estaba todavía en la fase más burda de castigar el cuerpo, sin pensar en controlar el alma. La impresión de los horrores de la Segunda Guerra Mundial y el abuso del Derecho Penal en el castigo e incluso en la eliminación física de grupos humanos enteros, contribuyeron sin duda al renacimiento de las ideas humanísticas y a la configuración de un Derecho Penal más humano como instrumento al servicio de la resocialización antes que el castigo de los delincuentes. Por otro lado, el progreso de las ciencias de la conducta y, por tanto, de las técnicas de manipulación del comportamiento humano tampoco fue ajeno a esta evolución que se ha traducido en sistemas penitenciarios y de control social más sutiles y sofisticados que los penales tradicionales, pero no por ello menos eficaces (Muñoz Conde, 1985: 89).

La reforma de los sistemas penitenciarios ocurridos en la mitad de los años 70 principalmente en Italia y Alemania Occidental, sucedieron bajo el signo de la resocialización o del tratamiento reeducativo y resocializador como finalidad de la pena. Indica Sandoval Huertas que la finalidad readaptadora de la cárcel es, a veces, confundida con expresiones similares tales como reinserción social, resocialización, reeducación social o rehabilitación social. Estos conceptos “coinciden, por lo menos en sugerir que el sentenciado adolece de una deficiencia en su adaptación social que debe ser subsanada.” (Sandoval Huertas, 1982).

Luego de esta década caracterizada por su optimismo reformista y resocializador de base liberal, el principio de resocialización ingresó en su peor crisis (Garland, 2005: 110). Las críticas que recibió desde todos los sectores –liberal-progresistas, conservadores y neoretribucionistas- hicieron que se derrumbase el que se había pretendido pilar fundamentador de la prisión: la búsqueda, como objetivo final, de la reinserción de los reclusos.

En la actualidad el discurso resocializador sufre múltiples embates, se encuentran quienes denuncian su fracaso (Anitúa, 2011; Garland, 2005; Sozzo, 2007; Wacquant, 2000), al tiempo que también se sostiene que la cárcel ya no necesita justificarse como medio de reintegración social puesto que su mera función neutralizadora de los sectores considerados “peligrosos” basta para legitimar su existencia (Bauman, 2006; Daroqui, 2008, Feeley y Simon, 1995).

En efecto, tres fueron las principales críticas que recibió. Por una parte, porque se asumió que la resocialización no debe ser admisible a toda costa a través, por ejemplo, de mecanismos invasivos, o simplemente se puso de relieve lo ilegítimo de toda intervención resocializadora por constituir una injerencia inadmisibles en la esfera individual de los reclusos (Silva Sánchez, 1992: 29). Por otra parte,

se criticó la inoperancia de los tratamientos reinsertores. Esta inoperancia fue avalada por numerosas estadísticas en los diferentes países donde más se había utilizado el tratamiento reinsertor, que mostraban una masiva reincidencia. En último lugar, se llega a la conclusión de que carece de sentido resocializar al delincuente para integrarlo en una sociedad que es en sí criminógena. En definitiva, se trata de una ilusión, una quimera inalcanzable pues, no se puede educar para la vida en libertad privando de esa libertad (Neuman, 2001: 191).

Como bien sostiene Baratta, la realidad carcelaria se presenta en la actualidad lejos de los requisitos necesarios para poder cumplir las funciones de resocialización y los estudios de los efectos de la cárcel sobre la carrera criminal (piénsese en la alta cuota de reincidencia), han invalidado ampliamente la hipótesis de la resocialización del delincuente a través de la cárcel, la discusión actual parece dominada por dos polos: por un lado, un polo realista, y por el otro uno idealista, en el primer caso, el reconocimiento científico de que la cárcel no puede resocializar sino únicamente neutralizar; que la pena carcelaria para el delincuente no representa en lo absoluto una oportunidad de reintegración en la sociedad sino un sufrimiento impuesto como castigo, se concreta en un argumento para la teoría de que la pena debe neutralizar al delincuente y/o representar el castigo justo por el delito cometido. Renacen de este modo concepciones "absolutas", retributivas de la pena o, entre las teorías "relativas", se confirma la de la prevención especial negativa (Baratta, 1990: 2).

Siguiendo la postura de Baratta, se debe mantener como base realista el hecho de que la cárcel no puede producir efectos útiles para la resocialización del condenado y que por el contrario, impone condiciones negativas en relación con esta finalidad. A pesar de esto, la finalidad de una reintegración del condenado en la sociedad no debe ser abandonada, sino que debe ser reinterpretada y reconstruida sobre una base diferente. Esto implica por lo menos dos órdenes de consideraciones. El primer orden de consideraciones está relacionado con el concepto sociológico de reintegración social. La reintegración social del condenado no puede perseguirse a través de la pena carcelaria, sino que debe perseguirse a pesar de ella, o sea, buscando hacer menos negativas las condiciones que la vida en la cárcel comporta en relación con esta finalidad. Desde el punto de vista de una integración social del autor de un delito, la mejor cárcel es sin duda, la que no existe (Baratta, 1990: 3).

La realidad demuestra que si bien a la prisión se intentó legitimar como un instrumento rehabilitador, la pérdida de toda misión resocializadora no ha eliminado su funcionalidad. Y no sólo no ha perdido su legitimación sino que ha salido fortalecida de la crisis. Ahora se cimienta únicamente sobre la búsqueda de la incapacitación y la segregación selectiva, que pretende la eliminación de la sociedad de

los individuos irrecuperables cuyo riesgo inherente no es susceptible ya de gestión de otro modo. No obstante, la inocuización que se pretende a través de mecanismos coercitivos, disuasivos y coercitivos, no es el fin último de la prisión actual, sino que la incapacitación de los sujetos queda preordenada a un fin superior: la misión de proporcionar seguridad (Wacquant, 2000: 122).

Muñoz Conde señala que no están muy claras las metas que se deben proponer y alcanzar con el tratamiento. Así, sostiene que si se acepta y se da por buena la frase de Durkheim de que la criminalidad es un elemento integrante de una sociedad sana y se considera que es esa misma sociedad la que produce y define la criminalidad, ¿qué sentido tiene entonces hablar de resocialización del delincuente en una sociedad que produce ella misma delincuencia? ¿No habrá antes que cambiar la sociedad? Hablar de resocialización del delincuente sólo tiene sentido cuando la sociedad en la que se quiere reintegrarlo es una sociedad con un orden social y jurídico justos. Cuando no es este el caso ¿qué sentido tiene hablar de resocialización? ¿no habría que empezar por resocializar a la sociedad? Así, concluye con otra pregunta: ¿cómo y para que resocializar a alguien, que, por razones coyunturales de desocupación laboral, grave crisis económica, etc., comete un delito contra la propiedad, mientras esas razones de desocupación y crisis económica sigan existiendo? (Muñoz Conde, 1985: 109).

Mathiesen se pregunta si ¿es defendible la cárcel desde la rehabilitación? concluyendo inequívocamente que no. Considera que no solo no rehabilita, sino que de hecho inhabilita, ello fundado en una cantidad de material tanto histórico como sociológico. Para dicho autor, el hecho de que la cárcel de hoy no rehabilite tiene una base socio-científica muy sólida sustentada en tres fuentes. En primer lugar, se nutre de los estudios que demuestran que, más allá del tipo de tratamiento, e incluso tratándose de programas de tratamiento muy intensivos, los resultados siguen siendo muy similares y, por lo general, bastante magros. En segundo lugar, la base socio-científica se afirma en nuestro conocimiento de la organización real de la mayoría de las cárceles, tanto en el plano nacional como internacional. Pero el hecho contundente es que la realidad concreta en casi todas las cárceles dista mucho de lo que podría llamarse "tratamiento" en un sentido específico. En tercer lugar, la base descansa asimismo en los estudios sociológicos de la cárcel como organización y de la comunidad de los presos, dejando en claro que el confinamiento no fomenta la rehabilitación (Mathiesen, 2003: 89).

En este contexto, la pregunta que subyace es: **¿existe un derecho a la resocialización?**

Todos los textos normativos de nuestro entorno cultural han establecido, con diferentes fórmulas, que la resocialización, la reeducación o la reinserción social constituyen el fin primordial de las penas de encierro, por lo que a las democracias que poseen sistemas penales liberales no les está permitido abdicar de los grandes paradigmas resocializadores (Salt-Rivera Beiras, 1999: 171).

Si bien nuestra Constitución no hace una mención expresa al respecto, el art. 18 establece que las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice. Igualmente, a través de la incorporación de los tratados internacionales a nuestra Constitución, el ideal de resocialización como fin de la ejecución de las penas se deriva del art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Aceptado el fin resocializador de la pena a partir de su positivización luego de la reforma constitucional de 1994, corresponde entender que la pena implica tratamiento.

En ese sentido, la ley 24.660 de Ejecución de la pena privativa de libertad, en consonancia con los postulados de los tratados internacionales, establece en su primer artículo que “la ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad”, estableciéndose cuales son los objetivos que debe perseguir el Estado durante la ejecución de la pena privativa de la libertad y a los que deben estar orientados la actividad de los operadores penitenciarios y judiciales. Por su parte, la ley de la provincia de Buenos Aires 12.256 en su art. 4 respecto de los fines y medios de la misma, establece que “el fin último de la presente ley es la adecuada inserción social de los procesados y condenados a través de la asistencia o tratamiento y control”.

Al respecto, Zaffaroni ha expuesto que “...el párrafo 6º del art. 5o de la CA (inc. 22 del art. 75 CN), que impone la reforma y la readaptación social, asigna a la prisión una función que en las ciencias sociales se demuestra que es imposible. Se trata de un caso de necesaria interpretación progresiva de la ley: si un conocimiento científico o técnico demuestra que la ley previa a éste imponía algo de imposible realización, la ley no pierde vigencia, sino que lo adecuado es que el intérprete la entienda como imponiendo lo más cercano a lo que aspiraba dentro de lo que el nuevo conocimiento admite como posible. En tal sentido debe interpretarse que obliga a extremar los cuidados para evitar que la prisionización acentúe sus estructurales caracteres deteriorantes y a ofrecer (no imponer) la

posibilidad de que los prisionizados aumenten sus niveles de invulnerabilidad al poder punitivo (Zaffaroni, 2002: 55).

Son muchas las legislaciones que presentan una regulación similar. Así, la Constitución Política peruana de 1993 acoge esta concepción al establecer en el artículo 139, inciso 22, que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. En igual sentido el Código Penal de 1991 introdujo a la legislación penal peruana normas sobre la finalidad de la pena y un nuevo sistema de penas, así el artículo IX del Título Preliminar expresa que “la pena tienen función preventiva, protectora y resocializadora”. El artículo 27 del Código Penal cubano, expresa que “La sanción no tiene sólo por finalidad la de reprimir por el delito cometido, sino también la de reeducar a los sancionados en los principios de actitud honesta ante el trabajo, de estricto cumplimiento de las leyes y de respeto a las normas de la convivencia socialista, así como prevenir la comisión de nuevos delitos, tanto por los propios sancionados como por otras personas.” El Art. 27 de la Constitución Nacional de El Salvador dispone que: “...El Estado organizará los centros penitenciarios con objeto de corregir a los delincuentes, educarlos y formarles hábitos de trabajo, procurando su readaptación y la prevención de los delitos”. En Guatemala, el art. 19 de la Constitución establece que "El sistema penitenciario debe tender a la readaptación social y a la reeducación de los reclusos y cumplir en el tratamiento de los mismos...". La Constitución de Panamá en su art. 28 establece que: "El sistema penitenciario se funda en principios de seguridad, rehabilitación y de defensa social. Se prohíbe la aplicación de medidas que lesionen la integridad física, mental o moral de los detenidos. Se establecerá la capacitación de los detenidos en oficios que les permitan reincorporarse útilmente en la sociedad...". La Constitución Política de La República De Nicaragua establece en su art. 39 que: "En Nicaragua el sistema penitenciario es humanitario y tiene como objetivo fundamental la transformación del interno para reintegrarlo a la sociedad. Por medio del sistema progresivo promueve la unidad familiar, la salud, la superación educativa, cultural y la ocupación productiva con remuneración salarial para el interno. Las penas tienen carácter reeducativo.

En ese sentido, resulta importante mencionar el caso de España donde el principio de resocialización tiene consagración constitucional. Así, la Constitución Española de 1978 expresamente hace mención a los fines de la pena disponiendo en su artículo 25.2: “Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados.” Esto ha llevado a considerar la resocialización y reinserción social

como un derecho fundamental, lo que generó que el Tribunal Constitucional se expidiera al respecto. Ante un recurso de amparo constitucional, resolvió que el artículo 25.2 CE no recoge un derecho susceptible de amparo, pues no existe un derecho fundamental a la reinserción y reeducación social sino que, por el contrario, la naturaleza de la reinserción sería la de un mandato orientador de la política penal y penitenciaria, “mandato del que no se derivan derechos subjetivos”. Por ello, destaca el Tribunal Constitucional, no cabe pedir que no se ejecute una sentencia que impone una pena cinco años más tarde de sucedidos los hechos, alegándose que aquella ya no puede tener ningún sentido reeducador³. En resumen, el Alto Tribunal entiende que el artículo 25.2 CE contiene sólo un mero mandato orientador dirigido al legislador y a los encargados de la ejecución de las penas para que lo tengan en cuenta en la confección, imposición y ejecución de las normas penales. Posteriormente, resolvió que no es admisible que se solicite la anulación de una condena porque el penado “se encuentre perfectamente reinserto⁴”.

Ante el tenor de estas resoluciones Mapelli Caffarena y Terradillos Basoco (1996: 126) han formulado determinadas críticas. En primer lugar, advierten que ha sido el propio constituyente quien ha cuidado la redacción del artículo 25.2 CE, para evitar que pudiera desprenderse del precepto algo más que una orientación programática. En referencia a los fallos del Tribunal Constitucional, dichos autores concluyen que “lamentablemente, con esta interpretación restrictiva nuestro Tribunal Constitucional ha dejado de aplicar el principio clásico del constitucionalismo democrático del *favor libertatis*, que aconseja optar por las garantías de los ciudadanos en caso de duda”.

Lo cierto es que muchos de los autores (Cid Moliné, 1998; Segovia Bernabé, 2004) que analizan el art. 25.2 de la constitución española, consideran que a pesar de que el Tribunal Constitucional no lo haya querido así, la reeducación y la reinserción social no son meros mandatos orientadores de la política penal o penitenciaria, ni tan siquiera principios constitucionales, sino que tienen naturaleza de derecho fundamental. De esta forma, existiría un derecho a la reeducación –entendido como efectiva nivelación de asimetrías sociales y déficits culturales- y, al mismo tiempo, un derecho a la reinserción –a disponer de los medios tratamentales, jurídicos, y de ayuda social para la vida digna en libertad- como dos facetas diferenciadas pero concurrentes del artículo analizado.

³ Cfr. ATC 15/1984, de 11 de enero, y en este mismo sentido, vid., SSTC 19/198, de 16 de febrero, 150/1991, de 4 de julio, 55/1996, de 28 de marzo y 119/1996, de 8 de julio.

⁴ ATC 486/1985 del 10 de julio.

Marcos Salt considera que la resocialización como fin de la ejecución de la pena sólo puede significar una obligación del Estado y un derecho de las personas privadas de la libertad. Señala “el ideal resocializador erigido como fin de la ejecución sólo puede significar una obligación impuesta al Estado (“derecho”, por lo tanto, de las personas privadas de libertad) de proporcionar al condenado, dentro del marco del encierro carcelario, las condiciones necesarias para un desarrollo personal adecuado que favorezca su integración a la vida social al recobrar la libertad...”, “...el fin de resocialización, como derecho de las personas privadas de libertad frente al Estado, no puede ser utilizado jamás para restringir o limitar un derecho o facultad de las personas privadas de libertad...” (Salt, 1999: 177).

El aseguramiento de la materialización del fin resocializador asignado a la pena, conjuntamente con el respeto de los estándares de derechos humanos en la ejecución de la pena privativa de la libertad, dadas las pautas y principios constitucionales e internacionales fijados por la Constitución Nacional y el derecho internacional de los derechos humanos se encaminan entre otros objetivos a la reincorporación del condenado a la comunidad. No obstante, la clave estará en tratar de iniciar tratamientos carcelarios teniendo en cuenta la realidad de la cárcel, es decir, entendiendo la resocialización como la minimización los factores de desocialización inherentes a las penas privativas de libertad (Brandariz García, 2002: 40).

De esta forma, de lo que se trataría sería no tanto de reinsertar, como de evitar la desocialización inherente a la prisión. En definitiva, la reeducación se entendería como la efectiva nivelación de asimetrías sociales y déficits culturales, mientras que la reinserción implicaría disponer de los medios tratamentales, jurídicos y de ayuda social para una vida digna en libertad, además del intento de minimizar la desocialización inherente a la prisión. Debemos asumir que, en general, para conseguir la reinserción y reeducación es necesaria la aplicación de no sólo un tratamiento penitenciario, sino también de una serie de decisiones legislativas tendientes, en líneas generales, a poner al recluso el máximo tiempo posible en contacto con el exterior y, de este modo, impedir que se desocialice en la medida de lo posible.

En este contexto, a la persona que ingresa a la cárcel, el Estado le debería asegurar por lo menos un derecho: que cuando salga tras haber cumplido su condena, no salga peor de lo que entró y en peores condiciones de desigualdad para llevar una vida digna en libertad.

En igual sentido, Mario Alberto Juliano⁵ considera que la función resocializadora es un deber irrenunciable que asume el Estado por imperativo constitucional y convencional, en cuya consecución el encarcelado pone todo aquello que puede poner para tributar a la relación de sujeción, esto es, nada más y nada menos que su cuerpo, su tiempo y su libertad. Es decir, los bienes más preciados con que cuenta un individuo y de los que puede disponer, como no sea la vida misma. El fracaso en la tarea resocializadora sólo puede ser atribuido al Estado. Si resocializarse fuese una responsabilidad exclusiva del preso, deberíamos admitir el vaciamiento de contenido de la manda constitucional y convencional y que el Estado solamente debería restringirse a la mera privación de la libertad como castigo.

Debemos asumir que, en general, para conseguir la reinserción y reeducación es necesaria la aplicación de no sólo un tratamiento penitenciario, sino también de una serie de decisiones legislativas tendientes, en líneas generales, a poner al recluso el máximo tiempo posible en contacto con el exterior y, de este modo, impedir que se desocialize en la medida de lo posible. Ante el fracaso de las medidas tendientes a la resocialización, al menos debe exigirse al Estado que elimine todas aquellas trabas que exceden lo relativo a la imposición y cumplimiento de la pena, generando una finalidad de carácter negativa y estigmatizante, como resulta ser la portación de antecedentes penales. Asimismo, durante el tiempo que dure el encierro del sujeto, se lo debe dotar de las herramientas necesarias vinculadas a la capacitación, al trabajo y la formación profesional, que le permitan valerse por sí sólo en la nueva y difícil etapa que le espera al condenado.

5

Disponible en:
http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2013/09/existe_el_deber_de_resocializarse.pdf.

4. Antecedentes penales y reinserción laboral.

El origen de la prisión data del siglo XVIII, Bentham con su invento arquitectónico, el panóptico, probablemente sea quien más haya colaborado con el surgimiento de esta estructura de poder, encierro y control. En efecto, el panóptico, buscaba corregir la moral de los detenidos y la corrección era entendida como la posibilidad de transformar al preso en un trabajador. El trabajo corrige la moral del preso, el trabajo lo prepara para su vida en libertad, le da un sentido a su existencia y principalmente lo disciplina para incorporarse a un mercado de trabajo que en aquel momento demandaba fuerza de trabajo adiestrada. Decía Bentham: “[la cárcel]... es una institución de corrección desde donde se propone reformar las costumbres de los individuos detenidos, a fin de que cuando recuperen la libertad, no sean una desgracia, ni para la sociedad ni para ellos mismos (Foucault, 1975).

A partir de entonces, siempre que se piense en la reinserción, el modelo de cárcel fábrica (Melossi y Pavarini, 1985) ocupará un lugar de relevancia, el trabajo cura, sana y sobre todo, disciplina combatiendo el ocio y la vagancia.

Durante el siglo XIX, el positivismo criminológico coloca al delincuente como centro de atención del sistema penal y la cárcel se convierte en la estructura indicada para curar las patologías de los considerados “anormales”, que significan una amenaza para la sociedad. La maquinaria penal se nutre de la ciencia y así aparecen los tratamientos médicos, psicológicos y psiquiátricos sobre los detenidos. Todo ello con la finalidad de lograr la corrección y cura de los delincuentes mediante el trabajo.

Recién en el Siglo XX, durante el Estado de Bienestar que desarrolló lo que Garland denomina el *welfarismo penal*, apoyado en la noción de rehabilitación, el delincuente es considerado una víctima del sistema a quien no se les había dado las suficientes oportunidades para no caer en la tentación de la desviación. Es por ello que la educación y la enseñanza de oficios fueron parte del tratamiento que los presos debían recibir para mejorar sus posibilidades de inserción laboral futura. Tanto los instrumentos Internacionales de Derechos Humanos Constitucionalizados en virtud del art. 75 inc. 22 (art. 5.6 de la C.A.D.H. y art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) como la legislación infraconstitucional específica (art. 1 de la ley 24.660) establecen la orientación del tratamiento penitenciario, esto es, la reinserción social de los condenados.

El trabajo ha sido siempre considerado fundamental en el proceso de transformación del sujeto privado de la libertad, tanto para ocupar su tiempo como para lograr una formación que le permita un mejor y más fácil desarrollo social al momento de recuperar su libertad. Desempeña una función como actividad estructuradora de la vida cotidiana de los internos, así como en el aprendizaje a través del trabajo de pautas y hábitos de conducta, autodisciplina, puntualidad, responsabilidad, valoración del esfuerzo, autoestima, etc. Esta función educativa y terapéutica del trabajo, que podría resultar a primera vista invisible, se consideraba fundamental en la adquisición de valores ligados al proceso de resocialización y, por consiguiente, para una posterior reinserción social.

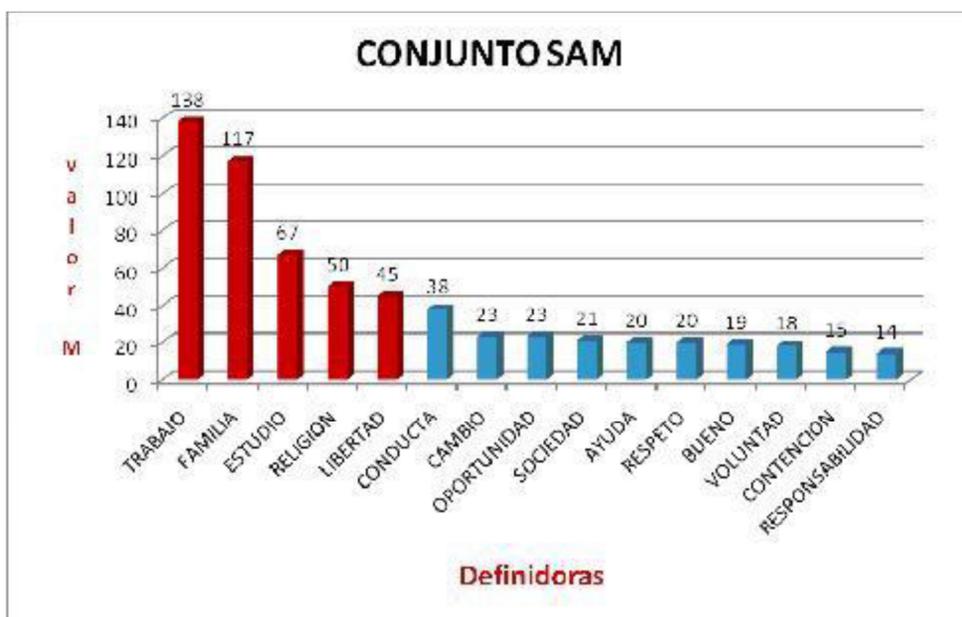
El trabajo es considerado un derecho fundamental y un bien para el hombre. Nuestra Constitución Nacional reconoce el derecho a trabajar a todos los habitantes de la Nación (art. 14) y como derecho esencial, se encuentra reconocido en diversos instrumentos de derecho internacional (art. 14 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 23.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículos 6 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y el artículo XIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre). Es señalada como la herramienta más valiosa con la que cuenta el hombre para sentirse útil y fortalecer su dignidad. Se la considera trascendental para el desarrollo del ser humano en sociedad. En ese sentido, el preámbulo del Convenio N° 168 de la O.I.T. de 1988 remarca "...la importancia del trabajo y del empleo productivo en toda la sociedad, en razón no sólo de los recursos que crean para la comunidad, sino también de los ingresos que proporcionan a los trabajadores, del papel social que les confieren y del sentimiento de satisfacción personal que les infunden".

De acuerdo con la legislación argentina y las orientaciones de los principales organismos internacionales, el trabajo penitenciario es un derecho de los internos que tiene como objetivo facilitar la reinserción social. Toda la regulación sobre el trabajo penitenciario se encuentra inspirada en la directriz constitucional de reinserción social como objetivo de la ejecución de la pena privativa de la libertad.

De estas normas se desprende un derecho al trabajo sin realizar distinción alguna a aquellos trabajadores que hayan estado sometidos a un proceso penal. Pero la realidad es diferente: en países con índices de desocupación importante, las personas con antecedentes penales ve mucho más limitadas sus posibilidades de acceso a un puesto laboral o deben conformarse con aquellos precarios y temporales, aumentando aún más su condición de vulnerabilidad. Si bien el Estado a través de sus

políticas carcelarias puede haber hecho un esfuerzo para lograr la adopción plena y regular de hábitos laborales, así como la necesaria capacitación, lo cierto es que a partir de que las personas recuperan la libertad, se encuentran en una desventaja frente a los demás, producto de la estigmatización que el propio Estado genera mediante el registro de antecedentes penales.

Cabe destacar al respecto, la investigación efectuada por Daniel Gorra (2013) sobre la resocialización. Para dicho estudio, se entrevistaron a veinte personas privadas de la libertad por el delito de robo y previo a cada entrevista, los internos debían colocar sobre una columna 5 palabras que consideraran definitorias del concepto de resocialización. Se obtuvieron 36 palabras, de las cuales trabajo aparece como el término más importante que los internos vincularon con el concepto de resocialización, tal como se grafica en el siguiente cuadro.



Elena Larrauri (2011a) explica que en los Estados Unidos se calcula que cada año salen aproximadamente unas 600.000 personas de las prisiones. Además, dada la importancia que el empleo tiene para el abandono de la delincuencia, se cree que si los ex-presos no obtienen un trabajo legítimo, tienen más probabilidades de reincidir. Por su parte, señala que los académicos y el público en general están convencidos de que la discriminación laboral, jurídica y de facto, constituye una barrera importante para su integración laboral. Menciona además, que de acuerdo a investigaciones realizadas se sabe que entre un 50% y un 80% de los empresarios revisan los antecedentes penales de los solicitantes a un puesto de trabajo. Esta comprobación se realiza en ocasiones porque lo exige la

ley y en otras de forma voluntaria, pues para muchos empresarios es una forma de valorar la aptitud laboral de las personas y en especial de minimizar la responsabilidad civil que pudiera derivarse por los daños y delitos realizados por los empleados ('negligent hiring'). Los empresarios creen que una condena previa -y especialmente varias condenas previas- es un indicador de un posible mal comportamiento futuro. Aunque cada Estado de EEUU tiene su propia regulación y por tanto hay una gran diversidad de leyes, en general los empresarios de ese país tienden a discriminar de forma habitual a las personas con antecedentes penales o incluso policiales. Ellos creen que esa es una decisión no sólo racional sino además perfectamente legítima debido a que las personas que han sido condenadas o detenidas son menos fiables, menos honestas y eventualmente más peligrosas. En general entonces los empresarios pueden negarse a contratar, o pueden despedir, a los solicitantes o trabajadores con antecedentes penales. Pero además cada Estado tiene leyes que exigen específicamente esta discriminación, que prohíben que personas con antecedentes penales trabajen en cientos de posiciones del sector público o privado: policía, seguridad privada, hospitales, educación, cuidado de niños, barberías, funerarias, etc. Si bien algunas de estas leyes reflejan el temor de que los ex ofensores puedan delinquir contra la empresa o el público, otras fueron aprobadas como resultado de presiones que realizó el lobby de una determinada profesión y que pretendía en realidad evitar una posible competencia laboral.

En Estados Unidos está criminológicamente demostrado que el hecho de tener antecedentes penales aumenta por sí mismo la dificultad de acceder al mercado laboral. Como afirma Pager (2008), son una nueva forma de estratificación social y constituyen un estigma certificado por el propio Estado. La investigación que realiza este autor con pares idénticos de personas ofrece resultados como estos: de los pares compuestos por personas blancas, el sujeto que no tenía AP recibió 34 llamadas para incorporarse a un trabajo y el que sí tenía, recibió 17. Así pues, los AP disminuyen en un 50% las oportunidades laborales.

Si bien la legislación argentina es diferente a la de Estados Unidos, no contiene una norma como la del art. 73.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria española que establece que: "los antecedentes no podrán ser motivo de discriminación social o jurídica". Esta falta de legislación específica genera que exista una incertidumbre respecto de la validez y utilización de los antecedentes penales que conlleva una clara violación a los principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución.

A modo de ilustración, el "Mapa de la Discriminación en la Argentina", elaborado por INADI entre los años 2006 y 2008, muestra que ante la opción Yo no emplearía a ninguna persona que haya

estado presa, un 35,6 % de los/as encuestados/as se manifestó total o parcialmente de acuerdo con tal afirmación, mientras que el 14,3% expresó no estar de acuerdo, ni en desacuerdo⁶.

En consecuencia, la posibilidad de resocialización de las personas que cometieron delitos- postulado que se encuentra en vigor en virtud de los convenios internacionales de derechos humanos-, es solo una utopía si no se remueven ciertos obstáculos, uno de los cuales lo constituye la realidad que predomina sobre quienes deben cargar con el estigma del antecedente penal.

Ello así, por cuanto es sabido que, tanto en la Administración Pública como en el ámbito privado, uno de los requisitos solicitados frecuentemente para acceder a un empleo, lo constituye la solicitud de un certificado de antecedentes penales. Esta circunstancia configura un valladar insuperable para quien registra un antecedente en su certificado. En el ámbito privado muchas veces el estigma y el prejuicio resultan determinantes.

Empero, donde resulta palmario lo afirmado, es en el caso del empleo público, en donde las mismas leyes exigen la falta de AP por parte del aspirante como requisito excluyente para ingresar a la Administración Pública o bien se limitan a exigir la presentación del correspondiente certificado, resultando evidente el objetivo de dicho requisito. Se exige carecer de antecedentes penales para acceder a un puesto en la Administración pública, la policía o el Ejército. En la actividad privada es más difícil identificar aquellos empleos donde se exige el certificado de antecedentes penales, porque a diferencia de Estados Unidos, no se encuentra legalmente contemplado. Igualmente, al no existir normativa que impida dicha práctica, en la actualidad está siendo exigido para acceder a casi la mayoría de los trabajos. Ello genera no sólo una discriminación permitida por el propio Estado, sino que en contrapartida obliga a las personas con AP a acceder sólo a aquellos puestos de trabajo más precarios y temporales (construcción, pesca, etc.), que atentan visiblemente contra el ideal resocializador que se propone la legislación nacional.

Si bien es cierto que resulta utópico creer que el objetivo resocializador pueda conseguirse a través de la imposición de una pena privativa de libertad y en las condiciones que se desarrollan en las cárceles de nuestro país, el hecho de que el Estado no se encuentre en condiciones de asegurar la consecución en la mayor parte de los supuestos de los fines reinsertores y reeducadores, no es obstáculo para que estos sean considerados derechos fundamentales. La importancia de esta interpretación radica en que la labor del Estado no es sólo garantizar la consecución del derecho a la

⁶ Disponible en: <http://inadi.gob.ar/wp-content/uploads/2012/08/Buenas-Pr%C3%A1cticas-Discriminaci%C3%B3n-en-el-acceso-al-trabajo.pdf>.

reinserción social, sino también su reparación una vez que estos han sufrido una quiebra o vulneración. No sólo procurar alcanzar la reinserción para los penados a través de las normas, las decisiones judiciales y las medidas penitenciarias, sino que en el caso de que los poderes públicos actúen en su detrimento, protegerla y restaurarla. Y esta sí es una función que el Estado puede y debe realizar. Quizá no pueda garantizar que una persona se va a resocializar en prisión, pero sí ha de tender a que por lo menos tenga esa posibilidad de reinsertarse y, cuando observe que las medidas penales, penitenciarias o judiciales son radicalmente contrarias al objetivo reinsertor, está obligado a remediarlo.

Con ese alcance, pueden marcarse tres etapas fundamentales para lograr la resocialización y reinserción laboral: el reconocimiento constitucional; implementación de políticas estatales que priorice el trabajo en las cárceles como un elemento fundamental para la reinserción laboral y garantizar la igualdad de oportunidades o, al menos, eliminar las trabas que impiden el acceso a un puesto de trabajo.

El primer requisito se encuentra alcanzado en nuestro país a partir de la incorporación de los Pactos Internacionales con jerarquía constitucional que consagran el principio resocializador. La necesidad de establecer programas de trabajo y formación personal en las cárceles no es una tarea sencilla ya que para muchos implica un costo económico y político muy caro comparado con los resultados que ofrecen. Es difícil para las administraciones públicas legitimar políticamente la financiación de la reinserción cuando ésta sólo sirve para una minoría. Por ejemplo, en Inglaterra y Gales en 2002, el 67% de los ex internos vuelve a la cárcel en un plazo de dos años (Lebel, 2008); en Cataluña el 37,4% de los excarcelados en 1997 vuelve a la cárcel antes de cinco años (Luque Reina, 2005); y según Travis (2005) en un conjunto de 15 estados de los Estados Unidos en 1994, el 29,9% de los ex internos reincide antes de seis meses, el 44,1% antes de un año, el 59,2% antes de dos años y el 67,5% antes de tres años. Otro obstáculo a la legitimación, de cara a la opinión pública, proviene del hecho que los programas de formación orientados a la rehabilitación pueden proveer de recursos a los presos, unos recursos que no están disponibles para la población en general, sobre todo en una coyuntura de crisis económica como la actual. Y aparte de onerosos para las arcas públicas, la incidencia de estos programas sobre la reinserción social es dudosa.

En este contexto, parece importante insistir en una modificación de la legislación existente en materia de AP, ya que permitiría un avance en la última etapa del proceso de resocialización. El tiempo de mayor desasosiego para el individuo que pretende abrirse camino en la sociedad transcurre

con su nombre y apellido insertos en los registros de reincidencia, circunstancia que mengua claramente sus posibilidades de promoción laboral y cultural, huérfanas, en términos generales, de apoyo estatal e interferidas por el rechazo de la sociedad en general.

Capítulo 2

Sistemas de regulación de los Antecedentes Penales.

1. La publicidad como factor determinante.

Los AP generan una consecuencia negativa inmediata que se visualiza al momento de que el penado pretende obtener trabajo. Por consiguiente, la cuestión fundamental radica en determinar el alcance que debe tener la publicidad de los mismos. Sin dudas la variable que previsiblemente afecta la posibilidad de reinserción social es la publicidad que se realiza de los AP. La decisión político criminal acerca de si debe tratarse de una información pública, accesible a cualquiera, o bien ser parcial o totalmente confidenciales, tiene importantes implicaciones para el futuro de la persona condenada. Si tiene que tolerar la publicidad de su condena, como una marca, sus posibilidades de reintegrarse en la sociedad disminuyen considerablemente (Pager, 2007). No obstante, mantener la condena en secreto quizás reduce la eficacia de la prevención y pone en peligro a las personas y a las organizaciones, que podrían eventualmente convertirse en víctimas de individuos que han demostrado tener una cierta propensión a la criminalidad (Jacobs, 2006).

La discusión y decisión acerca de si la información sobre los AP deben ser accesible requiere ponderar los límites de la libertad de expresión, transparencia judicial, prevención y seguridad individual y social con la protección de la intimidad, la dignidad y la rehabilitación (Jacobs, 2006). Además de la ponderación de estos derechos y principios, deberá considerarse que en la actualidad, el avance de las tecnologías y telecomunicaciones dificulta el control de la difusión de la información sobre las condenas.

Así, todos los países regulan su registro de antecedentes penales conforme su decisión política de priorizar alguno de los principios en conflicto. En todos los casos esa información se encuentra en mayor o menor medida al alcance de la Policía, la Justicia y ciertos organismos gubernamentales. En su mayoría permiten que los mismos puedan ser solicitados o suministrados a futuros empleadores. Algunos, establecen ciertas limitaciones a la información que se provee y otros reducen aún más la información al interés del empleo solicitado. Todos establecen plazos de caducidad del registro que varía según el tipo de delito. La vigencia del registro caduca en su mayoría con la vida de la persona o a partir de una determinada edad que oscila entre los 80 y 105 años. Casi todos los países son más estrictos con los delincuentes sexuales, especialmente con el fin de evitar la obtención de empleo que supone el contacto con los niños.

En la regulación vigente en países como Inglaterra, Gales y Australia, se advierte una influencia de la "cultura del control" (Garland, 2005), ya que sus normas legales no parecen centrarse en la necesidad de ayudar a una persona a reinsertarse en la sociedad; por el contrario, un "derecho a saber" sobre el pasado de una persona parece prevalecer, en numerosas y crecientes situaciones. Holanda puede ser visto como un caso de regulación intermedia entre los países del common law y los de Europa continental. Las jurisdicciones romano-germánico (Francia, Alemania y España) tienen mucho en común: ellos parecen creer todavía en la rehabilitación y la privacidad.

Asimismo, se pueden identificar dos modelos de regulación marcadamente diferentes. Por un lado, el de España donde el registro no es público y pocos organismos estatales y desde luego ningún organismo privado, tiene acceso al mismo. Por otro, el de Estados Unidos donde la publicidad de la información es absoluta.

En España el Registro Central de Penados cumple una función eminentemente judicial, principalmente en dos momentos: 1) en la medición de la reincidencia como circunstancia agravante y 2) en la decisión acerca de la suspensión de la ejecución de la pena. Según expone Jacobs y Larrauri (2010), esta distinta concepción entre un RCP judicial y restringido o un RCP público y abierto, obedece sin duda a distintos valores culturales en torno a los conceptos de privacidad, libertad de expresión y rehabilitación.

En Estados Unidos la publicidad de los AP se concibe como una herramienta para proteger a la sociedad. El objetivo es proteger la seguridad pública advirtiendo a la gente que su vecino, empleado o nueva pareja, antes era un delincuente. Se basa en la suposición de que si una persona cometió un delito, es más proclive a cometer un nuevo delito que un ciudadano común. Pero esa estigmatización resulta muy perjudicial para lograr que el sujeto no caiga nuevamente en el delito. En consecuencia, se crea un riesgo para la seguridad pública y no se encuentra el equilibrio.

2. Los antecedentes penales como herramienta de protección de la sociedad.

2.1. Estados Unidos.

EE.UU. no tiene un registro penal centralizado a nivel nacional. Cada estado tiene un registro de AP y éstos están relacionados y coordinados por el Federal Bureau of Investigation (FBI), a través del Interstate Identification Index and Integrated Automated Fingerprint Identification System. La información almacenada en estos registros, incluyendo el Centro de Información Criminal del FBI, no está disponible a todos los ciudadanos. Sin embargo, tanto las leyes federales como las estatales autorizan a la mayoría de los organismos públicos y muchas categorías de empleadores del sector privado y asociaciones voluntarias a obtener los antecedentes penales de dichos registros. Una ley federal, aprobada en 1972, permitió al FBI dar información sobre los AP a cualquier persona u organización que estuviese autorizada para realizar tal solicitud por una ley estatal y que hubiese sido aprobada por el Fiscal General de EE.UU. Hay más de un millar de leyes estatales que permiten que diversos organismos públicos y privados, organizaciones y empresas soliciten y obtengan dicha información.

Jacobs y Larrauri (2010) explican que en EE.UU, los AP pueden conseguirse de tres formas distintas. En primer lugar, los registros federales y estatales comunican los antecedentes a todas las administraciones, tanto federales como locales y estatales, y a muchas otras instituciones públicas autorizadas, organizaciones y empresas. En segundo lugar, cualquier persona que quiera saber si un individuo ha sido anteriormente condenado por un tribunal concreto, puede dirigirse al juzgado y ojear el expediente y cualquiera de los documentos del caso que puedan interesarle. A excepción de una pequeña categoría de casos “sellados” (*sealed*), no es difícil localizar el archivo de un caso concreto porque todos los expedientes de casos pasados y pendientes pueden buscarse mediante el nombre del acusado⁷. Además, los ciudadanos pueden examinar y copiar los expedientes judiciales. Por último, la persona que no quiera dedicar tiempo y esfuerzo, puede obtener la información del floreciente mercado de vendedores de información privada. Estas compañías realizan las pesquisas, por un precio, tanto a nivel local como estatal y federal. Pueden localizar la información examinando los documentos en cada tribunal, o, cada vez más, a través de las bases de datos electrónicas de los

⁷ Bureau of Justice Statistics, NCJ-111458, Public Access to Criminal History Information 3 (1988).

tribunales. En algunos estados, la administración central de los tribunales vende la información a estas empresas. Estos proveedores hacen publicidad en internet ofreciendo por un módico precio, que cualquier persona pueda solicitar y obtener información sobre las condenas penales de aquella persona que pueda interesarle.

En EE.UU, el acceso al historial delictivo de cada persona viene condicionado por la cultura político-legal y por las leyes constitucionales. La política criminal de EE.UU. detesta las nociones de justicia secreta o juicios a puerta cerrada. La transparencia judicial se considera un importante instrumento de control del abuso de poder de los fiscales, de los jueces y de la policía. En consecuencia, los archivos judiciales por ley y por tradición siempre han estado a disposición de los ciudadanos que quisieran examinarlos. Una vez que la persona interesada ha obtenido la información, la Primera Enmienda garantiza que ésta pueda transmitirla a otras personas, tanto oralmente como por escrito, y/o publicarla en la prensa o en internet. El gobierno no puede impedir ni sancionar a la gente por divulgar información verdadera sobre los AP de un delincuente⁸.

La publicidad de los juicios y AP refleja la creencia de que los ciudadanos tienen un interés legítimo en ser informados sobre el carácter de las personas que contratan, de los inquilinos a los que alquilan sus casas, de las personas con quien realizan acuerdos comerciales, y de los individuos con quien mantienen relaciones sentimentales. Muchas leyes federales y estatales prohíben que las personas con AP puedan ocupar determinados puestos de trabajo, profesiones e industrias. Los empleadores suelen examinar y rechazar a los aspirantes que tengan AP. Además, ven restringida la posibilidad de obtener licencias para una notable variedad de puestos de trabajo, incluyendo el trabajo como embalsamadores, empleados de salas de billar, productos de limpieza de fosas sépticas, barberos y agentes de bienes raíces.

Este tipo de prevención del delito requiere que ciudadanos, empresarios y, el público en general, puedan acceder fácilmente a los AP de las personas con quienes interactúan. Después del ataque de Al-Qaeda al World Trade Center y al Pentágono en 2001, muchas leyes estatales obligaron a que se comprueben los AP en diferentes sectores e industrias.

La Primera Enmienda protege la difusión de los AP tanto por las personas privadas como por entidades. Los periódicos pueden publicar los nombres de las personas que han sido condenadas, absueltas, o incluso arrestadas. A nivel federal, estatal o local no se puede prohibir a una persona

⁸ 8 Nixon v. Warner Commc'ns, Inc., 435 U.S. 589, 609 (1978); United States DOJ v. Reporters Comm. for Freedom of Press, 489 U.S. 749, 754-55 (1977); MYERS-MORRISON, VAND. L. REV., (62), 2009, pp. 921 a 949.

privada la publicación de listas de personas condenadas en webs o en bases de datos. Publicar información sobre unos antecedentes incluso cancelados no está prohibido. A los proveedores privados de información no se les puede prohibir o castigar por suministrar a los clientes información sobre los AP de un individuo.

Un gran número de criminólogos americanos valora esta situación aparentemente inexorable hacia la completa publicidad de los AP de forma negativa (Thompson, 2008; Travis, 2005). Consideran que supone un obstáculo importante para la reinserción de presos y contribuye a la materialización de una subclase criminal, privada de un empleo legítimo y del acceso las instituciones sociales. La pregunta para los defensores de la reintegración de los prisioneros es: ¿qué, si es que hay algo, se puede hacer, teniendo en cuenta la ley y la constitución de EE.UU, para que los AP sean menos públicos? Jacobs y Larrauri (2010) consideran que no sería fácil conseguir que la información sea menos pública. Mientras los registros judiciales estén abiertos al público, será imposible proteger a un individuo de la difusión de sus antecedentes. Y mientras la gente desee esta información, habrá proveedores de información listos, dispuestos y capaces de vendérsela. La gran demanda de esa información es coherente con el énfasis estadounidense en la autoayuda y la responsabilidad individual.

Además de la transparencia judicial, el control judicial y la libertad de expresión, la política estadounidense de libertad de acceso y difusión de los AP refleja y refuerza la idea de que los objetivos primordiales del derecho penal son la prevención y la retribución. Se supone que el hecho de ser detenidos y la certeza de saber que serán deshonrados, rechazados y que se les negarán oportunidades de trabajo, disuade a los potenciales delincuentes de llevar a cabo la conducta criminal (Zimring/Hawkins, 1973).

La ley de EE.UU. no reconoce un derecho a la rehabilitación. La rehabilitación supo ser un concepto popular en los EE.UU., pero desde la década de 1960 "el ideal rehabilitador" ha estado en decadencia, pues los conservadores no creen que los programas de gobierno puedan resocializar a los delincuentes. Los liberales también han disminuido su apoyo a este fin por creer que es un móvil para encerrar más gente en la cárcel (con el fin de ayudarles), donde se convierten en más criminógenos, no menos. Aunque la mayoría de las encuestas muestran que los estadounidenses están a favor de programas para ayudar a que ex-delincuentes se conviertan en ciudadanos productivos, a todos les parece difícil concebir un proceso penal sin condena pública. Esta se

considera necesaria para promover la prevención, la retribución, la educación, la protección y tal vez incluso la rehabilitación.

La discriminación contra los ex prisioneros no sólo se vive de facto sino que también encuentra su justificación estatal en su propia legislación, y estas consecuencias de jure han aumentado en número, alcance y gravedad desde la década del 80. De hecho, en las últimas tres décadas, el Congreso de Estados Unidos tomó consecuencias colaterales a un nuevo nivel de irracionalidad, utilizando la condena penal como único fundamento de exclusión automática de una serie de prestaciones sociales a nivel federal (Love, 2003:112). Los ciudadanos estadounidenses con una sola condena por delitos de drogas y otros cargos se les puede negar la vivienda, cupones de alimentos, préstamos para la educación, y el derecho a votar.

Sin embargo, cabe destacar que treinta y tres estados tienen leyes ‘anti-discriminatorias’ referidas expresamente a proteger a las personas con AP y exigir que la negativa a contratarlos esté basada en la ‘relación directa’ entre la condena y el tipo de trabajo (Love, 2005).

En el 2007 se sancionó la Second Chance Act⁹ con el propósito de reducir la reincidencia, aumentar la seguridad pública, y ayudar a los estados y las comunidades para hacer frente a la creciente población de reclusos que regresan a las calles. Cada año, aproximadamente 650.000 personas son liberadas de las cárceles federales y entre 10 y 12 millones más son liberados de las cárceles locales. Se espera que dos tercios de los reclusos liberados vuelva a ser detenido de nuevo por un delito grave dentro de los tres años de libertad. Tales tasas altas de reincidencia se traducen en miles de nuevos delitos cada año¹⁰. El National Institute of Justice informa que el sesenta por ciento de los ex reclusos permanecen sin empleo un año después de su puesta en libertad a causa de sus AP y los bajos niveles de alfabetización que dificultan su búsqueda de empleo¹¹.

La atención se ha centrado en cuatro áreas: el empleo, la vivienda, el abuso de sustancias/tratamiento de salud mental y sus familias. Para lograr mejores en esos aspectos, se ofrece una serie de subvenciones a los gobiernos locales y organizaciones sin fines de lucro con el objetivo de: promover la reintegración segura y exitosa de los delincuentes en la comunidad después de su liberación, proporcionar servicios de empleo, de tratamiento de abuso de sustancias, de vivienda, de programación de la familia, de tutoría, servicios a las víctimas, y los métodos para mejorar la

⁹ Disponible en: <http://csgjusticecenter.org/nrrc/projects/second-chance-act/>.

¹⁰ Disponible en: <http://www.bjs.gov/content/reentry/recidivism.cfm>.

¹¹ Disponible en: <http://www.bjs.gov/content/pub/pdf/ecp.pdf>.

liberación y la reubicación, proporcionar servicios de tutoría para adultos y menores infractores, aplicar programas de tratamiento basados en la familia de padres encarcelados que tienen hijos menores de edad, proporcionar orientación a la Oficina de Prisiones de los procedimientos de planificación de reentrada mejoradas, proporcionar información sobre la salud, el empleo, las finanzas personales, los requisitos de liberación y recursos de la comunidad.

La ley también creó el National Reentry Resource Center¹² encargado de proporcionar educación, capacitación y asistencia técnica a los estados, gobiernos locales, organizaciones sin fines de lucro y las instituciones correccionales involucrados con el reingreso de prisioneros. La misión de la CNRR es avanzar en el campo de reentrada mediante la difusión de información desde y hacia los políticos, profesionales e investigadores y mediante la promoción de los principios basados en la evidencia y las mejores prácticas.

Varios Estados ofrecen un listado de Agencias que ayudan a los ex reclusos a conseguir trabajo. A través del sitio web del Departamento de Justicia¹³, se puede obtener la dirección de los programas financiados.

Asimismo, el National Hire Network es un proyecto destinado a aumentar el número y la calidad de las oportunidades de trabajo disponibles para personas con AP a través de un cambio de las políticas públicas, prácticas de empleo y la opinión pública. En su página web¹⁴ se puede acceder a un listado con una gran cantidad de empleadores que buscan específicamente contratar a personas que han salido de prisión recientemente. Además tiene una página especial con enlaces destinado a los empleadores, con detalles de cómo pueden contratar a ex convictos y obtener un reembolso de impuestos.

Grupos nacionales que abogan por los derechos civiles y los derechos de los trabajadores lanzaron una guía para los empleadores para limitar el uso de la historia criminal con el fin de evitar la discriminación ilegal en la contratación de los solicitantes de nuevos puestos de trabajo. La *“Best practice standards. The proper use of criminal records in hiring”*¹⁵ fue radactada por el The National HIRE Network, the Lawyers Committee for Civil Rights Under Law, and the National Workrights Institute. La publicación fue lanzada en mayo de 2013 y fue el tema de una conferencia organizada en

¹² Disponible en: <http://csgjusticecenter.org/nrrc/>.

¹³ Disponible en <http://csgjusticecenter.org/reentry/reentry-matters/>.

¹⁴ Disponible en <http://hirenetwork.org>.

¹⁵ Disponible en <http://hirenetwork.org/sites/default/files/Best-Practices-Standards-The-Proper-Use-of-Criminal-Records-in-Hiring.pdf>.

el John Jay College of Criminal Justice de Nueva York en octubre del mismo año, que reunió a empresarios, representantes de recursos humanos y de gestión, las agencias de informes comerciales, abogados, trabajadores profesionales y representantes civiles y agencias de derechos humanos para conciliar las necesidades y objetivos de los empleadores y demandantes de empleo mediante el fomento de la adopción de estándares de mejores prácticas de los autores sobre el uso adecuado de la información de antecedentes penales en la toma de decisiones de empleo tal como se indica en el informe.

Las mejores prácticas, se describen como normas "concretas y procedimientos prácticos que ayudarán a los empleadores a tomar decisiones de contratación que cumplen con la orientación de la *Equal Employment Opportunity Commission (EEOC)*, maximizan la productividad y minimizan el riesgo de responsabilidad, ya sea de violar el *Title VII of the Civil Rights Act of 1964* o de la contratación de un empleado no apto."

Se trata de veinte recomendaciones sobre el uso de controles de AP en las decisiones de contratación, que incluyen:

- considerar solamente antecedentes y enjuiciamientos pendientes.
- considerar solamente antecedentes que son relevantes para el trabajo en cuestión.
- considerar sólo los antecedentes recientes como suficiente para indicar la existencia de un riesgo significativo.
- Confirmar toda la información de las bases de datos con la fuente original.
- Proveer al solicitante la oportunidad de impugnar el informe de antecedentes.
- Permitir el ofrecimiento de pruebas de rehabilitación.

Asimismo, existen varios organismos que se ocupan de ayudar a las personas con AP a reinsertarse en la sociedad. Por ejemplo, el Legal Action Center¹⁶ es una organización sin fines de lucro que tiene por misión principal la lucha contra la estigmatización y la discriminación. Así, desde 1970, han implementado una estrategia de litigio, llevando a juicio a todo tipo de empleadores, como la Autoridad de Tránsito de Nueva York y el Servicio Postal de Estados Unidos por negarse a contratar a personas con AP o en tratamiento de alcohol y drogas. Asimismo, impulsan y colaboran en la

¹⁶ Disponible en: <http://lac.org/>.

sanción de leyes como Second Chance Act¹⁷ destinada a apoyar a los estados y localidades para que aborden mejor las necesidades de las personas que regresan de la cárcel a sus comunidades.

2.2. Australia.

Según expone Naylor (2011), el sistema penal australiano propugna la retribución, la protección de la comunidad y la rehabilitación, pero en la práctica éste último objetivo, rara vez forma parte del discurso público. Su Constitución Nacional es de carácter netamente procesal, no contiene una declaración de principios o valores fundamentales. La ley común por lo tanto, representa el punto de partida para la discusión sobre el acceso y uso de los AP, y las oportunidades para el apoyo a la reinserción de los delincuentes, se ve limitada debido a la ausencia de legislación específica sobre protección de los derechos humanos.

Los asuntos penales son competencia de los estados y del gobierno federal. Por lo tanto, los AP están en manos de la policía de cada jurisdicción. Por lo general incluyen las condenas y sanciones, pero también, citaciones o comparendos ante los Juzgados, investigaciones en trámite, etc. Ello es así toda vez que la información es utilizada durante la investigación policial, por los tribunales al evaluar el otorgamiento de libertades y al momento de dictar sentencias.

Los tribunales también mantienen registros de casos y sentencias, que puede ser consultados por el público sujeto a la autorización del Tribunal. El libre acceso a los tribunales es visto como un principio fundamental del sistema de justicia penal; se afirma con regularidad que el "deber de justicia no sólo consiste en hacer, sino también en mostrar que se hace" (Spigelman, 1999). Los tribunales son, por lo tanto, abierto al público (excepto en los casos en que se trate de asuntos sensibles o confidenciales) y a los medios de comunicación para mantener a la comunidad informado de la labor del sistema de justicia. Este es el origen de la afirmación de que los registros criminales son - o deberían ser - documentos públicos.

Un jugador significativo en el contexto australiano es CrimeNet, un proveedor comercial privado de la mayoría de la información de AP sobre la base de los registros públicos disponibles. En su página web afirman que "los detalles de las condenas penales son públicos en la mayoría de las democracias

¹⁷ Disponible en: <http://csgjusticecenter.org/nrrc/projects/second-chance-act/>.

occidentales y es un principio generalmente aceptado del derecho de privacidad que esta información debería estar siempre disponible"¹⁸.

La agencia nacional CrimTrac, procesó alrededor 2,7 millones de controles de AP en el período 2009-2010 (Crim Trac 2010: 58), una cantidad importante teniendo en cuenta que la población total de Australia es de sólo alrededor de 20 millones de personas. Ha mostrado un aumento sustancial en sus primeros años de funcionamiento (2000-2003) con un promedio de poco menos de medio millón de certificados por año. La agencia señala su creciente negocio en su último informe anual, como así también el aumento de las solicitudes indicando que cada vez son más buscados por los organismos del sector público, entidades privadas y organizaciones no gubernamentales como prudencia para la concesión del empleo o compromiso en la evaluación de los candidatos (Crim Trac 2010: 57).

La libertad de los regímenes de información se basa en el principio de que un ciudadano tiene derecho a que se le proporcione toda la información que el Estado posee de ellos. Este derecho incluye la posibilidad de exigir la modificación de la información inexacta. El contenido del registro de AP se encuentra dentro de la categoría de "información personal" por lo que está protegido por las leyes de privacidad. Por lo tanto, el acceso por parte de terceros se encuentra limitado y la divulgación de la información dependerá de la finalidad de la verificación, la agencia que lo solicite, el tipo de delito, el tiempo de registro de las condenas anteriores y dependerá de la legislación pertinente en cada caso. Así, en algunos Estados sólo se permite para todos o algunos de estos fines: empleo, visa, seguro, trabajo voluntario, concesión de licencias en general o uso personal.

Pese a la amplia publicidad de los AP, Taylor remarca el caso del Estado de Victoria donde la divulgación no sólo incluye condenas, sino también asuntos menores donde el Tribunal concedió al delincuente un periodo para demostrar su buen comportamiento. Esto se da a conocer pese a que se trata de una opción judicial destinada a ayudar al imputado y evitar que le queden AP. La Policía de Victoria al suministrar los antecedentes, señala que los empleadores no deben considerar esa información como determinante, debiendo ser sólo una parte de la evaluación, teniendo en cuenta además la idoneidad y la característica del empleo. Asimismo, en dicha valoración deberán tener en cuenta la naturaleza de la infracción y el período transcurrido.

Respecto de este tema, en la legislación laboral rige la máxima de que en ausencia de cualquier restricción legal, un empleador puede solicitar y tener en cuenta toda la información que desee para

¹⁸ Disponible en: <http://www.crimenet.org/>

tomar a un empleado. Rige el principio de libertad de contrato, por lo tanto, un empleador puede requerir que un postulante no tenga AP. Este marco legal, junto con un entorno político altamente punitivo, los altos niveles de temor al delito, y la preocupación por la protección de la comunidad, genera que cada vez sea mayor la demanda de información para el acceso a un puesto laboral.

Si bien según algunas investigaciones concluyen que los AP no resultan relevantes para la obtención de un puesto ya que se valora más la falta de honradez al ser ocultados por el titular, Taylor considera que es una forma de generar incentivos a los empleadores para que obtengan la mayor información posible y minimizar de esa forma la responsabilidad por sus dependientes.

Algunos empleos requieren que se exija el certificado de AP, otros simplemente permiten que se solicite, pero no establece que se debe valorar de los mismos. Algunas profesiones identifican los delitos que se deben excluir. Australia tiene un régimen muy estricto respecto a la valoración de los antecedentes en aquellos empleos que tengan contacto con menores de edad.

En principio, los AP son disponibles y utilizables por los empleadores. Existen tres regímenes jurídicos en Australia que restringen el acceso: por una lado las leyes de privacidad y contra la discriminación, que potencialmente pueden limitar el acceso pero que no permiten la eliminación o cancelación de AP. Por el otro el "*spent convictions*" que se trata de un régimen de condenas extinguidas que rige en la mayoría de las jurisdicciones australianas desde la década del 90¹⁹.

El esquema vigente permite a las personas con condenas menores a desconocer la existencia de las mismas después de transcurrido un período de diez años. Este significa que no es necesario revelarlos y puede legalmente "mentir" si se le pregunta acerca de la existencia de AP. El problema radica en que no todos los Estados adoptan este sistema y puede darse la situación que una persona oculte la existencia de estos AP en la creencia de que se encuentra legalmente habilitado para ello, y que posteriormente salgan a la luz en virtud de los diferentes regímenes existentes y ponga en riesgo su fuente laboral por la falta de "honradez", valor fundamental en la sociedad australiana.

Concluye Naylor, que la tensión entre rehabilitación y retribución sigue sin resolverse en Australia. Un proyecto de ley sobre las condenas cumplidas ("*Spent Convictions*") fue propuesto en 2009 pero no parece tener prioridad para ningún gobierno. Esto demuestra la falta de voluntad de los Estados individuales a renunciar a sus propios esquemas, el continuo predominio del miedo a la delincuencia,

¹⁹ Criminal Records Act 1991 (NSW); Criminal Law (Rehabilitation of Offenders) Act 1986 (Qld); Spent Convictions Act 2000 (ACT); Criminal Records (Spent Convictions) Act 1992 (NT); Spent Convictions Act 1988 (WA); Annulled Convictions Act 2003 (Tas).

el enfoque en la seguridad pública y el temor a ser demandado por negligencia al emplear a alguien peligroso. Claramente no se trata de una cultura que priorice la reinserción del individuo que ingresa a prisión.

Sin embargo, destaca el crecimiento en los procesos de justicia restaurativa en este país. Australia ha sido un líder mundial en promoción de estos procesos, y muchas jurisdicciones ahora incluyen organismos de resolución de problemas: tribunales de drogas ó tribunales de violencia familiar. Melbourne, incorporó un tribunal de jurisdicción sumaria con una gama de otros servicios comunitarios y de bienestar. Su objetivo es abordar las causas subyacentes de la delincuencia, para ayudar en la prevención de la delincuencia, y para involucrar a la comunidad en la administración de justicia. El magistrado interviniente trabaja en colaboración con un equipo que incluye a trabajadores sociales, médicos expertos en temas de drogas y alcohol, operadores de justicia indígenas, y trabajadores de salud mental.

Una historia punitiva y la cultura política escéptica parecen hacer difícil el perdón. El papel activo de los medios de comunicación dificulta que el ex delincuente logre convertirse en nueva persona respetuosa de la ley.

Concluye Taylor, que una reforma útil sería limitar la liberación de información de AP para los delitos que son claramente pertinentes para el trabajo específico a realizar. Un esquema como el programa impulsado en Victoria sería un buen modelo: se presta atención sólo a la delincuencia "relevante" y le da a la persona una medida de control sobre el acceso a su información. Mecanismos legales y sociales para mejorar el acceso al empleo, y reducir al mínimo el acceso a la información irrelevante, son pasos importantes hacia la rehabilitación.

2.3. Inglaterra

Según expone Nicky Padfield (2011), el concepto de "rehabilitación judicial" tiene poco significado actualmente en Inglaterra. La legislación, lejos de hacer hincapié en la rehabilitación del delincuente, se ha inclinado hacia una mayor divulgación de los AP con el fin de subrayar la política basada en la prioridad otorgada a la protección pública, o más bien la protección de las personas vulnerables.

El desarrollo del sistema inglés se remonta a la sanción de "*The Habitual Criminals Act*" en 1869 y la "*Prevention of Crimes Act*" en 1871, promulgadas para permitir la supervisión de delincuentes por parte

de la policía, lo que significó el surgimiento de los registros. En 1913 se formó la *Criminal Record Office* y las condenas penales comenzaron a ser registradas por la Policía Nacional de Informática (PNC), que tiene una enorme base de datos de AP (y otros materiales relacionados con las detenciones, el ADN, las huellas dactilares, etc). Se denominan “*records convictions*” y su alcance se ha ampliado hasta incluir además de los delitos, las reprimendas y advertencias (forma de "precaución" dado a los delincuentes mayores de 10 años y menores de 18) y las llamadas “*final warnings*” que son advertencias efectuadas por la policía a los delincuentes en lugar de ser perseguidos. Si bien se ha hecho bastante para mejorar los registros, lo cierto es que no existe ningún tipo de cuestionamiento en que sea la policía quien mantiene el registro nacional.

El registro del PNC no es el único existente en Inglaterra. La Ley de Policía sancionada en 1997 introdujo un nuevo régimen de divulgación estándar y mejorado para aquellos que quieren trabajar con niños o adultos vulnerables mediante la creación de la “*Criminal Records Bureau*”. A pesar de su nombre, este cuerpo no tiene por misión la de mantener registros de AP, sino que es responsable de la provisión de información (tanto de la Policía Nacional de Informática y otra información que se pueden tener a nivel local por la seguridad privada) y por una empresa privada, llamada *Capita*.

La policía posee una enorme cantidad de datos. Por ejemplo, desde la promulgación de la Ley de Delincuentes Sexuales en 1997 todas las personas condenadas o “advertidas” respecto de los delitos sexuales, o que no han sido declaradas culpables por razones de demencia, han tenido que notificar a la policía de ciertos detalles, en particular, su domicilio. Este Registro adicional es mantenido por la policía, y el delincuente tiene que mantenerlo al día mediante notificación a la policía de su domicilio actual (los condenados a 30 meses de prisión o más están actualmente sujetos a requisitos de notificación para el resto de sus vidas).

Otra base de datos es VISOR (*Violent and Sex Offender Register*), un registro de delincuentes sexuales violentos, al que puede acceder la Policía, el Servicio Nacional de Libertad Condicional y el personal del Servicio Penitenciario. Es también administrado por la policía.

Los AP pueden ser utilizados para una serie de propósitos muy diferentes, y por supuesto, el acceso a ellos depende de estos fines. El PNC es, obviamente, utilizado con regularidad y de forma amplia por la policía como parte de su trabajo principal en la investigación de delitos. Este propósito explica por qué es la policía la encargada de que mantener la base de datos. En la justicia, son utilizados para ser valorados en la sentencia. Pero a veces pueden también ser utilizados antes de la sentencia, en la

etapa de juicio como prueba de la personalidad (o de los testigos o del demandado). El servicio de libertad condicional también tiene acceso al registro para ayudarles a preparar informes a los tribunales antes de la sentencia (post condena), y una copia de los AP acompañará a un prisionero desde los tribunales a la cárcel. Por lo tanto, el servicio penitenciario, y las empresas privadas que ejecutan las prisiones del sector privado, también tienen acceso al registro, que será utilizado para ayudar, por ejemplo, en la categorización de seguridad y la asignación de los presos.

Todas las decisiones de los tribunales penales relativos a los adultos están en el dominio público. La policía y el encargado de la acusación estatal (*Crown Prosecution Service*) intentan asegurarse que los periodistas estén en la Corte para que las condenas y penas consigan la máxima difusión. También proporcionan a los periodistas comunicados de prensa y otros paquetes de información y a menudo se realizan conferencias fuera de la corte después de que un caso haya terminado.

Fuera del sistema de justicia penal, varias organizaciones tienen acceso a los AP. Si la víctima del delito solicita el nombre y dirección de un delincuente por un procedimiento civil, la policía está obligada a dar esta información. *The Criminal Injuries Compensation Authority*, el organismo que autoriza la indemnización de las víctimas de delitos con dinero público, también cuenta con acceso con el fin de ayudar a la evaluación de los méritos de la solicitud. También se puede acceder por los responsables de vetar candidatos para el nombramiento de una gran cantidad de puestos de trabajo: aquellos relacionados con la seguridad nacional, el comercio vinculado al alcohol, choferes de autobuses o taxi, trabajos vinculados al juego y las apuestas, etc.

Señala Padfield, que actualmente la investigación previa del empleado es una industria enorme. La creación de una Oficina de Antecedentes Penales en 1998 causó una pequeña sorpresa: una nueva agencia de autofinanciación para hacer frente a la explosión de la aplicación para comprobar gente con AP (o la ausencia de ellos). Esto ha dado lugar a lo que se ha denominado la "mercantilización" de los AP: ha habido millones de solicitudes (y el 95% han sido "revelaciones en blanco"). El número ha aumentado de 1,4 millones en 2002 a más de 3,8 millones en 2008. Desde la creación se han completado 19 millones de informes. El sistema sigue siendo criticado enormemente: es un procedimiento caro, engorroso y comete errores. Como Hughes (2010) señala, la ausencia de una oportunidad para hacer presentaciones previas a la divulgación puede generar consecuencias desastrosas. Menciona así, el ejemplo de un estudiante de enfermería que fue suspendido cuando su ECRC reveló que estaba en libertad bajo fianza por sospecha de fraude, pero en realidad, había sido víctima de robo de su identidad.

En los últimos cincuenta años, Inglaterra ha enfrentado un complejo equilibrio entre los derechos de los delincuentes con la protección de la sociedad. El derecho del delincuente a la rehabilitación, siempre ha sido un derecho limitado, ignorado en favor de una "agenda de protección pública" mucho más amplio. Se sabe desde hace tiempo que los AP pueden significar un freno efectivo a la rehabilitación y reinserción en la sociedad. No es de extrañar que los delincuentes prefieran ocultar sus registros. El Derecho Inglés reconoció la sabiduría de esta práctica en la *Rehabilitation of Offenders Act* de 1974. Esta ley fue pensada deliberadamente para ayudar en la rehabilitación de los delincuentes que no han sido condenados por delitos graves y penalizar la divulgación no autorizada de su anterior condena. Después de un cierto período un delincuente queda rehabilitado, y la condena se "gasta". Incluso la policía o los funcionarios judiciales no pueden divulgarla. De este modo, según el artículo 4, "una persona que se ha convertido en una persona rehabilitada para los efectos de esta Ley respecto de una sentencia deberá ser tratado a todos los efectos como una persona que no ha sido acusada, procesada o condenada por el delito o delitos que han sido objeto de ese antecedente". Los períodos eran (y siguen siendo) fijos: el antecedente de alguien condenado a más de 30 meses de prisión nunca se "gasta", pero si la sentencia es de entre 6 meses y menos de 30 meses, el período es de 10 años, menos de seis meses: 7 años y los condenados a las órdenes de la comunidad o multas tienen un antecedente "gastado" después de 5 años. Desde el principio, hubo numerosas excepciones. En particular en relación con el posible uso de las condenas en los procedimientos judiciales posteriores. En un caso penal, es deber de la acusación de revelar a la defensa de los antecedentes, aunque sean de vieja data. Además, el tribunal responsable de la sentencia debe acceder al registro completo de la persona, aunque sea viejo y aunque sea por cuestiones menores.

Los derechos del delincuente para impedir el acceso a su pasado parecían estar apoyados por la promulgación de la *Data Protection Act 1998*, que surgió de la Directiva de la Comunidad Europea destinada a "proteger los derechos y libertades de las personas físicas fundamentales, y en particular su derecho a privacidad con respecto al tratamiento de datos personales". En los días posteriores a la sanción de la ley, la policía adoptó una política de no consideración de ciertos antecedentes muy antiguos. Sin embargo, esa conducta debió ser modificada luego de la gran controversia pública desatada por la condena de Ian Huntley, un cuidador de una escuela, por el asesinato de dos niños en edad escolar en agosto de 2002, al publicarse un informe preguntándose como ninguna fuerza policial local había notificado que el sujeto ya había sido investigado por acusaciones de delitos sexuales contra niños (a pesar de que no tenía AP).

En un reconocido fallo donde la Corte Suprema debió expedirse respecto de la problemática entre la divulgación de la información contenida en el registro y el derecho a la intimidad, resolvió que la proporcionalidad de afectación de la divulgación debe considerarse en cada caso. Se analizaron las notas policiales de orientación "*MP9 Human Rights Guidelines*", que establece los pasos que se espera que el oficial de la policía considere para establecer si cree que el impacto de la revelación en la vida privada del solicitante supera el impacto potencial sobre el grupo vulnerable si la información no fuera revelada. Esas medidas están sujetas a una tabla de clasificación de riesgo/derechos humanos (a risk/human rights rating table), en el que cuatro categorías de derechos humanos se comparan con tres categorías de riesgo. Así, sostuvo que todas las decisiones de divulgación de ECRC probablemente involucren el art. 8 en relación a cómo la información ha sido recolectada o almacenada en los registros policiales; y la divulgación es probable que afecte la vida privada del acusado en casi todos los casos. La proporcionalidad de la divulgación propuesta debe ser considerada en cada caso: cuando el riesgo que causaría una falta de divulgación es moderado, sólo es requerido un estudio cuidadoso si la afectación en la vida privada de cualquiera sería la de grado más alto: severa. Sólo en el supuesto de que el riesgo que una falta de divulgación causaría un menor riesgo cuantificable hacia el grupo vulnerable es requerido un estudio cuidadoso si la correspondiente categoría de derecho humano de menor afectación a la vida privada resulta aplicable. En todos los demás casos la correspondiente categoría de derechos humanos es superada por una equivalente categoría de riesgo.

La Corte concluyó que se debe alentar la idea de dar prioridad a la necesidad social de proteger a los más vulnerables frente al derecho al respeto de la vida privada del solicitante. Sostuvo que la cuestión de la proporcionalidad exige mucha atención por parte de quien toma la decisión: el cuidado que se debe tener al sopesar los riesgos de no divulgación con los de la divulgación. El análisis requiere una apreciación de la magnitud del riesgo y un examen detallado de proporcionalidad. Frente a una denuncia que quizás pueda ser cierta y hasta relevante, resulta de peso la calidad de la evidencia y la relevancia de la alegación al puesto.

Si bien la Ley de Rehabilitación de 1974 apareció para proteger a los delincuentes de la divulgación, la realidad del derecho Inglés presenta hoy un cuadro muy complejo: muchos delincuentes siguen viéndose obligados a revelar sus convicciones antes de que puedan obtener un empleo.

Actualmente no hay manera de que un registro de AP se pueda eliminar de la PNC. Esto fue confirmado por la sentencia del caso *Chief Constable of Humberside v Information Commissioner [2009]*

EWCA Civ 1079. Aquí, el Tribunal de Apelación dejó claro que la ley permite a la policía mantener todas las condenas en la PNC para siempre. Varias personas se habían quejado ante el Comisionado de la Información (un puesto creado en virtud de la legislación de protección de datos) tras la comunicación de viejas sentencias tras una solicitud en la Oficina de AP. En la sentencia se determinó que el responsable del tratamiento de los datos tiene que identificar el o los objetivos en el registro público para que la gente supiera por que los datos estaban siendo retenidos y los interesados podrán cuestionar esa información en función de los fines identificados. Uno de los fines para los que la policía conserva los datos en el Police National Computer es para suministrar un registro exacto de condenas a la Fiscalía, a los tribunales y a la Oficina de Antecedentes Penales. Estos destinatarios requieren un registro completo de condenas, por lo que no podría decirse que los datos son retenidos en exceso o por más tiempo del necesario para esos fines. Además, si la policía consideró racional y razonable que las registraciones, aún viejas o menores, tenían un valor en el trabajo que hicieron para el Tribunal, resulta justificado.

3. El equilibrio entre la seguridad y la privacidad.

1.1. Holanda.

Según explica Miranda Boone (2011), la resocialización es un objetivo importante en la aplicación de sanciones en los Países Bajos. La Sección 2 de la Ley de Principios Penitenciarios (*Penitentiary Principles Act*) establece que las sanciones "deben preparar al convicto tanto como sea posible para su regreso a la sociedad" y, junto con el principio de restricciones mínimas, el principio de resocialización forma el corazón de la ley penitenciaria holandesa desde 1953.

El principio se formula como un objetivo de la aplicación de las penas que tiene importancia durante la ejecución de la sentencia, pero no tanto en el período posterior. Se considera que la posición del ex prisionero en cuanto a la realización de sus derechos sociales, no difiere de la posición (por cierto débil) del ciudadano medio y como tal, su desarrollo no representa una responsabilidad para el Departamento de Justicia.

El sistema actual que rige desde 2004 tiene un único registro de AP, estableciendo diferencias entre aquellos que tienen acceso a cada tipo de información. Los registros son gestionados por la Agencia de Información Judicial dependiente del Ministro de Justicia. El decreto que regula la información judicial (*Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens*²⁰) especifica lo que debe considerarse como datos judiciales, estableciendo que información resulta relevante.

Un Certificado de Conducta es una declaración del Ministro de Justicia (anteriormente el alcalde) concluyendo que no existen objeciones a la persona en cuestión para que desempeñe una determinada profesión o que ocupe un determinado cargo.

El certificado tiene que ser solicitado por intermedio del gobierno local, que reenvía la solicitud a la Agencia central de Certificados de Conducta, un organismo formado por un personal de 70 miembros. La solicitud tiene que ir acompañada de un formulario en el que la naturaleza de la función de la profesión es descripto por el oferente.

En Holanda, durante siglos ha existido la práctica de la utilización de las declaraciones sobre la conducta o buena conducta. Para llegar a un juicio más objetivo sobre ello, se empezó a usar los AP. Era necesario un registro fiable y la práctica llevó a la creación de un sistema de registro criminal en 1896. Rápidamente surgieron críticas al juicio de valor implícito en el nombre de la declaración, pero

²⁰ Disponible en: http://wetten.overheid.nl/BWBR0014194/geldigheidsdatum_26-10-2014.

sigue siendo el mismo hasta 1955. Creció la idea de que la declaración no implica un juicio de valor de la persona de que se trate y finalmente, fue modificado por el término más neutral de Certificado de Conducta.

Así, el propósito del sistema de certificación es, por un lado para evitar que las personas con un pasado criminal ocupen ciertas posiciones públicas o realicen la práctica de ciertas profesiones que pudieran poner en peligro la seguridad pública, y por el otro para proteger la privacidad de las personas condenadas tanto como sea posible mediante la distribución limitada sobre todo para los empresarios, para solicitar un certificado de conducta en relación con ciertos empleos (Documentos parlamentarios II, 1995-1996, 24797, no. 3: 3).

La persona involucrada puede acceder al registro. La ley prohíbe el suministro de información por escrito, para evitar que los posibles empleadores puedan exigir a los solicitantes de empleo, la entrega de una copia de su registro penal. Esta información, sin embargo puede ser denegada en la medida en que sea necesario para los propósitos de seguridad del Estado.

Además, los datos judiciales se pueden dar a funcionarios y sólo pueden utilizarse para los fines especificados. Así, los funcionarios pueden solicitarlos para su uso en los procedimientos judiciales. También pueden ser entregados al Ministro de Justicia, por ejemplo en relación con la concesión de un indulto. Si existiera un interés general importante, la Junta de Fiscales Generales está autorizada a emitir los datos judiciales a las personas y organismos que se les permite el acceso a los datos de procedimiento penal, tales como agentes de la policía y el personal penitenciario. Por último, las personas y los organismos que no participan en el procedimiento penal también pueden obtener datos del Sistema de Documentación Judicial si se cumple una función pública y si sirve al interés público.

Por sus posibilidades de reintegrarse en la sociedad, esta categoría es la más importante para el ex-prisionero. En general, todos los empleadores públicos y privados tienen que hacer uso del Certificado de Conducta, como se afirma claramente en la exposición de motivos.

Sólo en el caso de unas pocas funciones oficiales que exigen un alto nivel de integridad y responsabilidad, la información directa se puede otorgar en lo que se refiere a la cesión o el despido de personal. Estas excepciones se mencionan explícitamente en el Decreto de Datos Judiciales. Sin embargo, se hacen excepciones para muchos puestos gubernamentales, por ejemplo, personal policial, penitenciario y de seguridad. En general, los datos tienen que ser necesarios para la correcta

ejecución de los deberes. También es válido para esta categoría de solicitantes que los datos sólo puedan ser utilizados para la finalidad para la que se han emitido, dado que los datos almacenados en el Sistema de Documentación Judicial no se pueden entregar directamente a los empleadores privados.

En 2004, se introdujeron cambios radicales en la normativa sobre certificados de conducta. El sistema requería ser mejorado ya que los empleadores tenían poca confianza en la declaración sobre la conducta individual y preferían otros métodos múltiples para la adquisición de información sobre el posible pasado criminal de los futuros empleados. Según Boone, resulta llamativo que en la discusión parlamentaria de la nueva ley sólo se hicieron referencias indirectas a la importancia de la resocialización, sólo relacionada con la protección de la privacidad.

Actualmente, previo al otorgamiento del certificado se realiza una evaluación para determinar si resulta necesario brindar esa información personal. El criterio rector es limitar el riesgo para la sociedad. Así, se considera importante la necesidad de información sobre el pasado penal de las personas a los efectos de las relaciones sociales. En este contexto, se ha discutido si en el marco de una relación laboral se encuentra en juego el interés social. En la actualidad, se considera que los riesgos de las empresas lo son también para la sociedad ya que se trasladan los daños a estas últimas.

Se trata de un criterio objetivo en el cual se evalúa los efectos que pueden producirse en la sociedad de reiterarse la conducta delictiva registrada. El riesgo para la sociedad se evalúa sobre la base de un perfil de los antecedentes generales y perfiles de antecedentes específicos. El perfil de detección general se centra en los riesgos en ocho áreas específicas: información, dinero, bienes, servicios, relaciones comerciales, procesos, organizaciones de gobierno y particulares. En los perfiles de selección específicos, por ejemplo, el perfil de selección de los funcionarios especiales de investigación o de los servicios judiciales, se han incluido los riesgos relevantes para el perfil. Los riesgos se describen en términos tan amplios, sin embargo, que es difícil imaginar un delito que no será una amenaza para al menos uno de ellos. Si, además de suponer un riesgo para la sociedad, un hecho punible es también un obstáculo para el buen desempeño de una tarea o actividad tiene que ver con la relación entre el hecho punible y de la posición del individuo está solicitando. Por ejemplo, en principio, un Certificado de Conducta no se emitirá a un taxista que ha sido condenado por conducir bajo la influencia del alcohol, aunque no se llegaría necesariamente a la misma conclusión para el caso de tratarse de un contador que pretenda obtener su colegiación (Notas explicativas: 7, subsección 3.2.4). Sin embargo, se desprende de la jurisprudencia que la relación entre la posición

deseada y el delito que se ha cometido no necesariamente tiene que estar tan cerca. Por ejemplo, se le ha negado un certificado de conducta a un taxista que fue despedido por tener plantas de marihuana aunque esto no guardaba relación con la naturaleza de la actividad de un conductor de taxi (División de Derecho Administrativo de 20 de julio 2008, Nacional Número Jurisprudencia: BD 8884).

A partir de la entrada en vigencia de la nueva ley, el número de solicitudes se multiplicó. Ello se explica por la exclusión legal de la posibilidad que anteriormente tenían los empleadores privados de obtener información directa desde el Sistema de Documentación Judicial y por el aumento de la cantidad de profesiones y puestos de trabajo para los que es obligatorio la presentación de un certificado de conducta. Ello, teniendo en cuenta que en el caso de los ex convictos en su mayoría optan por no solicitar el certificado de conducta presumiendo que se le negará. Ello se explica a través de estudios realizados que concluyen que la mayoría de los empleadores (79%) no emplean a personas que se les haya negado el certificado mientras que el restante (21%) analizan cada situación en particular (Roth, 2006). Otro impedimento para los ex convictos está dado por el aumento de los empleos donde es legalmente obligatoria la exigencia del certificado de conducta. Así ocurre en todos aquellos puestos de trabajo, educativos y de cuidados que tengan contacto con menores de edad, pero también en aquellos empleos donde tradicionalmente los ex convictos encontraban fácilmente un puesto: taxi, seguridad o transporte.

La cancelación de los AP funciona en forma automática por el transcurso de los plazos legales establecidos. De acuerdo con las disposiciones actuales, en principio, los datos judiciales sobre los delitos penales se mantienen durante treinta años después de que la sentencia penal ha quedado firme. Respecto de los delitos sexuales, esos datos no se elimina hasta veinte años después de la muerte de la persona en cuestión. A pesar de que varios miembros del Parlamento argumentaron que esta propuesta era contradictoria con el requisito de proporcionalidad de la Sección 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, el Ministro de Justicia se opuso a dicha postura argumentando que era característico en los delitos sexuales que la repercusión en la sociedad sea mayor y el malestar dure más tiempo.

En el caso de delitos menores, en principio, los datos se almacenan hasta cinco años después de que la sentencia haya quedado firme. Este período de tiempo, sin embargo, se extendió a diez años si el individuo fue condenado a prisión o servicio comunitario.

En cualquier caso, los datos sobre todos los tipos de delitos se quitan recién ochenta años después del nacimiento del individuo. Esto se basa en el supuesto de que después de esa edad, un individuo no va a cometer más actos punibles.

Si bien la ley no especifica qué periodo de tiempo es analizado a la hora de decidir si se emite un certificado de conducta, se puede deducir que en principio sería de cuatro años. En el supuesto de que en ese periodo exista algún dato relevante, se evalúa toda la documentación judicial hasta veinte años atrás. La excepción está dada por los delitos sexuales donde se examina toda la documentación judicial de la persona que solicita el certificado. Otro tipo de excepción se da cuando se solicita en relación con alguna ley o reglamento especial que especifica un periodo de tiempo fijo. Por ejemplo para una solicitud que tenga que ver con armas, el periodo a observar es de ocho años y en el caso de taxistas o choferes es de cinco años.

Boone destaca de este sistema que el número de los empleadores públicos que pueden obtener información directa de la Agencia de Información Judicial es restringido y sólo pueden recibir información sobre condenas firmes de menos de ocho años de antigüedad. Otros empleadores sólo tienen la oportunidad de exigir certificados de conducta de las personas que solicitan el puesto. Un cambio que sin duda debilita la posición del ex-presos es que ya no sólo las condenas firmes juegan un papel en el proceso de toma de decisiones, sino también la información sobre los casos abiertos, los despidos y los acuerdos extrajudiciales con el fiscal (*Transacties*).

Señala dicho autor que desde la perspectiva de la rehabilitación, sin embargo, es preocupante que el número de puestos de trabajo y las posiciones para las cuales un certificado de conducta está obligado legalmente haya aumentado rápidamente en los últimos años. Incluso si no existe la obligación legal, en la práctica resultan admisibles en la presentación ante el puesto de trabajo y estos dos cambios se han traducido en una duplicación de la cantidad de solicitudes desde el año 2004. Asimismo, en la existencia de cierta tensión entre los desarrollos que se han producido en relación con los certificados de conducta y los serios esfuerzos que se hacen para reducir la reincidencia mediante ambiciosos programas tales como el *Push Back Recidivism* y el *After Care Programme*. Si bien estos programas tratan de preparar a los ex delincuentes a una vida lejos del delito después del encarcelamiento o la libertad condicional, la reintegración en algunas partes de la sociedad sólo puede comenzar después de pasado los cuatro años o más, que son los que se tienen en cuenta a la hora de otorgar el certificado que permite calificar para algún puesto laboral. Los funcionarios de la Agencia Central de expedición de los certificados, han mencionado que ellos se negaron a otorgar certificados

de conducta para los puestos de trabajo que formaron parte de los programas de reinserción para los que los reclusos fueron preparados en su estadía en la prisión o por los servicios de libertad condicional.

Por último, el Sistema de Justicia Penal holandés actualmente carece de rituales formales de rehabilitación a través del cual los ex delincuentes pueden pedir a los tribunales o el Departamento de Justicia borrar (parte de) sus antecedentes penales después de un período. Boone considera necesaria la existencia de un mecanismo de ese tipo, pero cuestiona el carácter público de un ritual como el aplicado en el sistema francés, que no encaja realmente en el clima punitivo actual en la que el conocimiento público de un pasado criminal podría tener un efecto contrario. Concluye que las oportunidades de rehabilitación para ex convictos aumentarían, si el periodo retrospectivo de un certificado de conducta sea mucho más corto y las circunstancias individuales de la ofensa y el ofensor jugarían un papel más importante en el proceso de toma de decisiones de nuevo.

1.2. Francia.

En Francia, según expone Martine Herzog-Evans (2011), los AP están en poder de un servicio especial llamado *National Judicial Record* (NJR), con sede en Nantes. Este servicio es administrado por varios jueces y los archivos se actualizan por funcionarios especialmente capacitados y el sistema ha sido informatizado en 1980. Desde el año 2000, los ciudadanos comunes han tenido acceso a sus registros en línea, a través de un sistema de seguridad que garantiza que sólo la persona puede obtener una copia. El NJR es el único servicio que puede mantener registros de AP. Sin embargo, hay numerosos registros policiales y archivos especiales. En particular el registro de delincuentes sexuales (Sexual Offender National Judicial File). Sin embargo, otros archivos son utilizados exclusivamente por la policía o por los tribunales. El NJR, por el contrario, se puede acceder por el interesado y por organismos de la administración pública o servicios públicos y comúnmente la gente lo solicita para ser presentado ante potenciales empleadores del sector privado quienes exigen un extracto de AP "vacío" ("extrait").

En el NJR se registran las sentencias penales, medidas de seguridad, inhabilitaciones, sentencias privativas de la patria potestad, deportación de extranjeros (Código de Procedimiento Penal - PPC - Art. 769), y las penas o medidas relativas a los menores infractores (art 8, 15, 15-1, 16, 16bis y 28 de la Ordenanza de 02 de febrero 1945). El NJR también mantiene las decisiones como libertad

condicional, pena en suspenso, reducción de pena, la sentencia revocada, junto con el indulto y la amnistía (PPC, art. 769, R 69 y D 49 a 26). Todas estas informaciones se reciben de tribunales, fiscales o de las cárceles. Ellos están estrictamente controladas por el NJR de los posibles errores de identidad (¿es la persona adecuada?, ¿la persona sigue viva?, y así sucesivamente ...) y de la legalidad (que la pena no exceda el máximo legal).

A diferencia de lo que ocurre en la mayoría de los países donde tener AP significa que uno ha sido condenado. En Francia, todo el mundo tiene AP. Pero puede estar vacío ("*virgin record*") o puede contener información sobre las penas pasadas u otras sanciones. Este registro en realidad se divide en tres archivos, llamados boletines. El Boletín número 1 contiene todas las condenas a las penas y medidas enumeradas anteriormente (Código Penal Procedure, art 768.); el Boletín número 2 contiene casi todas las condenas a excepción de las sentencias en suspenso, los registros de menores, contravenciones (Código de Procedimiento Penal, art. 775). El Boletín número 3 contiene las penas de prisión de dos años y más, y menos de dos años si, y sólo si, la Corte ha decidido que era necesario, además de las penas que prohíben determinadas actividades profesionales.

En Francia se considera que el impacto negativo de los AP depende enteramente de la determinación de quién puede acceder a ellos. Su regulación es el reflejo de otras dimensiones culturales como ser el respeto por la vida privada. Ello se refleja en diversos ámbitos, tales como la libertad de prensa o los registros de la policía. También parecen creer en una especie de "derecho al olvido": después de haber cumplido su condena, y en particular si ha llevado una vida normal durante un cierto tiempo, una persona debe ser dejada en paz. Un tercer factor a tener en cuenta para comprender la regulación francesa es que todo el sistema penal y de prisión se basa en el ideal de resocialización: el objetivo de la prisión debe ser ayudar a las personas tener éxito en la reinserción social. Teniendo en cuenta esto, se entiende porque la legislación francesa limita fuertemente el acceso a los AP: ese acceso podría ser gravemente perjudicial para el empleo y, en consecuencia, para la pretendida resocialización.

El acceso a los registros de AP en realidad varía según el boletín en juego. Boletín 1 sólo puede ser consultado por los tribunales penales (PPC, arte 768.); Boletín 2 no sólo puede ser consultado por las administraciones y los servicios públicos, en general, para las solicitudes de empleo (PPC, art. 775), sino también, por ejemplo, para los académicos o investigadores que deseen visitar las prisiones. Boletín 3 sólo puede ser consultado por la misma persona, pero con frecuencia una copia se solicita por los empleadores del sector privado. Cuando una persona está buscando un empleo, los Boletines 2 y 3 pueden ser perjudiciales: boletín número 2 cuando la persona busca empleo en un servicio

público, que abarca no sólo los empleos nacionales, sino también los puestos de trabajo locales (por ejemplo, ayuntamiento, departamento, regiones) e incluso pequeñas tareas y puestos de trabajo temporales; Boletín 3 cada vez que un empleador le pide al solicitante de una copia. En la práctica, los empleadores no piden esto con respecto a la mayoría de los empleos. Sin embargo, ellos normalmente lo hacen por los trabajos que implican un alto grado de confianza (banco, empresas de seguridad privada, trabajos que implican un contacto regular con los niños; etc.) o para los empleos en que las normas jurídicas específicas en realidad excluyen a las personas con AP (abogado, bancos, empresas, etc.). Hay que añadir que el acceso al boletín 3 sólo dará información sobre la naturaleza de la pena (por ejemplo, un mínimo de dos años de prisión), pero no de la naturaleza de la ofensa. Cuando una persona no se le pidió su registro de AP, no tiene obligación legal de mencionarlo.

El Tribunal de Casación (Sala en lo Social)²¹, resolvió en 1990 que un empleado tenía derecho a no divulgar su pasado criminal y que ser despedido con base en su mentira era nulo y sin efecto. Si el empleador es informado por otros medios de la infracción y/o sentencia, el Tribunal de Casación ha resuelto que sólo se permite que el empleado sea despedido si sus acciones han generado algún efecto negativo para la empresa²².

Sin embargo, esta apertura mental se detiene cuando se trata de delincuentes sexuales. Recientemente se han aprobado leyes que fuerzan a los delincuentes sexuales a inscribirse en un registro nacional para delincuentes sexuales y violentos (FJNAIS - PPC, arte 706-53-1 s.). Estos tienen el deber de informar regularmente a la policía e indicar sus cambios de domicilio. Sin embargo, al FJNAIS sólo se puede acceder por los tribunales y la policía. Así que incluso si no pueden ser borrados fácilmente, al menos estos registros específicos no limitan el empleo per se.

Francia tiene un sistema de “rehabilitación legal” que se puede clasificar en dos grupos: en uno se encuentra aquellas técnicas que tienen como objetivo ayudar en el proceso de desistimiento para poder expurgar parte de los registros que son perjudiciales para las solicitudes de empleo y el otro que reconoce la plena recuperación de la delincuencia, mediante la supresión de todos los registros de AP. Las llamadas “*Expunging techniques*” pueden a su vez clasificarse en tres subgrupos: las que son automáticas, es decir, se conceden sin ningún requisito del delincuente; aquellas que se conceden únicamente basada en la ausencia de una mayor reincidencia y las que requieren algún tipo de evidencia modesta y permanente de desistimiento.

²¹ Cass. Soc., 3 de julio de 1990, Recueil Dalloz, 1991, Jurisp., pp. 507-511, nota J. Mouly.

²² Cass. Soc., 11 de Marzo de 1964, JCP 1964, II, n° 13678; también ver a Roger, 1980 y Sire 2003.

Las medidas que son automáticas, es decir, no requieren ningún mérito, ni ninguna condición por parte del delincuente, deriva de la necesidad de destruir los archivos de papel que se mantuvieron por el NJR. Existe la idea de que las personas mayores deben morir en paz. Así, la "*Hundred Years Rule*" (PPC, art. R 70-1 °) permite que el NJR borre archivos de delincuentes que superaron los 100 años de edad, y aún no han fallecido (naturalmente cuando las personas mueren sus registros se eliminan). Otra técnica, llamada "*Forty Years Rule*" (PPC, art. 769, col. 2) es una medida híbrida que permite al NJR borrar archivos criminales que no han sido eliminados a través de técnicas de más corto plazo: cuarenta años después de la última condena. No se requiere ninguna acción legal por parte del infractor, ya que es automático. En la práctica, por lo general se aplica a los delitos graves o de delincuentes que son reincidentes.

Las medidas automáticas basadas en la mera ausencia de una mayor reincidencia, es un sistema automático y no requiere ninguna acción legal. Beneficia a todos los delincuentes, excepto los que cometieron "*legal crimes*". En Francia hay tres categorías de delitos: "*contravention*" (multas de estacionamiento, maltrato a perro, lesiones leves); "*Délits*" (robo, abuso sexual excepto violación, consumo de drogas, las formas serviles de tráfico de drogas, incendios) y "*crimes*" (homicidio, robo a mano armada, violación, tortura, tráfico grave o internacional de drogas, terrorismo). Sólo *délits* y *crimes* pueden ser castigados con penas de prisión. La "rehabilitación legal" sólo se aplica a las *contravention* y *délits*; no es posible para los *crimes*. Sólo se requiere la aprobación de una cierta cantidad de tiempo (que van desde tres a diez años, o incluso veinte años para reincidentes: CP, art 133-13.). Durante ese tiempo, la persona no debe haber cometido más delitos.

Por último, las medidas que requieran algún tipo de mérito por parte del condenado, pueden ser otorgadas antes de que se cumpla la rehabilitación legal. Sin embargo, son más exigentes. En primer lugar, se requiere una acción legal, y por lo tanto una decisión judicial; segundo que son discrecionales y basadas en el mérito del solicitante. La cuestión que se plantea en estos casos es: ¿el reclamante lo merece? Sin embargo, la noción de mérito no es tan exigente como la rehabilitación judicial. El denominador común de todas estas medidas es que se requiere una acción legal. Otro rasgo distintivo, lo que hace que estos procedimientos altamente atractivo para los delincuentes, es que no hay ningún plazo después de la sentencia. El reclamante puede pedir incluso directamente a la corte que lo condenó que no registre la sanción en los boletines número 2 y 3. Su objetivo es puramente utilitario: la idea es ayudar al delincuente a encontrar trabajo rápidamente. Así que no es necesario ser un ciudadano perfecto. Por esa razón, los tribunales suelen asegurarse de que la persona

esté realmente aplicando para un puesto laboral determinado, que no se puede obtener sin AP claros²³. Los tribunales también pueden ser más exigente en lo que respecta a las profesiones que requieren altas normas morales, como es el caso de los funcionarios públicos. También se han rechazado solicitudes si consideran que el delito es muy grave (un profesor universitario que había acosado sexualmente a un menor de edad²⁴, o si la persona ha cometido demasiados delitos²⁵ o si los daños no han sido pagados a la víctima²⁶).

Un poco más exigente es otra medida llamada "*relèvement*". Se encuentra vinculada a las inhabilitaciones para ejercer determinados cargos o profesiones. Los tribunales analizan el comportamiento del delincuente, si ha cumplido con las reglamentaciones carcelarias, si ha pagado los daños y perjuicios, si no niega la infracción, si ha dejado de cometer delitos. Cuando más grave es el delito, más estricto es el control. Finalmente, sólo consiste en permitir que la persona pueda volver a trabajar en la profesión específica de la que fue prohibido por sus AP. Cabe aclarar que los AP no son borrados per se. Esto probablemente explica el escaso éxito de este procedimiento.

El Derecho francés prevé un ritual que logra la rehabilitación completa. Las condiciones para la rehabilitación judicial son extremadamente estricta, lo que es coherente con las mismas razones que sustentan esta acción: el ex delincuente de hecho debe haber desistido totalmente de la delincuencia. Puede aplicarse a todo tipo de delitos, incluso a los más graves.

Sólo una sentencia dictada por un tribunal francés, puede lograr la rehabilitación. El demandante sólo puede presentar su caso después de un cierto período de tiempo después de haber cumplido su condena (es decir, un plazo de prescripción, que varía en longitud de acuerdo con el tipo de delito). Si el delito era una *contravention*, la persona debe esperar un año; si era un *délit*, debe esperar durante tres años; si se trataba de un *crime*, el retraso es de cinco años. Sin embargo, estos supuestos sólo se aplican a los infractores por primera vez. Los reincidentes deben esperar seis años si cometió un *délits*, y diez años si se trató de un *crime*. Si el tribunal rechaza la solicitud, el ex delincuente tiene que esperar dos años más, lo que es coherente allí de nuevo con las razones que sustentan la rehabilitación judicial: el tribunal necesita tiempo suficiente para asegurarse de que cualquier mejora con la persona, la vida y el comportamiento ha sido suficiente.

²³ Tribunal de Casación, Sala de lo Penal, 12 de diciembre 1992, número de decisión de 92 a 81,873.

²⁴ Tribunal de Casación, Sala de lo Penal, 08 de febrero 1995, n ° 94 a 81,468.

²⁵ Tribunal de casación, Sala de lo Penal, 4 de octubre de 2000, n ° 00 a 80,181.

²⁶ Tribunal de Casación, Sala de lo Penal 28 de noviembre de 2001, n ° 01 a 83,118.

Sin embargo, el paso del tiempo no crea un derecho a obtener la rehabilitación judicial. En primer lugar, el demandante debe haber pagado todos los daños y perjuicios a la víctima (PPC, art. 788, col. 1). Criminológicamente, se refiere a la idea de que el primer paso para la redención es reconocer las propias faltas, y que el pago de daños y perjuicios es una forma de hacer precisamente eso. Otra exigencia es que asuma plena responsabilidad por sus acciones pasadas: sólo entonces será perdonado. Los tribunales también consideran la naturaleza de la infracción, si la actividad criminal es regular o por única vez, y si plantea una grave amenaza para la seguridad pública. Sin embargo, el espíritu de la ley ordena que la rehabilitación judicial no se le debe negar a una persona sobre la única base de su actividad criminal anterior.

Lo que cuenta más es lo que ocurre desde el cumplimiento de la sentencia hasta el momento de la solicitud. Se requiere que el demandante haya demostrado una "conducta intachable" desde su liberación. Los tribunales tienen total discreción al analizar ello. La noción bastante obsoleta de buena conducta en realidad se refiere a los criterios más pertinentes, como el empleo, la vida familiar, la formación, los compañeros, el medio ambiente, etc. En cuanto al empleo, a pesar de que no se puede ser demasiado exigente en tiempos de crisis (Francia ha conocido el desempleo crónico desde 1974 y los tribunales son muy conscientes de la dificultad para los ex convictos y delincuentes en la búsqueda de un trabajo), los tribunales por lo general exigen haber terminado los estudios, un empleo permanente o requiere alguna prueba válida de que el reclamante tiene posibilidades ciertas de obtener un trabajo, o se ha formado con el fin de mejorar sus posibilidades en el mercado laboral. Ellos aprecian especialmente la formación que permite a una persona obtener una cualificación profesional y que muestra un cambio de sentido en su vida.

La rehabilitación judicial es más fácil de obtener para las personas que también pasaron por un cambio radical en su vida familiar. Tal sería el caso de un delincuente persistente que descuidó a su familia y que ahora es un buen padre y esposo, y sustenta económicamente a su familia. También se consideran otros signos de cambio de vida como cortar todos los contactos con amigos o compañeros criminales. El tribunal, naturalmente no se basa enteramente en el expediente presentado por el ex delincuente (que es por lo general asistido por un abogado). Se realiza una investigación sistemática de la policía con el fin de verificar si el ex delincuente todavía tiene contactos con ex convictos o cómplices o simplemente con personas involucradas en actividades delictivas y si lo que él presenta como evidencia es cierto. Las autoridades penitenciarias y la J.A.P. son consultados. También hay una investigación en la comunidad, la misma es discreta para no poner

en peligro los esfuerzos realizados por los ex delincuentes por evitar llamar la atención sobre su pasado criminal.

El procedimiento para la rehabilitación judicial es único en muchos aspectos. El primer aspecto original es que no sólo el ex delincuente, sino también sus padres o hijos pueden solicitarlo en su lugar luego de su muerte (PPC, art. 785, al. 1). Las personas que han sido condenadas por varios delitos no puede solicitar la rehabilitación para sólo uno de ellos, sino que la rehabilitación judicial sólo podrán referirse a la totalidad de su vida y el comportamiento llevado, y todas sus ofensas pasadas deben poner sobre la mesa (PPC, art 785, al 2..). Otra particularidad de este procedimiento es que no resulta obligatoria la presentación por medio de un abogado. Un tercer rasgo original es el alto nivel de competencia requerido para esta medida. El tribunal competente para la rehabilitación judicial es una sala de la Corte de Apelaciones (*Instruction Chamber*). La idea es a la vez de poner la decisión en manos más experimentadas, porque el asunto se considera muy grave, y para que sea aún más solemne, que a su vez refuerza la seriedad de la afirmación de que en efecto, el ex delincuente efectivamente ha desistido. El impacto en este último, en su familia y en la sociedad en sí es así aún mayor.

Una vez que el Tribunal de Apelación recibe el caso con el dictamen del fiscal debe emitir su resolución en un plazo de dos meses (PPC, art. 794). El Tribunal puede rechazar la reclamación, decidir que es prematuro y que necesita más evidencia; también puede conceder la rehabilitación judicial.

Concluye Martine Herzog-Evans que por desgracia la decisión a menudo se hace después de la audiencia, durante una audiencia por separado, lo que disminuye su efecto declarativo y todo se desarrolla en un ámbito privado.

1.3. España.

La información sobre los AP se encuentra concentrada en el Registro Central de Penados (RCP) el cual es único para toda España. Contiene los antecedentes por delito y sólo tienen acceso ciertos organismos estatales. Si bien en la actualidad no se trata de un registro público, lo cierto es que el grado de publicidad ha ido variando a lo largo de la historia. Originariamente, la Real Orden del 3 de abril de 1896 no especificó quien puede tener acceso al Registro Central de Penados. La regulación

de la misma instaura, a criterio de Larrauri y Jacobs (2010), una curiosa distinción que ha permanecido durante mucho tiempo: si la persona de la que se solicita información tiene AP, entonces el RCP niega el acceso y no permite que esta información se haga pública. Si la persona no tiene, entonces se emite un certificado a cualquier persona que lo solicita. Como señala Grosso (1983), la ironía es que si alguien no puede obtener la información, asume (correctamente) que la persona en cuestión tiene AP.

La reforma del Código Penal de 1983 se produce poco tiempo después de la muerte de Franco y se trata, según Grosso (1983), de una reacción a la excesiva petición de los AP durante esa época de la historia de España. El preámbulo de la reforma establece claramente por primera vez que el RCP no es público y que el certificado de AP sólo puede expedirse para los jueces y en los casos establecidos por la ley (art. 118 del Código Penal). El nuevo Código Penal de 1995 confirmó la última regulación y afirmó que el RCP no es un registro público. El artículo 136.4 establece: “4. Las inscripciones de antecedentes penales en las distintas Secciones del Registro Central de Penados y Rebeldes no serán públicas. Durante su vigencia sólo se emitirán certificaciones con las limitaciones y garantías previstas en sus normas específicas y en los casos establecidos por la Ley. En todo caso, se librarán las que soliciten los Jueces o Tribunales, se refieran o no a inscripciones canceladas, haciendo constar expresamente, si se da, esta última circunstancia”. Por último, el Real Decreto 95/2009 del 6 de febrero establece que el acceso a la información contenida en el RCP sólo se autoriza a jueces, fiscales y policía judicial y también la propia persona interesada puede solicitar una copia de sus antecedentes penales. En síntesis, de acuerdo con la legislación española y con el Tribunal Constitucional (STC 22 de julio 1999, nº 144), el registro de AP en España no está a disposición del público.

El legislador español, los políticos y los juristas creen que el objetivo de resocialización se vería seriamente menoscabado si la información sobre las condenas penales fuese ampliamente disponible y pública.

Así, España, reconoce de forma mucho más amplia los derechos a la privacidad, la dignidad y el honor que protegen al individuo de la posible divulgación de sus AP, tanto por órganos gubernamentales como por particulares. Si bien la legislación española considera relevantes las anteriores condenas penales de los acusados para dictar la sentencia, no reconoce que la vergüenza y la deshonra pública sean una forma legítima de prevención ni de disuasión del delito. A los juristas españoles tal idea les parece absolutamente criticable (Diez Ripollés, 2007; Mir Puig, 2008).

En consecuencia, el Registro Central de Penados (RCP) sólo puede comunicar información sobre los AP de una persona a los jueces, al Ministerio Fiscal, a la policía judicial y al particular interesado. Por otra parte, los expedientes judiciales, incluidas las sentencias penales, no están disponibles para inspección pública. Incluso las sentencias publicadas de los tribunales protegen la privacidad del acusado encubriendo su nombre real, y cambiándolo por otro ficticio. La legislación española reconoce la rehabilitación como un fin de la pena, lo cual confirma aún más la voluntad de mantener la confidencialidad de los AP.

El riesgo difuso del público es considerado por debajo de la reinserción del infractor. Quizás ello contribuye también a explicar el hecho de que los AP sean con carácter general sólo solicitados para acceder a la Administración o a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (Grosso Galvan, 1983). En el resto de empleos no existe una normativa general que permita dilucidar claramente en qué casos deben o no aportarse. Pero en ningún caso los empresarios pueden obtener la información de AP directamente del Registro Central de Penados. Ciertamente podría alegarse que no se les prohíbe la posibilidad de solicitar a cada aspirante un Certificado de Antecedentes Penales. Ante la falta de datos y de información criminológica es arriesgado cualquier afirmación acerca de cuál es la realidad con la que se enfrentan las personas con AP, pero parece en principio que en muy pocas ocasiones los empresarios privados exigen este certificado, e incluso que si lo solicitan la persona podría eventualmente negarse, si la petición no está fundada, por entender que forma parte de su vida privada o intimidad.

En ese sentido, expone Larrauri (2010) que de acuerdo con Carlos Uranga, subdirector del Registro Central de Penados, los empleadores raramente solicitan a los aspirantes a un puesto de trabajo el certificado de AP; la mayoría de las solicitudes de este certificado son para permisos de armas, caza o de residencia.

Concluye así que el hecho de que la información no sea pública, de que aparentemente no se soliciten excesivos certificados de AP, de que la LGP prohíba la discriminación en el empleo por esa razón (art. 73), y la existencia de la institución de la cancelación de los antecedentes penales (art. 136 código penal), son todos ellos indicios de la vigencia del ideal rehabilitador en la cultura jurídica española contemporánea.

La Orden 9 de Marzo 1937 estableció el requisito de no tener AP al solicitar puestos en la Administración, la Policía o el Ejército. Sin embargo hay un gran número de empleos para los cuales

legalmente se puede solicitar el certificado de AP: Abogados, lotería y Casinos, Auditores, Bancos, conductores de pasajeros y mercancías, bomberos, choferes de taxi, maestros, seguridad, privada, etc. Larrauri (2011) se pregunta ¿cuál es el fundamento para admitir prácticamente sin discusión que el acceso a la Administración Pública requiera carecer de AP? Es curioso que, en tanto hay un posicionamiento generalmente crítico frente al hecho de que los empresarios particulares exijan el CAP, se admita acríticamente que esto se realice de forma generalizada por la Administración. Se podría cuestionar si acaso no es precisamente la Administración la que debiera dar ejemplo de no discriminación por AP.

Respecto al empleo público, explica Larrauri (2011) que en general se aportan tres razones para negar que el empresario pueda solicitar un CAP. Según un primer argumento, se rechaza que el empresario pueda preguntar por los AP de un solicitante de empleo debido a que se considera que esta información es privada (tanto como la referida a la afiliación política o sindical, a la religión, la salud o al estado civil). Un segundo argumento de la doctrina laboralista se basa en que la Ley de Protección de Datos Personales prohíbe que los particulares creen una base con datos relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas. Por último, la doctrina laboralista considera que esta información hace referencia a la personalidad o carácter ‘moral’ y que no es relevante para evaluar las habilidades laborales de una persona.

Según Larrauri, no hay una respuesta concluyente a la pregunta sobre si, o cuándo, los empresarios pueden solicitar los AP de una persona a la que quieren contratar. Si bien el RCP no es público -y el TC así lo ha confirmado-, una defensa a favor de solicitar los AP podría alegar que esta posibilidad no se encuentra explícitamente prohibida en ninguna ley, que se permiten solicitudes individuales al RCP y, finalmente, que en todo caso es el empresario quien sería declarado responsable civil por los daños y delitos que realicen sus empleados, con lo cual sería lógico permitirle aminorar los costes que conlleva la decisión de contratar a alguien. Y adicionalmente, la normativa europea tiende cada vez más a imponer que se exijan los AP especialmente en el caso de delincuentes sexuales y puestos de trabajo en contacto con menores (Jacobs y Blitsa, 2012). Pero de otra parte, y en sentido contrario, puede argumentarse que en España los AP se consideran parte de la ‘vida privada’ o que son ‘datos personales’ protegidos por el derecho constitucional a la intimidad y que el objetivo de la rehabilitación prevalece sobre la libertad empresarial y la autonomía personal (que requiere tomar decisiones personales con toda la información existente). En ningún caso existe jurisprudencia que nos oriente sobre cuál es la solución jurídica adecuada de este conflicto.

En síntesis, España, por razones constitucionales, culturales y políticas, prefiere que los AP sean confidenciales. La legislación española otorga mucho valor a la dignidad individual, el honor y la intimidad. Los autores españoles y europeos consideran que la publicidad de las condenas es un castigo degradante. Los jueces españoles, los estudiosos del derecho penal, y los responsables políticos creen que la información sobre los AP de un individuo pertenece a la esfera privada del individuo. Además, la doctrina penal española y europea cree que la difusión de información acerca de una condena penal en sí misma constituye un castigo adicional que vulnera el principio de proporcionalidad y el principio de legalidad, porque el código penal no prevé con carácter general la publicación de la condena. Por otra parte, consideran que la rehabilitación se vería perjudicada (Jacobs-Larrauri, 2010).

Después de un período predeterminado de tiempo, los expedientes de condenas son “cancelados”. No significa que se borran, de hecho, los jueces seguirán teniendo en cuenta los registros, pero de acuerdo con el Código Penal no podrán ser considerados como agravante (de reincidencia) y no debe ser tenido en cuenta a la hora de decidir la concesión de la condena condicional.

Los requisitos exigidos para tener por cancelados los antecedentes son: 1) Un período de tiempo después de haber cumplido la condena (debe haber transcurrido 6 meses para las penas leves, 2 años para las penas que no excedan de 12 meses y las impuestas por delitos imprudentes, 3 años para las restantes penas menos graves o 5 años, para las penas graves); 2) no cometer un nuevo delito en ese período; 3) haber pagado la reparación civil o la persona haya sido declarada insolvente.

Se trata de un procedimiento "automático": no existe una evaluación individual y el período de tiempo después de haber cumplido la condena sin cometer otro delito, sólo depende de la infracción anterior.

Existen dos maneras de llevarse adelante: el sujeto lo solicita a la Secretaría de Justicia o la NCR concluye el propio registro (art.136.1 del Código Penal). Cuando se hace una solicitud, el NCR le pide al juez que presente un informe. El juez envía un informe y el Ministerio de Justicia debe responder al solicitante en un plazo de 3 meses. Si el registro no ha respondido en ese tiempo la persona puede asumir que ellos lo han tenido por cancelado.

Larrauri (2011) critica estos mecanismos concluyendo que los jueces deberían tener una participación más activa instando al NCR que cancele los registros ni bien se cumplan los plazos legales y proponiendo un sistema que permita informar al sujeto respecto de la cancelación de su registro.

1.4. Alemania

Según explica Christine Morgenstern (2011), en el sistema alemán, el derecho a la resocialización resulta de suma importancia para comprender su regulación de las AP. Se desprende del artículo 2 (1) en relación con el artículo 1 de la Ley Fundamental alemana. Visto desde la perspectiva de la comunidad, el principio social del Estado requiere de atención pública y asistencia para los grupos de la comunidad que, a causa de la debilidad personal o culpa, incapacidad o desventaja social, se vieron afectados negativamente en su desarrollo social; dentro del cual se encuentran los presos y ex presos. También la resocialización sirve a la protección de la propia comunidad: está en su interés que el delincuente no reincida (BVerfGE 35, 202: 235-236).

La jurisprudencia ha desarrollado el alcance de la resocialización, entendiendo que se trata de un derecho positivo a la acción y ayuda del Estado, es decir, con respecto a la ejecución de las penas de prisión, las condiciones de las cárceles, la remuneración del trabajo en la misma, etc.

Así, respecto de los AP, los autores clásicos de Derecho Penal alemán presentan el tema dentro del capítulo sobre “Rehabilitación”, viendo claramente esta forma de rehabilitación como un aspecto crucial de la resocialización.

Los autores identifican tres características del sistema alemán:

- No incluir delitos menores en los certificados de conducta que se expida sobre la base de los registros de antecedentes penales;
- No incluir los delitos en los certificados de conducta después de un determinado período, siempre que el interesado no ha vuelto a delinquir;
- Eliminar las entradas en el registro después de un período sin reincidencia.

Existen diferentes registros (judicial y policial), pero en general sólo podrán ser utilizados por estas autoridades de control. Otras autoridades tienen un acceso muy restringido y empleadores públicos o privados no tienen acceso en absoluto.

Los objetivos que persigue el registro penal en Alemania son tres:

1. proporcionar a todas las partes del sistema de justicia penal información relevante sobre el pasado criminal de un sujeto, y, si es necesario, proporcionarlo a otros (organismos administrativos y empleadores) que tengan un interés legítimo en esa información;
2. evitar efectos estigmatizadores injustos y de largo alcance del registro, en particular para las condenas muy antiguas;
3. proporcionar información para la investigación científica (por ejemplo, para los estudios de reincidencia) o la política criminal ('preparación de la legislación ", Art. 42 bis y b BZRG).

Las disposiciones legales para recopilar y registrar información completa sobre los AP de las personas se remontan a finales del siglo XIX. Siguiendo el ejemplo francés, se aprobó una Ley de Registro en 1882. Los particulares (empleadores) no tenían acceso a esta fuente de información (pero podrían solicitar códigos de conducta emitido por la policía cuando existían otros registros). Una vez en el registro de AP, las condenas se mantuvieron allí sin límite de tiempo y no existían procedimientos de retiro formales. El efecto estigmatizante y etiquetador fue reconocido en forma temprana en la historia alemana.

En 1919, durante los primeros años liberales se adoptó la ley 'Straftilgungsgesetz' (Conviction Redemption Act). En los fundamentos legislativos, se justifica su implementación de la siguiente manera: "Quién, después de completar una sentencia, precisamente por ello sólo encuentra puertas cerradas; que, a pesar de los esfuerzos honestos, es una y otra vez castigado con el desprecio público y se ve obstaculizado en su lucha por sobrevivir, porque una vez que fracasó y ha sido castigado, finalmente debe perder la esperanza y motivación para encontrar su camino en la vida civil de buena reputación y retroceder hacia el camino del delito". Esta cita refleja la muy limitada disponibilidad existente por entonces en la sociedad para reintegrar a los antiguos delincuentes (sobre todo en tiempos de crisis económica); en consecuencia, la propia Ley pidió más tolerancia dentro de la comunidad y presentó restricciones de largo alcance en el acceso a la información del registro, así como normas para la eliminación de algún tipo de información incluida en el registro.

Desde 1972, cuando la Federal Central Criminal Register Act entró en vigor, el Bundeszentralregister (Registro Federal Penal Central) ha sustituido a los 93 registros de AP de las oficinas de persecución pública de las Cortes regionales.

En Alemania, se mantienen registros de AP (sólo) para los que han sido condenados o de otra manera "evaluados" en un procedimiento penal (es decir porque no fueron considerados

responsables penalmente debido a su enfermedad mental). Esto significa en números: el Registro actualmente posee entradas en aproximadamente 6,3 millones de personas con 15,3 millones de resoluciones. Cada día cerca de 10.000 decisiones tienen que ser registradas; cada día hay aproximadamente 40.000 solicitudes de información de los tribunales, la policía y las fiscalías públicas, así como las solicitudes de códigos de conducta por los particulares tienen que ser procesados (y, por lo general se encuentran en el mismo día). Más de nueve millones de revelaciones son emitidas cada año.

En 1998, la legislación penal sufrió una serie de cambios, concentrándose principalmente en un enfoque más duro hacia los delincuentes sexuales que también afectaron a la Ley de Registro Central Penal. Desde 2007, el propio registro ha sido operado por la Oficina Federal de Justicia (Bundesjustizamt), antes de que se había mantenido por la Agencia Federal de Procesamiento (Generalbundesanwalt). Desde 2009, todos los empleadores en materia de cuidado de niños, instituciones de bienestar juvenil, y así sucesivamente están obligados a revisar sus empleados (y los solicitantes de puestos de trabajo).

El registro contiene sentencias de los tribunales penales que han adquirido firmeza (principalmente condenas y sentencias, así como ciertas resoluciones de autoridades administrativas (por ejemplo, con respecto a las decisiones que retiran una licencia de negocios o de portación de armas), y - después de una evaluación que implica una comparación de las legislaciones -. condenas penales extranjeras dictadas contra los alemanes o en contra de los extranjeros que viven en Alemania.

El impacto negativo de los AP en el proceso de reintegración a la sociedad depende de la determinación de quién puede acceder a ella. En Alemania, existen dos tipos de acceso a la información:

- acceso al propio registro;
- el acceso a parte de la información a través del llamado certificado de conducta.

El primero de ellos, implica un acceso sin restricciones a toda la información solicitando una declaración (Bundeszentralregisterauszug) por la que es posible que los tribunales, el ministerio público y las administraciones penitenciarias, departamentos de investigación criminal de la policía y las autoridades fiscales y organismos de la administración especializados que hacer frente a las zonas especialmente sensibles, como los organismos de supervisión de la empresa privada de seguridad, las drogas y los productos farmacéuticos, la protección radiológica, o la seguridad de vuelo.

Respecto del certificado de conducta, existen dos tipos. El disponible para los empleadores privados y el certificado de conducta para los empleadores del sector público y de las autoridades responsables de la concesión de licencias en diferentes áreas.

Las condenas por delitos menores no son informados en el certificado de conducta (aquellos castigados con multa o tres meses de prisión). Como regla general, depende de la sentencia, no de la calificación jurídica de un delito. Eso significa que los delitos menores de delincuentes primarios no suelen incluirse en el certificado porque fueron castigados con penas menores, mientras que el mismo delito cometido por un reincidente puede ser incluido. Otra restricción en la inclusión de las entradas en el certificado de conducta se aplica a los adictos a las drogas, cuya pena de no más de dos años de prisión se suspende debido a que están sometidos a la terapia o cuya pena de prisión se suspende por otras razones, pero el delito que han cometido estaba vinculada a su adicción a las drogas. Todas las demás entradas en el registro deben ser incluidos en un certificado de conducta, y desde 1998, como una excepción a la regla, los delitos sexuales deben ser incluidos independientemente de la sanción (Art 32 I BZRG; Art. 174 a 180 y 182 Código Penal). Con esta reforma legal, todos los empleadores en materia de cuidado de niños, instituciones de bienestar juvenil, escuelas, 22 y así sucesivamente deben ser obligados a comprobar sus empleados (y los solicitantes de puestos de trabajo) al exigir un certificado extendido. El grupo de personas afectadas es casi inmanejable, porque los empleadores (y organizadores del trabajo voluntario con niños) también pueden pedir un certificado extendido para los conductores de autobuses escolares, asistentes en las piscinas públicas, entrenadores, y así sucesivamente. Aunque la prohibición de emplear a personas que han sido condenadas por un delito sexual y otros delitos (graves) sólo se refieren a los delitos sexuales de todo tipo, el certificado de conducta hace que las demás entradas sean visibles.

El certificado de conducta para fines personales (certificado privado de conducta) sólo se envía a la persona que hace la solicitud. No está del todo claro en qué casos un futuro empleador puede exigir el certificado. En términos generales, la jurisprudencia ha resuelto que solo resulta admisible en los procedimientos de contratación para puestos donde la naturaleza del trabajo hace que indispensable exigir integridad personal. Así, se ha restringido la posibilidad de exigir el certificado sólo a aquellos supuestos donde resulte directamente relevantes para el trabajo: relativo a los delitos de piratería para un trabajo como conductor de camiones; delitos contra la propiedad para un empleo de cajero, y así sucesivamente. En los casos y respecto de los delitos que pueden tener importancia para la

realización del trabajo, un futuro empleado debe decir la verdad sobre su registro de antecedentes penales; si no, esto se considera una violación de (pre) obligaciones contractuales y justifica la solicitud de despido del empleado. Si el empleador ha sufrido una pérdida financiera, el empleado puede ser considerado responsable por fraude. Por lo general el empleador no puede solicitar el propio certificado (porque podría incluirse información irrelevante).

El certificado de conducta para los fines públicos debe ser solicitada por el interesado, mayor de 23 años, pero se envía directamente a la autoridad. Posee menos restricciones que para los certificados privados y tienen el fin de permitir a las autoridades, por ejemplo, evaluar la idoneidad de una persona que solicita una licencia comercial o cualquier persona que quiera estar al servicio de una autoridad pública (incluidas las universidades).

Pese a la legislación tendiente a proteger a los ex delincuentes contra la discriminación y ayudar a volver a integrarlos en la vida laboral, la práctica muestra un aspecto diferente. En primer lugar, los empleadores pueden hacer más preguntas y solicitar más certificados de lo que tienen derecho. En segundo lugar, incluso si esto no fuera el caso, el sistema de las distintas regulaciones pueden bloquear el camino para muchos solicitantes con respecto a un montón de lugares de trabajo, por ejemplo, nadie que haya sido condenado por delitos de drogas (y otros delitos) puede emplear o instruir a los menores de acuerdo a la Ley de Protección del Empleo Juvenil (Art. 25 Jugendarbeitsschutzgesetz). También para los empleadores en atención geriátrica, se les ha reconocido un interés legítimo en conocer los antecedentes penales relacionados con la propiedad, pero también aquellos de violencia. Lo mismo ocurre con varios empleos que a menudo son elegidos por las personas con pocas calificaciones profesionales como las empresas de seguridad privada o los choferes de taxi.

Según Christine Morgenstern, tener AP puede impedir fuertemente la manera de reintegrarse a la sociedad, sobre todo en tiempos (y regiones) de alto desempleo. Para ayudar a los ex delincuentes, no debería incluirse en el certificado de conducta los delitos cometidos después de un cierto período y, deberían eliminarse las entradas si el interesado no ha reincidido.

De acuerdo con el art. 24 BZRG, todos los registros se eliminarán tres años después de la notificación oficial de la muerte de una persona. Lo mismo se aplica para las personas de 90 años de edad. Los registros relacionados con personas que no fueron condenadas por no ser penalmente

responsable debido a un trastorno mental, se eliminan automáticamente después de 10 años o - en los casos de delitos graves - 20 años.

La duración del período por el cual se mantiene el registro varía según se trate:

- Condenas por delitos que se castigan con una pena en suspenso de menos de un año, el registro será durante tres años.
- El resto de los delitos: cinco años.
- Condenas por delitos sexuales con una pena de más de un año: el período de aquí será de diez años.

La eliminación definitiva de los registros implica que las condenas no se pueden utilizar contra una persona en asuntos legales por más tiempo) se puede lograr después de períodos más largos. Más específicamente, estos períodos son:

- cinco años para todas las condenas que dan lugar a una pena de multa, penas de prisión de menos de tres meses o, para los menores, de menos de un año.
- diez años para las condenas que dan lugar a un castigo de menos de un año de prisión, si queda en suspenso; en los casos de los menores todas las demás condenas;
- 15 años en la mayoría de los casos;
- con la excepción de 20 años en los casos de delitos sexuales que resultan en un castigo de más de un año de prisión.

También es posible que el ex delincuente solicite que no se incluya en su certificado de conducta una condena anterior. En la práctica existen muy pocos casos donde haya resultado viable, por ejemplo cuando las condenas extranjeras se incluyen en los registros de antecedentes; cuando existe una oportunidad cierta de encontrar un trabajo, el registro resulta un impedimento y el período de caducidad está por terminar.

Este beneficio se tramita ante la Oficina Federal de Justicia, que administra el Registro.

En resumen, en Alemania un ex-delincuente tiene una posición legal formal relativamente fuerte: la Constitución le garantiza el derecho a la resocialización lo cual tiene repercusión en el sistema de los AP, como por ejemplo, respecto de quién puede acceder a la información registrada. Aquí, las

posibilidades para los empleadores privados, son (todavía) más bien limitadas. Un problema, sin embargo surge del hecho de que el Registro Federal Penal es accesible por varias autoridades del Estado que a su vez mantienen otros registros, a saber, el registro federal para los extranjeros, y puede difundir esta información. Otro problema es que el sistema de mantenimiento y eliminación de entradas en el registro se ha cambiado: Desde 1998 no sólo la duración de la pena (y por tanto la gravedad del delito), pero el carácter de la infracción puede ser decisiva: como el caso de los delincuentes sexuales. Esto es aún más pronunciada desde la reforma de 2009 que creó el "certificado extendido de conducta " y permite que alcance el acceso de los empresarios a los antecedentes penales relativos a cualquiera que podría estar involucrado en el trabajo con niños.

Concluye la autora mencionada, que el impacto de los AP de las posibilidades de los ex delincuentes a ganar terreno en el (regular) del mercado de trabajo es importante porque varios sectores laborales importantes pueden resultar inaccesibles en función de la naturaleza del delito que se incluye en el certificado de conducta. Sin embargo, al menos en lo que respecta al proceso de transición entre la cárcel y la reincorporación al mercado de trabajo, otros problemas relacionados con la falta de cualificación profesional o habilidades sociales parecen estar en el primer plano. La situación de este grupo se puede influir favorablemente mediante la combinación de medidas de cualificación profesional en prisión con el apoyo práctico en la fase de reentrada que incluye ayuda para las agencias de empleo y posibles empleadores. Una estrategia que apela a la "responsabilidad social" de los empresarios e involucra organizaciones coordinadoras de los empleadores durante la puesta en marcha y ejecución de programas de reingreso es prometedor.

El sistema alemán, si bien no tiene un procedimiento de eliminación de los registros basados en la mejora de la conducta del ex delincuente, obliga al juez o un tribunal en varias ocasiones durante el procedimiento penal reconocer la evolución positiva de un delincuente que podrían al menos marcar pasos importantes no respecto del registro sino respecto en cuanto a la aplicación o cumplimiento de la pena.

Capítulo 3

Los Antecedentes Penales en Argentina.

1. Origen y evolución.

Las primeras referencias a los AP en nuestro país se remontan a principios del Siglo XX. Gabriel Anitua explica que Ernesto Quesada redactó en 1901 un anteproyecto de ley para la creación de un “Archivo Criminal de Reincidencia”. Pero el archivo judicial de condenas ya se imponía por la práctica a pesar de puntuales críticas. En 1897 un juez ordenó en su sentencia que fueran destruidos los archivos del condenado una vez que cumplierse la pena, en 1900 otro juez concedió la “gracia” al condenado de no incluir la sentencia en el archivo judicial. Estos jueces consideraban a tal posibilidad de recuerdo una afectación al honor que iba más allá de la condena. Esta reacción era natural cuando apenas se estaban eliminando las penas infamantes, heredadas de las “marcas” realizadas en el Antiguo Régimen para identificar a los convictos. Pero otros jueces, como el bonaerense Octavio González Roura, lograron imponer un sistema de registro que en 1902 tendrá carácter general. Roura formó la comisión redactora del Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires de 1906 que fue el primer ordenamiento con preceptos referidos a la aplicación del sistema de identificación a través de las huellas dactilares inventado por Juan Vucetich, algo que luego se extendería a otras legislaciones (Anitua, 2005).

Cabe mencionar que previo al invento de Vucetich, el sistema utilizado en nuestro país era el mismo que en casi todo el mundo: el de identificación antropométrica creado por Alphonse Bertillon²⁷. Se trataba de un estructurado sistema de mediciones corporales que, acompañadas de la reseña fotográfica y el retrato hablado, servirían para filiar a un individuo con su identidad y así evitar que pudiera eludir la acción de la justicia.

En 1891, Vucetich se abocó de inmediato a la redacción de las instrucciones para la aplicación del sistema bertilloniano-antropométrica, así como implementó todas las modificaciones que fueran necesarias para la adopción práctica de dicho sistema e incorporó las impresiones digitales para el servicio identificatorio. Y todo, en un proyecto que fuera aprobado y puesto en funcionamiento rápidamente en el año 1891. De inmediato procede a la identificación de 23 procesados en la jefatura, comenzando con la identificación de todos los detenidos en la cárcel de La Plata, y en 1892, se

²⁷ Disponible en: http://theforensicteacher.com/Home_files/Bertillonage.pdf.

identifica al contingente de aspirantes a agentes de Policía. Al final de ese año se habían identificado a 1.462 aspirantes, de los cuales 78 resultaron con antecedentes y uno con nombre supuesto²⁸.

Desde entonces, no han existido mayores cambios en la forma de identificación de los sujetos sometidos a un proceso penal con el fin de corroborar su pasado delictivo. La certeza en la identificación de las personas que brinda el invento de Vucetich, permitió reforzar la idea de aplicar una pena mayor fundada en la reiteración y la reincidencia. Desde el llamado “Código Tejedor” (1864) aparece en nuestra legislación una normativa que así lo permite. Las notas de los artículos del Título V de la Sección II del Libro I “De la agravación legal de la pena” remitían al Código Penal para el Reino de Baviera debido a Anselm von Feurbach. Más allá de las diferentes reformas que ha sufrido el instituto de la reincidencia, ninguna de ellas ha alterado la esencia y el objetivo primordial de castigar a quien demostraba un “hábito criminal”.

Cabe destacar el Proyecto de reforma del Código Penal de 1917 y el Código de 1921 que introducía la prescripción de la reincidencia señalando que “el delincuente condenado una vez, deberá estar perpetuamente sometido a esas taras aunque su vida posterior hubiera sido honesta. El derecho de acusar se prescribe, las penas también. ¿por qué no ha de prescribirse el antecedente del delito, cuando una vida posterior honrada ha demostrado la corrección del sujeto? (Zaffaroni, 2007: 335).

Con posterioridad, existieron varios proyectos que intentaron introducir en el Código de 1921 el “estado peligroso sin delito” y posteriormente se le encomendó a Rodolfo Moreno (h) la tarea de complementar el plexo de normas complementarias del Código Penal, entre ellas, el antecedente del Registro Nacional de Reincidencia (Zaffaroni, 1980).

Finalmente, en lo que aquí interesa, la reforma de la ley 23.057 instituye la caducidad de los registros de condenas. El mensaje del Poder Ejecutivo del 13/12/83 decía: “Se introduce, a pesar lo limitada de esta reforma, un nuevo texto del art. 51 para evitar uno de los males característicos de nuestra vida jurídica en los últimos años: el etiquetamiento de las personas”. Agregaba además: “No se prohíbe la existencia de registros, que además de ilusoria puede resultar perjudicial (por ejemplo: registros policiales de modus operandi), pero se prohíbe que, cuando esos asientos dejen de ser legalmente útiles, se informe en base a ellos²⁹”.

²⁸ Disponible en: <http://www.mseg.gba.gov.ar/Juan%20Vucetich/juanvucetich.htm>.

²⁹ Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, 12/1/84, p. 628.

El diputado Lorenzo H. Cortese, por su parte, sostuvo: “Hasta ahora, quien tenía la desgracia de delinquir una vez en su vida quedaba con un estigma que lo perseguía para siempre. De aquí en más tendrá ese hombre la posibilidad de evitar el etiquetamiento por una circunstancia adversa, muchas veces no querida o motivada por factores de esta sociedad, que tiene muchos defectos que debemos reparar. De manera que cuando transcurran los términos que marca la nueva legislación -es decir, diez años a partir del cumplimiento de la pena-, ese antecedente ya no podrá ser informado por ningún instituto que lo tenga registrado³⁰”.

El senador Felipe Celli, remarcó que las informaciones, para evitar el etiquetamiento, no deben proporcionarse cuando han dejado de ser útiles. Añadiendo textualmente: “Por otra parte, en un Derecho penal moderno basado en el estado de Derecho, no puede decirse que la pena acompañará al delincuente durante toda su vida, porque ello implicaría establecer que existen ciudadanos de segunda clase. Ya demasiado lo castiga la sociedad cuando lo marca y margina, impidiéndole reingresar a la vida libre con las mejores posibilidades para no delinquir y en igualdad de condiciones con las demás personas. Este es, en síntesis, el objetivo que persigue este art. 51”.

En conclusión, dentro del ordenamiento jurídico argentino, la primera norma en hacer mención a los AP es el art. 51 del Código Penal. El texto de dicha norma, presente desde el Código Penal de 1921, fue corregido por la ley 11.221 (1923), fue derogado por la ley 20509 (1973) y reimpuesto por la ley 21.338 (1976). Finalmente, la ley 23.057 le dio su redacción actual:

“Todo ente oficial que lleve registros penales se abstendrá de informar sobre datos de un proceso terminado por sobreseimiento o sentencia absolutoria. En ningún caso se informará la existencia de detenciones que no provengan de la formación de causa, salvo que los informes se requieran para resolver un hábeas corpus o en causas por delitos de que haya sido víctima el detenido.

El registro de las sentencias condenatorias caducará a todos sus efectos:

1. Después de transcurridos diez años desde la sentencia (art. 27) para las condenas condicionales;
2. Después de transcurridos diez años desde su extinción para las demás condenas a penas privativas de la libertad;
3. Después de transcurridos cinco años desde su extinción para las condenas a pena de multa o inhabilitación.

³⁰ Diario de Sesiones, cit. 12/12/84, p. 681.

En todos los casos se deberá brindar la información cuando mediare expreso consentimiento del interesado. Asimismo, los jueces podrán requerir la información, excepcionalmente, por resolución que sólo podrá fundarse en la necesidad concreta del antecedente como elemento de prueba de los hechos en un proceso judicial.

Los tribunales deberán comunicar a los organismos de registro la fecha de caducidad:

1. Cuando se extingan las penas perpetuas;
2. Cuando se lleve a cabo el cómputo de las penas temporales, sean condicionales o de cumplimiento efectivo;
3. Cuando se cumpla totalmente la pena de multa o, en caso de su sustitución por prisión (art. 21, párr. 2º), al efectuar el cómputo de la prisión impuesta;
4. Cuando declaren la extinción de las penas en los casos previstos por los artículos 65, 68 y 69.

La violación de la prohibición de informar será considerada como violación de secreto en los términos del artículo 157, si el hecho no constituyere un delito más severamente penado”.

La finalidad del Artículo 51 del Código Penal contempla en qué casos los jueces podrán requerir la información relativa al registro de las sentencias condenatorias: “excepcionalmente”, por resolución que sólo podrá fundarse en la necesidad concreta del antecedente como elemento de prueba de los hechos de un proceso judicial³¹ (Donna, 2012: 51).

Asimismo, esta disposición permite que transcurridos diez años desde la extinción de una pena la persona tenga la garantía de que esa condenación no obstaculizará el desarrollo de su vida futura. A tal efecto, se prohíbe a cualquier registro brindar información al respecto, salvo los casos expresamente establecidos en la ley.

El Proyecto de reforma del Código Penal establece que el registro de las sentencias condenatorias caducará a todos sus efectos después de: a) Ocho años desde la sentencia en los casos de penas no superiores a tres años. b) Diez años desde la extinción de la pena cuando ésta fuese superior a tres años y c) Cinco años desde la sentencia para las condenas a pena de multa o inhabilitación.

³¹ SCJBA, 17-10-89, “C., C. E.”, DJBA 138-14401.

Como bien sostiene Zaffaroni, “es la garantía de eliminación de la estigmatización legal que reduce el ámbito de autodeterminación de la persona como consecuencia de la intervención del poder punitivo”.

La escasa jurisprudencia que se puede encontrar al respecto ha dicho sobre esta norma que “contiene un conjunto de reglas que apuntan al resguardo del ciudadano frente a los registros estatales que puedan afectar el principio de inocencia, así como de evitar efectos perpetuos de las condenas penales, apuntando a superar la estigmatización generada por el registro³²”.

Es evidente el espíritu de esta norma: evitar la estigmatización de quien delinquiró, considerando que, luego de un plazo, cabe liberarlo de su historia criminal mediante la caducidad de los registros respectivos.

Este artículo se encuentra dentro del Título VIII referido a la reincidencia. Sin dudas, este es el instituto más importante a la hora de justificar la necesidad de la existencia del Registro de Antecedentes Penales. Sin embargo, la aceptación en las legislaciones modernas no es pacífica, y desde hace un tiempo, autores como Zaffaroni (1992: 117) proponen su eliminación de la legislación penal. Así, ha sostenido que “...una institución que lleva a exaltar como valor al orden por el orden mismo, a la obediencia en sí misma, que conduce a que el estado se atribuya la función de juzgar lo que cada ser humano elige ser y lo que cada ser humano es, que implica un bis in idem; que contribuye a aislar el discurso jurídico de la realidad, ignorando datos que se relevan desde hace dos siglos y que las ciencias sociales demuestran en forma incontestable; que con todo esto contraviene la letra y el espíritu de la conciencia jurídica de la comunidad internacional, plasmada en los instrumentos jushumanistas, es conveniente que desaparezca del campo jurídico, de la misma forma en que desapareció en su momento la tortura en el ámbito procesal o la analogía en el campo penal”. Lo que parecía una utopía o postura minoritaria, hoy cobra mayor fuerza desde que se conoció el texto del Proyecto de Código Penal que fuera encomendado por decreto presidencial a un grupo de especialistas que desde mayo de 2012 trabajan en el tema y entre sus propuestas se encuentra la de eliminar la reincidencia³³.

Cabe mencionar también, que la reincidencia viene siendo cuestionada desde varios sectores: el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, concluyó que “para los Derechos Humanos, la

³² Cámara Nacional de Casación Penal. – Sala IV. Causa n° : 1957. “García, Gerardo s/recurso de casación”. 06/11/2000.

³³ Disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-235651-2013-12-14.html>.

igualdad ante la ley, el fin de readaptación de la pena privativa de la libertad y la racionalidad de las penas, entre otros, son principios que resultan afectados o reñidos con estas regulaciones, en mayor o menor medida, según las particularidades de las mismas. El registro de la condena una vez cumplida y su relevancia potencial futura colocan al condenando que cumplió su condena en inferioridad de condiciones frente al resto de la población, tanto jurídica como fácticamente. La agravación de la pena del segundo delito es difícilmente explicable en términos racionales, y la estigmatización que sufre la persona perjudica su incorporación a la vida libre”³⁴.

El principal efecto de la declaración de reincidencia, es la prohibición de libertad condicional del art. 14 del Código Penal. En este sentido, se ha declarado la inconstitucionalidad de dicha norma, sosteniendo que “...parece imposible demostrar que la agravación de la pena por reincidencia, no es un castigo dirigido a una personalidad en lugar de una conducta concreta ... el agravamiento de las consecuencias jurídicas contra un reincidente no puede expresar sino un propósito segregacionista y/o expiatorio dirigido contra un 'incurable' ... la ley del rigor tras el fracaso del tratamiento resocializador, o el reproche al paciente por la ineficacia de la terapia a que se lo sometió ... se está atribuyendo ... una especie de enfermedad incurable al actor ... considerando al hombre como una naranja mecánica según la obra de Burgess ... La reincidencia choca frontalmente con la psicología, con los principios de una política criminal racional, y especialmente con el principio de culpabilidad. Estamos, en consecuencia, ante un caso concreto en el que se demuestra la colisión de reglas positivas de derecho penal con principios básicos de derecho penal, originados en la Ley Suprema. Tal conflicto no puede sino dirimirse en favor de la vigencia de esta última”³⁵. En su voto en disidencia, el Dr. Zaffaroni recientemente ha sostenido la inconstitucionalidad tanto de la reincidencia como del art. 14 del CP³⁶.

La recaída en el delito ha sido una circunstancia que al legislador le ha interesado para agravar la pena y para conceder la libertad condicional. Pero la reincidencia también es considerada como pauta para la determinación de la pena y como agravante punitivo. Obviamente, en todos estos supuestos,

³⁴ Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina, Informe final, (en línea) disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.html?l=1994>. ISBN: 950-14-0353-X.

³⁵ voto del Dr. Elbert en el fallo dictado en la causa Varela, Luis R., resuelta por la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, sala VI, del 27 de diciembre de 1985, que declaró la inconstitucionalidad del artículo 14 del Código Penal - E.D., 118-147 o J.A., 1987, I, 194

³⁶ C.S.J.N. “Alvarez Ordoñez, Rafael s/ causa 10.154”. A.557.XLV, 5/2/13.

resulta fundamental el rol del registro de antecedentes penales como único mecanismo válido de certificación legal.

Así, el art. 41 del Código Penal establece las circunstancias que deberán ser tenidas en cuenta por el juzgador a la hora de aplicar una pena, incluyendo entre ellas “**las reincidencias** en que hubiera incurrido”.

Patricia Ziffer (2007) explica que “los arts. 40 y 41 estructuran un sistema de determinación de la pena caracterizado por la enumeración no taxativa de circunstancias relevantes a tal fin, sin determinar el sentido de la valoración, esto es, sin establecer de antemano si se trata de agravantes o de atenuantes, ni cual es el valor relativo de cada una de tales circunstancias, ni tampoco cómo se solucionan los casos de concurrencia entre ellas y sin una “pena ordinaria” que especifique cual es el punto de ingreso a la escala penal, a partir del cual hace funcionar la atenuación o la agravación. Se trata por lo tanto, de un sistema en el que una amplia gama de decisiones queda sujeta a la construcción dogmática, a partir de la interpretación sistemática no solo de los fines que debe cumplir la pena, sino más específicamente, de las reglas generales derivadas de la teoría de la imputación, de los delitos en particular y del sistema de sanciones.

La misma autora (1996) señala que si bien una concepción estricta del principio de culpabilidad por el hecho debería llevar a excluir el análisis de la conducta anterior y posterior al hecho, se admite la relevancia para la determinación de la pena de circunstancias que quedan fuera del hecho mismo, planteándose una compleja problemática relativa a cuáles son los límites a la consideración de las mismas. Concluye que el art. 41 no impone interpretar a la reincidencia como agravante. Al reconocerle efecto agravante a la condena anterior cumplida, se debe tener en consideración que esa mayor gravedad ya fue cumplida, se debe tener en consideración que esa mayor gravedad ya fue computada y quedó prefijada por el legislador al impedir la libertad condicional.

Por último, a partir de la reforma introducida por la ley 25.886, nuestra legislación considera los antecedentes condenatorios como agravante específica en el delito de portación de armas sin autorización legal (art. 189 *bis*, inciso 2º, párrafo 8º, C.P.). Al respecto, se ha dicho que esto constituye una clara vulneración al principio de culpabilidad ya que no se castiga al autor exclusivamente en función de la gravedad del hecho cometido, sino por registrar antecedentes

penales y que existe también una violación al *ne bis in idem* por declaración de reincidencia y como agravante para el monto de la condena, la cual viola el principio de culpabilidad por acto³⁷.

La Corte Suprema de la Nación ha tenido oportunidad de expedirse en autos "Maciel, Marcelo Fabián s/ recurso de inconstitucionalidad"³⁸. En dicha oportunidad, vinculó la redacción del artículo cuestionado con la reincidencia y aprovechó para recordar que la validez constitucional de este instituto fue declarada por esta Corte federal hace más de dos décadas (Fallos: 311:552 y 1451), ocasión en la que se afirmó que haber sido condenado en una oportunidad anterior implica un mayor grado de culpabilidad por el desprecio que se manifiesta frente a la eventualidad de un nuevo reproche penal.

Cabe destacar el voto en disidencia del Dr. Zaffaroni remitiendo al emitido en la causa "Taboada Ortiz, Victor s/inf. Art. 189 bis, portación de arma de fuego de uso civil –causa n° 6457/09"³⁹, donde manifestó respecto a la pena aplicada en función del artículo cuestionado, que "queda claro que la pena aplicada no guarda relación con la culpabilidad por el hecho, sino que se le reprocha además, su calidad de reiterante, premisa que denota la aplicación de pautas vinculadas al derecho penal de autor y de peligrosidad". Concluyó así, que "... la aplicación de una pena superior a la del delito en razón de los antecedentes del imputado contraviene el principio de culpabilidad y va más allá del reproche por la conducta desplegada, en una clara manifestación de derecho penal autor, inaceptable en un estado de derecho". Por último, reiteró su postura respecto a la inconstitucionalidad de la reincidencia al sostener "...que del mismo modo que el artículo 50 del código Penal resulta inconstitucional cuando sirve para agravar la pena de manera general, el artículo 189 bis, inciso 2° párrafo 8° es sin duda alguna inconstitucional, en tanto agrava la pena impuesta en orden a situaciones específicas que no se vinculan a la conducta que se le está reprochando al agente y resulta violatorio del principio de culpabilidad; y de la garantía del "*ne bis in idem*" en tanto incrementa el reproche por situaciones personales del imputado".

Como vemos, todo lo que se desprende de la utilización y valoración de los AP no resulta de aceptación pacífica en virtud de su carácter estigmatizante y perjudicial para los sujetos que transitan un proceso penal.

³⁷ Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala de FERIA B, 24/07/09 "A.A.A", LL, on line y Cámara. 3° de Apelaciones en lo Criminal de Mendoza Sala III, 30/09/08, "Unidad Fiscal Maipú Luján. Fiscalía de Instr. N° 15 "Quinchalao Palma, Diego Braulio".

³⁸ M.1395.XLII. 5/2/13.

³⁹ C.S.J.N. 5/2/13.

A modo de conclusión, podemos decir que el origen del registro de AP está estrechamente vinculado, por un lado, a la idea positivista de tener un perfil del delincuente habitual y por el otro a la aplicación del instituto de la reincidencia, cuya consagración legal en nuestro Código Penal conculca el principio fundamental del Derecho Penal de acto contenido en la primera parte del art. 19 de la Constitución Nacional que a su vez, consagra las garantías de reserva, legalidad y culpabilidad que caracterizan al único modelo posible en el marco del Estado constitucional de Derecho.

2. Derecho de Registro Penal.

El art. 51 del Código Penal da origen a la ley que crea el Registro de Antecedentes Penales. Su implementación se da a partir de 1933 con la sanción de la Ley nacional 11.752 que crea el Registro Nacional de Reincidencia, Estadística Criminal y Carcelaria. Ley que fuera modificada en el año 1979 por la Ley 22.117 conforme lo dispuesto por el art. 5 del Estatuto para el Proceso de Reorganización Nacional⁴⁰. Finalmente complementado por el Decreto 2004/80.

Previamente a su sanción, según expone Kent (1991), se pueden señalar varios proyectos de ley: en 1901, el entonces Agente Fiscal Ernesto Quesada elevó al Ministerio de Justicia un anteproyecto de Ley por el cual se creaba el “Archivo Criminal de Reincidentes”. Tres años después se presentaría un proyecto organizando la Oficina Nacional de Identificación y Estadística en materia penal. Varios proyectos más fueron presentados, siendo importante destacar el del año 1918, cuyo mensaje de elevación suscripto por el Presidente Justo y su ministro Salinas argumenta que *“...por deficiencias de la ley 4189 de reforma al Código Penal, no han podido tener la aplicación regular sus disposiciones sobre la agravante de la reincidencia criminal dentro del alto concepto en que ella colocaba este fenómeno de la delincuencia, dándole toda la importancia que la ciencia penal moderna le asigna, como manifestación inequívoca de la amoralidad del delincuente, cualesquiera que sean sus causas: degeneración, herencia, medio económico, perversión, desequilibrio, maldad, ignorancia, etc. Ello se observa y la sociedad está en el deber de precaverse adoptando medidas eficaces. Para dictar una nueva ley penal, para prevenir o librar a la sociedad de un estado mórbido cualquiera, menester es estudiar el ambiente día a día, graduar el alza y baja de la delincuencia a fin de llegar a conclusiones científicas y amoldar las leyes a*

⁴⁰ Las facultades legislativas que la Constitución nacional otorga al Congreso, incluidas las que son privativas de cada una de las Cámaras, serán ejercidas por el presidente de la Nación, con excepción de aquellas previstas en los artículos 45°, 51° y 52° y en los incisos 21, 22, 23, 24, 25 y 26 del artículo 67°. Una Comisión de Asesoramiento Legislativo intervendrá en la formación y sanción de las leyes, conforme al procedimiento que se establezca.

verdaderas necesidades...funcionando regularmente la nueva oficina que se crea, ofrecerá en cualquier momento a la justicia la historia, el balance, por decir así, de la vida de los malhechores habituales y la reincidencia podrá verificarse con precisión casi absoluta, sin otra exigencia que la buena voluntad de los funcionarios que en ella intervengan”. Varios proyectos más de similares características fueron presentados hasta llegar definitivamente a la sanción de la ley 11.752 vigente desde el 9 de octubre de 1933.

Con la llegada de la democracia a nuestro país, la ley se mantuvo tal como fuera redactada por el gobierno de facto. En 1984 mediante el decreto 1042, se atribuyó al Ministro de Educación y Justicia las facultades que emanaban de la norma indicada. Recién en 1985 a través de la ley 23.262 se modificó el inciso c) del art. 8 de la Ley 22.117 eliminando a los comandos en jefe de las fuerzas armadas de la nómina de organismos autorizados para recabar informes al Registro Nacional de Reincidencia. Al año siguiente, mediante la ley 23.312, se incorporó en la nómina mencionada, a la Prefectura Naval y a la Gendarmería Nacional. En el año 1993, mediante la sanción de la ley 24.263, también se sumó a esta nómina de organismos autorizados para solicitar los informes a los señores legisladores de la Nación –Senadores y Diputados– exclusivamente, cuando resulten necesarios a los fines de la función legislativa y/o administrativa, los cuales deberán ser fundados como requisito de procedencia del mismo. Todo esto demuestra el interés tanto por los gobiernos de facto como por los democráticos, de acceder a la información relacionada a los antecedentes penales de las personas con fines que exceden estrictamente lo procesal.

En el año 1994 con la sanción de la Ley 24.316 que incorpora al Código Penal el título XII denominado “de la suspensión del juicio a prueba”, junto con los artículos 27 bis, 76 bis, 76 ter y 76 quater, se modifica el art. 2 de la Ley 22.117 que determina los actos procesales que los tribunales del país con competencia en materia penal, deberán informar mediante la remisión de testimonio al Registro, incorporando entre ellos los autos de suspensión del juicio a prueba, de revocación de la suspensión y de extinción de la acción penal, previstos en los artículos 76 bis y ter del Código Penal. Decisión legislativa cuestionable que será analizada más adelante.

En el año 2000, la ley 25.266 suprimió la denominación “estadística criminal”, quedando el título de la Ley como Registro Nacional de Reincidencia”. Asimismo, reguló lo concerniente a las estadísticas criminológicas e incorporó el art. 13 bis estableciendo multa para aquellos funcionarios públicos que violen el deber de informar que surge del artículo 13 de la Ley 22.117.

En el año 2009, mediante el Decreto 346/09, se crea el Sistema de Consulta Nacional de Rebeldías y Capturas (CONaRC) con el fin de brindar un servicio ágil y eficiente en el intercambio de información con los Poderes Judiciales y Ministerios Públicos de todo el país, la Policía Federal Argentina y las Policías Provinciales, conforme la base de datos que posee el Registro Nacional de Reincidencia. De esta manera, se consolida un instrumento idóneo que posibilite al operador del Sistema disponer de una respuesta inmediata, permitiendo resolver situaciones procesales en forma expeditiva, contando con las medidas de seguridad que demanda el proceso de intercambio de información.

3. Registro Nacional de Reincidencia (Ley 22.117).

Desde la recuperación de la democracia en 1983 el referido texto normativo fue modificado en cinco oportunidades a saber: en 1985, a través de la Ley N^a 23.262; en 1986, a través de la de la Ley N^a 23.312; en 1993, a través de la Ley N^a 24.263; en 1994, a través de la Ley N^a 24.316; y en el año 2000 a través de la Ley N^a 25.266.

Funciona bajo la dependencia del Ministerio de Justicia de la Nación y centraliza la información referida a los procesos penales sustanciados en cualquier jurisdicción del país.

En cuanto a la información que recopila, el art. 2 enumera los actos procesales cuyo testimonio de la parte dispositiva deben ser remitidos por todos los tribunales del país con competencia en materia penal al Registro dentro de los cinco (5) días de quedar firme. Entre ellos encontramos resoluciones de condena que implican efectivamente un AP, pero también otras que no (por ej: autos de suspensión del juicio a prueba, de revocación de la suspensión y de extinción de la acción penal, previstos en los artículos 76 bis y ter del Código Penal, autos de sobreseimientos provisional o definitivo).

Sobre este punto, el Anteproyecto de Código Penal de la Nación establece que los jueces deberán comunicar a los organismos de registro: a) La fecha de caducidad del registro de toda sentencia condenatoria firme a penas no superiores a tres años o la que devenga del cumplimiento de las superiores a ese tiempo. b) Los sobreseimientos y absoluciones firmes. c) El auto firme de extinción de las acciones o de las penas por cualquier causa que fuere.

La ley vigente, también establece que las Unidades penitenciarias del país informen el egreso de todo condenado por delito y la Policía Federal los pedidos de captura que le hayan sido dirigidos por la Organización Internacional de Policía Criminal y las comunicaciones que les dejen sin efecto (arts. 3 y 4).

Todos los tribunales del país con competencia en materia penal, antes de dictar resoluciones en las cuales, según las leyes deban tenerse en cuenta los antecedentes penales del causante, requerirán del Registro la información correspondiente, debiendo acompañar la ficha de las impresiones digitales de ambas manos del causante, y señalando toda la información correspondiente a la causa y al imputado (arts. 5 y 6).

El art. 8 establece que el Registro será reservado y únicamente podrá suministrar informes a los jueces y tribunales de todo el país; cuando las leyes nacionales o provinciales lo determinen; a la Gendarmería Nacional, Prefectura Naval Argentina, Policía Federal Argentina y policías provinciales, para atender necesidades de investigación; a las autoridades extranjeras en virtud de lo establecido en el artículo 10; cuando lo dispusiere el Ministerio de Justicia de la Nación a solicitud fundada de otras autoridades nacionales, provinciales o municipales; a los particulares que, demostrando la existencia de un interés legítimo, soliciten se certifique que ellos no registran condenas o procesos pendientes. a los señores legisladores de la Nación –Senadores y Diputados– exclusivamente, cuando resulten necesarios a los fines de la función legislativa y/o administrativa, los cuales deberán ser fundados como requisito de procedencia del mismo.

En cuanto a la caducidad del registro, establece la ley que todas esas comunicaciones formarán parte del legajo personal y bajo ningún concepto podrán ser retirados del Registro. La baja sólo se producirá por fallecimiento del causante o por haber transcurrido cien años desde el nacimiento del mismo (art. 7).

Respecto a la posibilidad de cuestionar la información contenida en el certificado, la ley establece que los informes del Registro harán plena fe, pudiendo ser impugnados sólo judicialmente por error o falsedad (art. 9).

Por último, el art. 13 regula lo concerniente a las estadísticas criminales, disponiendo que todos los tribunales del país con competencia en materia penal, así como los representantes del Ministerio Público ante los tribunales con competencia en materia penal de todo el país, la Policía Federal Argentina, las policías provinciales, las demás fuerzas de seguridad y los servicios penitenciarios y, en

su caso, las Fuerzas Armadas de la Nación, remitirán a la Dirección Nacional de Política Criminal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación los datos que esta dependencia les requiera con el fin de confeccionar anualmente la estadística general sobre la criminalidad en el país y el funcionamiento de la justicia.

Sobre esta base, y la información que le suministre el Registro Nacional de Reincidencia, la Dirección Nacional de Política Criminal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, confeccionará anualmente la estadística general sobre la criminalidad en el país y el funcionamiento de la justicia, única que será considerada estadística criminal oficial de la Nación.

4. Conflictos suscitados en la práctica.

4.1 Limitaciones impuestas por el propio Estado.

En la actualidad, para la gran mayoría de los trabajos del sector privado se exige la presentación del certificado de AP. Lo mismo ocurre para muchos puestos dentro de la Administración Pública. Con la diferencia de que en el primero no existe ninguna regulación específica y nada impediría, pese a que no es lo más común, que una persona con AP pueda igualmente acceder al puesto. En cambio, para ingresar a los organismos estatales, la reglamentación suele exigir la carencia de AP sin ningún tipo de distinción, lo que puede generar injusticias y controversias en los casos de personas altamente calificadas para el puesto con algún tipo de AP que nada tenga que ver con su función (lesiones culposas, tenencia de estupefacientes, etc).

La propia Procuración General de la Nación se encontró frente a una situación de este tipo que llevó a modificar la regulación vigente mediante la Resolución PGN 1544/14. Ello producto de una solicitud formulada por el doctor Abel Córdoba, Fiscal de la Procuración General de la Nación subrogante, a cargo de la Procuraduría de Violencia Institucional (PROCUVIN), de contratación de un agente para prestar servicios en la dependencia a su cargo, señalando que la persona propuesta cuenta con antecedentes penales con vigencia registral en razón de la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal en lo Criminal n° 23 de Capital Federal, cuyo vencimiento operó el 27 de mayo de 2005.

En sustento del pedido, el doctor Córdoba afirmó que, a su criterio, no deberían existir óbices para su incorporación a la planta de la Procuración General de la Nación, por cuanto la pena que se le impuso no lo inhabilita para ocupar cargos dentro de la administración pública, y toda vez que la persona propuesta resulta idónea para las funciones de ordenanza para las que fue propuesta. Por último destacó que “la valoración negativa de la existencia de antecedentes... pasados de las personas que han sido sometidas a procesos penales afianza visiones estigmatizantes, favoreciendo la exclusión social e impidiendo posibilidades de reinserción laboral.

En el marco de las actuaciones incoadas por el Expediente “P”. 9361/13, la Asesoría Jurídica de ese organismo se expidió — en su dictamen n° 11.586—sobre diversos aspectos a tener presentes a la hora de dirimir la legitimidad de la petición puntual del doctor Córdoba, en virtud de lo sentado por el “Régimen de Funcionarios y Empleados del Ministerio Público Fiscal de la Nación” (Resolución PGN N° 128/10) cuyo artículo 41, inciso b) explicita que los ingresantes no deben “tener

antecedentes penales que resulten incompatibles con su desempeño en el Ministerio Público Fiscal de la Nación” y, por otra parte, en cuanto al artículo 44 dispone que no podrán ser nombrados ni contratados en el Ministerio Público Fiscal de la Nación quienes hubieran sido condenados.

Asimismo, advirtió que este tipo de impedimento sería de aquellos que se denominan "requisitos negativos para el ingreso", pues pautan una presumible carencia de idoneidad o condiciones de conducta que imposibilitan, por su ocurrencia, el ingreso de un aspirante. Y continuó especificando que “el requisito esencial para el ingreso es la idoneidad de la persona, por lo que toda prohibición, debe ser de interpretación restrictiva, a fin de evitar restricciones eventualmente discriminatorias al acceso a un puesto de trabajo por causales ajenas a la idoneidad requerida para el cumplimiento exitoso de las tareas que el cargo exija...”.

Finalmente, consideró que para admitir el pedido sería necesaria una modificación reglamentaria y concluyó que, luego de evaluados los antecedentes penales de la persona propuesta en función del cargo a ocupar, si se tiene por probada su idoneidad para llevar a cabo las tareas que desempeñaría, no mediarían óbices para que se dé curso favorable a la designación propiciada.

En función de ello, la Procuradora General consideró que “a partir de la solicitud y del dictamen reseñado, se estima procedente una decisión de alcance general tendiente a adecuar las disposiciones que, ante casos singulares en los cuales se dé cumplimiento a los requisitos esenciales para la designación, habilite la incorporación de personal a cargos permanentes y no permanentes a la estructura central de la Procuración General de la Nación, superando aquella reglamentación interna que haya erigido requisitos que obstan de modo irrazonable a dicha posibilidad, con afectación tanto de facultades que asisten a quien se encuentra a cargo del Ministerio Público Fiscal como así también del derecho al acceso al trabajo de cada habitante de la Nación (artículos 120,16 y 14 de la Constitución Nacional).

De esta forma, resolvió modificar el primer párrafo, primera parte, del artículo 44 de Régimen de Funcionarios y Empleados del Ministerio Público Fiscal aprobado por la Resolución PGN N° 128/10, con los alcances precisados en el último párrafo del Considerando II, el cual quedara redactado de la siguiente manera: Artículo 44: “No podrán ser nombrados ni contratados en el Ministerio Público Fiscal de la Nación quienes hubieran sido condenados por delitos dolosos en los últimos cinco (5) años; por delitos contra la administración pública previstos en el Código Penal; estuvieren inhabilitados judicialmente para ejercer cargos públicos; y/o hubiesen sido hallados

responsables, por sentencia condenatoria firme, de participar de cualquier forma, en les supuestas contemplados en el artículo 36 de la Constitución Nacional y en el título del libro Segundo del Código Penal, aun cuando se hubiera beneficiado con indulto o condonación de la pena. Por resolución fundada de la Procuradora General de la Nación, podrá exceptuarse de dicho impedimento a aquellas personas propuestas para cargos permanentes y no permanentes de la estructura central de la Procuración General de la Nación que cuenten con antecedentes penales, siempre que se motiven en una petición fundada por el/la titular del área, dependencia o programa, en relación a la idoneidad y compatibilidad con la función a desarrollar, y en tanto las personas propuestas no hayan tenido participación criminal en los delitos contemplados en los títulos 9, 10 y 11 del libro segundo del Código Penal (Delitos contra la Seguridad de la Nación, contra los Poderes Públicos y el Orden Constitucional y Delitos contra la Administración Pública), como así también en casos de delitos aberrantes .

En igual sentido, cabe destacar lo acontecido en la ciudad de Buenos Aires donde la legislatura porteña sancionó la ley 3386 que modifica el art. 7 de la ley 471 dejando sin efecto el requisito de no poseer AP para ingresar a la Administración Pública del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La nueva redacción especifica aquellos antecedentes que serán tenidos en cuenta para negar el acceso al puesto laboral: 1. Quienes hubieran sido condenados o se encuentren procesados con auto de procesamiento firme situación procesal equivalente por delito contra la Administración Pública Nacional, Provincial, Municipal o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o estuvieren afectados por inhabilitación administrativa o judicial para ejercer cargos públicos. 2. Quienes hubieran sido condenados o estuvieren procesados con auto de procesamiento firme o situación procesal equivalente como autores, partícipes en cualquier grado, instigadores o encubridores por delitos considerados como imprescriptibles en el ordenamiento jurídico vigente.

Esta reforma, guarda relación con la sentencia de la Sala 1º de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que confirmó la decisión de la jueza de primera instancia que había dispuesto otorgar la medida cautelar solicitada en el amparo presentado por la parte actora. En dicha acción se cuestionaba una resolución del Ministerio de Hacienda porteño que dejaba sin efecto la designación del amparista como agente de planta permanente por no reunir las condiciones de admisibilidad de la norma cuestionada por poseer antecedentes penales. En dicho fallo, los jueces afirmaron que "...la aplicación indiscriminada y no casuística de la medida expulsiva no solamente no contribuiría al proceso de reinserción social de

quienes han sido sujetos pasivos de una sanción penal en suspenso, sino que, en definitiva, sometería dicho proceso a un serio riesgo, al precarizar aún más la situación personal del condenado con el consecuente riesgo de marginalización –ello, ante la imposibilidad cierta que sufren quienes han sido sometidos a un proceso penal para reinsertarse en el mercado laboral y obtener así los recursos necesarios para su sustento y el de su familia”.

La provincia de Buenos Aires no es ajena a ello. La Ley 10.430 del Régimen para el personal de la Administración Pública de la provincia de Buenos Aires establece en su art. 4 quienes no pueden ingresar a la misma, entre los que figuran: “El que tenga proceso penal pendiente o haya sido condenado en causa criminal, por hecho doloso de naturaleza infamante, salvo rehabilitación”.

A modo de ejemplo se puede señalar lo que ocurre en la Agencia de Recaudación de la provincia de Buenos Aires (ARBA), donde la Gerencia de Recursos Humanos hace firmar a los ingresantes una “declaración jurada respecto a las causas que generan incompatibilidad e inhabilidad”. En ella, se consigna “no encontrarse sometido/a proceso judicial alguno”.

Resulta interesante destacar una particularidad que se genera producto de la legislación vigente en nuestro país. Por un lado, el Estado fomenta la educación y el trabajo en los establecimientos carcelarios y constituye así uno de los pilares sobre los que asienta el tratamiento de reinserción social. La actividad educativa configura una actividad voluntaria tendiente a lograr la personalización del interno y su omisión no constituye infracción disciplinaria alguna (art. 5 de la ley 24.660). En lo que se refiere al tratamiento de reinserción, la educación integra el programa formulado por el servicio criminológico (art. 11 del decreto 396/99), y por lo tanto, incide plenamente en la calificación conceptual. La reforma introducida por la ley 26.695 impuso, definitivamente, la educación como derecho de la persona privada de su libertad, derecho cuyo ejercicio debe ser facilitado por la administración y que, al ser fundamental, no puede ser objeto de restricciones. Ello sumado al estímulo educativo consagrado en el art. 140 de la mencionada ley, permiten concluir que existe por parte del Estado un marcado interés en la educación de los internos como objetivo resocializador. Más allá de la educación primaria y secundaria, interesa remarcar respecto a los estudios de nivel universitario que la carrera que más alumnos tiene es la de Abogacía. Esto se debe en gran medida a que es la que más interés genera en los internos debido a las herramientas que otorga en relación directa con los motivos de su encierro, a que la estrecha vinculación existente entre el Derecho y la cárcel genera una mayor predisposición de los profesores para el dictado de las materias en los lugares de encierro y que la metodología de estudio les permite avanzar más

fácilmente en la carrera que en otras. La realidad demuestra que el Estado facilita, fomenta y concentra la educación universitaria en una sola carrera. Más allá de los cuestionamientos que puedan realizarse, lo cierto es que si este sistema cumpliera con su ideal resocializador, dichas objeciones carecerían de sentido. Pero el final de este objetivo que comienza con lograr la educación de los internos, se ve truncado por las trabas que el propio Estado permite: los pocos internos que logran terminar su carrera de Abogacía con las dificultades que ello implica, encuentran entorpecida su posibilidad de trabajo cuando intentan acceder a un puesto en el Estado o peor aun cuando intentan matricularse. Los Colegios de Abogados contienen dentro de su normativa, la exigencia de presentación del correspondiente certificado de AP. A modo ejemplificativo, el art. 6 de la Ley 5177 de la provincia de Buenos Aires que regula la actividad profesional del Abogado, exige para la inscripción al Colegio Departamental "...Acreditar buena conducta y concepto público. La buena conducta se acreditará mediante certificado expedido por el Registro Nacional de Reincidencias y Estadística Criminal o el organismo que en el futuro cumpla sus funciones. El concepto público y el domicilio se acreditará en la forma que se determine en la reglamentación".

El contexto normativo descrito, le cierra las puertas a quien oportunamente fue condenado, negándole la oportunidad de demostrar a la sociedad el camino de resocialización emprendido a partir del progreso en las sucesivas etapas del tratamiento penitenciario. Es retórica absoluta proclamar la reinserción social de las personas privadas de libertad como fin de la pena, si quienes acceden a la libertad no tienen posibilidad alguna de procurarse su sustento y el de su familia, cerrándosele todas las puertas y sufriendo una fuerte estigmatización que acrecienta su vulnerabilidad, empujándolo nuevamente a la marginalidad.

Una vez más, vemos como el Estado no posee una política clara respecto a la particular situación en que se encuentran las personas con AP es y su falta de intervención permite situaciones contradictorias como la señalada. Ante este panorama, las propuestas legislativas que se han formulado sólo encuentran como alternativa la implementación de cupos de liberados, generando incentivos en los empleadores para que contraten a estas personas, otorgándoles beneficios impositivos.

Así, en la provincia de Buenos Aires con la sanción de la ley 14.301 en el año 2011, se propone asistir en la inclusión laboral del liberado desde diversos aspectos.

Así, en su primer artículo obliga a los órganos del Estado Provincial a ocupar por lo menos en un 2% de la totalidad del personal de la administración con liberados que:

- a. Hayan cumplido más de 5 años de privación de la libertad.
- b. Reúnan las condiciones de idoneidad para el cargo y de ingreso de la Ley de Personal de la Administración Pública (Observado por el Decreto de Promulgación).

La ley da prioridad a aquellas personas que han egresado del establecimiento carcelario por sobreseimiento o absolución.

Resulta llamativo que el Estado reconozca y acepte que una persona pueda permanecer más de cinco años privadas de la libertad y egresar del establecimiento por sobreseimiento o absolución. En esos casos, a modo de disculpas, le concede un privilegio de prioridad.

En su segundo artículo establece que en igualdad de calidad y oferta de precio el Estado contratará con personas liberadas o tuteladas "siempre que lo previsto adquirir se ajuste al precio, condiciones y demás características de los bienes producidos por ellas y las prestaciones que efectúen sean equivalentes con las vigentes en plaza".

Asimismo, la citada ley establece en el Estado la obligación de difundir la venta de los bienes producidos por los liberados o los servicios prestados por ellos.

En el ámbito privado, crea un incentivo impositivo para el empleador que contrate liberados deduciéndole un valor de los Ingresos Brutos estableciendo que podrán imputar el equivalente al 50% de las remuneraciones nominales que éstos perciban (los liberados) como pago a cuenta del impuesto mencionado.

Finalmente, invita a los Municipios a adherir al régimen instituido por la Ley.

Asimismo, a fin de efectuar el control del cumplimiento de la norma sancionada, se creó la Dirección Provincial de Inclusión Laboral para Liberados. En la búsqueda de información sobre los resultados de la puesta en vigencia de este organismo, sólo se encontró un encuentro por el cual su titular comunicó a los presentes el avance en la inserción laboral de un liberado en el Ministerio de Trabajo

bonaerense⁴¹. Asimismo, consultada la ONG “Nosotros te acompañamos”⁴² que intenta brindar a las personas que hayan sido sometidas a un proceso penal y/o privadas de su libertad a obtener una adecuada reinserción social, negó que exista alguna persona trabajando gracias al cupo establecido por la ley provincial.

En síntesis, la propia ley reconoce que los empleadores generalmente no toman a aquellas personas que poseen AP y que el mismo Estado es contrario a hacerlo. La solución por medio de la ley de cupos no es la más conveniente. Este mecanismo es utilizado para impedir la discriminación en los casos de personas con discapacidad, reconociendo que se encuentran en desventaja a la hora de ser evaluados para un empleo y la única manera de evitar que ocurra es obligando a su inclusión a través de la implementación de los cupos laborales. En el caso de las personas que estuvieron privadas de su libertad, no poseen una característica que los coloque por debajo del resto de las personas que pretenden calificar para un empleo. La discriminación que sufre a la hora de ser contratado es producto de la estigmatización que el propio Estado le genera al brindar toda la información de su pasado criminal sin discriminar la relevancia que para el cargo pueda tener. Por lo tanto, la solución sería mucho más sencilla: eliminar la posibilidad de que aquellas personas ajenas al sistema penal puedan acceder a la información del registro de condenados.

4.2 Suspensión del Juicio a Prueba.

Otra consecuencia negativa de la amplia información y difusión de los AP en nuestro país se puede observar en aquellas personas a las que se le otorga el beneficio de la suspensión del juicio a prueba.

Con la incorporación de la *probation* a nuestro Código Penal, se produce una reforma del art. 51 del Código Penal, sumando a la suspensión del juicio a prueba entre los autos que deben ser informado al Registro. Así, se agrega a la información personal del sujeto una resolución que no implica una condena, violando el principio de inocencia y de trascendencia de la pena toda vez que si bien esos datos tienen el propósito de ser utilizado por los operadores del sistema penal, bien sabemos que se ha convertido en práctica habitual la exigencia de presentación del certificado de AP para la obtención de un puesto laboral. En este supuesto es donde se perjudica al portador de un

⁴¹ Disponible en: <http://www.spb.gba.gov.ar/site/index.php/unidades/84-institucion/1632-tercer-encuentro-de-la-red-de-inclusion-laboral-para-personas-liberadas>.

⁴² Disponible en: <http://teacompanamos.org/>.

antecedente que no es tal, porque dicha lectura es efectuada por personas ajenas al derecho que pueden desconocer las implicancias de estar cumpliendo con una suspensión del juicio a prueba.

En la propia discusión parlamentaria se menciona la idea de que al concederse este beneficio se evite que el sujeto cargue toda su vida con el sello de los AP. Así, se sostuvo que *“...podemos decir que la finalidad de la institución de la suspensión del proceso o de la suspensión de la persecución penal a prueba es otra: se trata de otorgar al imputado de un delito leve, porque no excede su máximo de condena factible el tiempo para el que se admite la condena condicional, la posibilidad de acceder a otras condiciones en vez de sufrir la condena, que quedará como un sello en los antecedentes durante su vida. Se evita la condena pero, en realidad, casi no cambia la situación respecto de la libertad”*⁴³.

Esta problemática tuvo su intento de solución mediante un proyecto de Ley del año 2009⁴⁴ donde se proponía sustituir el artículo por el siguiente texto: “Todo ente oficial que lleve registros penales se abstendrá de informar sobre datos de un proceso terminado por sobreseimiento o sentencia absolutoria. Asimismo, no se informarán las causas en las que se hubiese dictado una falta de mérito. En ningún caso se informará la existencia de detenciones que no provengan de la formación de causa, salvo que los informes se requieran para resolver un hábeas corpus o en causas por delitos de que haya sido víctima el detenido”.

En sus fundamentos se hace mención a la reforma del art. 51 del Código Penal introducida por la ley 23.057 originada por la adhesión del Estado Nacional a las Convenciones Internacionales en materia de Derechos Humanos y que viene a poner un límite a la actividad del Estado respecto de los ciudadanos en cuanto a la publicidad de los AP. Señala el proyecto que era claro que el espíritu del legislador se orientaba a evitar la mácula o la estigmatización que el AP tenía como efecto inmediato y dañoso sobre la persona. La teoría de la coerción penal apunta en su prevención especial a la resocialización del justiciable.

Sabido es que una de las ventajas de acceder al beneficio de la suspensión del juicio a prueba, es precisamente evitar que al imputado le queden AP. En consecuencia, resulta contradictorio que se registre la suspensión del juicio a prueba dentro del legajo personal del imputado.

⁴³ De la Rúa, pág 385 Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, 2º reunión, 1º sesión ordinaria, 4/5/94.

⁴⁴ 0008-PE-2009 28/04/2009. Disponible en: <http://www.diputados.gov.ar/proyectos/proyecto.jsp?id=105229>.

Si bien no quedan dudas del carácter estigmatizante y perjudicial que significa para el sujeto la trascendencia a terceros fuera del proceso del otorgamiento de la suspensión del juicio a prueba, lo cierto es que esa información resulta relevante dentro del proceso penal. Que el imputado se encuentre cumpliendo una probation o ya hubiese sido sobreseído precisamente por cumplirla, tiene consecuencias importantes en el nuevo proceso en trámite.

Este conflicto de relevancia de la información según quien sea el solicitante de la misma (Jueces ó empleadores) encuentra una solución práctica en sistemas como el de España donde se emiten diferentes certificados limitando la información a aquellos que se encuentran fuera del ámbito judicial.

En nuestro país, ello no está previsto por lo tanto toda la información contenida en el registro de AP es brindada al particular cuando más no sea para presentarla a un empleo. Sabido es que poco le importará al empleador si se trata de una condena efectiva o de una suspensión del juicio a prueba. No le interesa ni le compete efectuar esa distinción. A los efectos de la calificación de un postulante, no es más que un AP que lo excluye de posibilidades frente a un número de candidatos sin AP.

Si bien la conducta del empleador podría verse como reprochable, lo cierto es que se trata de alguien que piensa en sus propios intereses, entre ellos el de minimizar los riesgos, evitar conflictos y que carece de cualquier tipo de incentivos por contratar a alguien con AP frente a otros que no los poseen.

Quien tiene la mayor responsabilidad en que se permita que esa información llegue a terceros es el Estado. La mejor manera de lograr que ese dato no sea valorado por los empleadores, es precisamente que nunca está a su alcance y eso sólo es posible si el registro limita la información teniendo en cuenta quien es el receptor de la misma y la relevancia que a esos efectos tiene.

La mayoría de los países cuya legislación se analizó y priorizan el derecho a la intimidad, son cuidadosos con la información que brindan previendo la difusión que alcanzan, por lo que resulta difícil encontrar supuestos donde se informen situaciones como la suspensión del juicio a prueba.

Igualmente, en los países donde existe amplia difusión de los registros de AP, encontramos limitaciones sobre este punto. En el estado de Victoria (Australia) donde se informa el período de prueba del imputado, la Policía al suministrar los antecedentes, señala que los empleadores no deben considerar esa información como determinante, debiendo ser sólo una parte de la evaluación,

teniendo en cuenta además la idoneidad y la característica del empleo. Asimismo, al valorar los AP deberán tener en cuenta la naturaleza de la infracción y el período transcurrido (Naylor, 2011).

En Estados Unidos, grupos nacionales que abogan por los derechos civiles y los derechos de los trabajadores lanzaron una guía para los empleadores para limitar el uso de la historia criminal con el fin de evitar la discriminación ilegal en la contratación de los solicitantes de nuevos puestos de trabajo. La *"Best practice standards. The proper use of criminal records in hiring"*⁴⁵ fue radactada por el The National HIRE Network, the Lawyers' Committee for Civil Rights Under Law, and the National Workrights Institute. La publicación fue lanzado en mayo de 2013 y fue el tema de una conferencia organizada en el John Jay College of Criminal Justice de Nueva York en octubre del mismo año, que reunió a empresarios, representantes de recursos humanos y de gestión, las agencias de informes comerciales, abogados, trabajadores profesionales y representantes civiles y agencias de derechos humanos para conciliar las necesidades y objetivos de los empleadores y demandantes de empleo mediante el fomento de la adopción de estándares de mejores prácticas de los autores sobre el uso adecuado de la información de antecedentes penales en la toma de decisiones de empleo tal como se indica en el informe.

Las mejores prácticas, se describen como normas "concretas y procedimientos prácticos que ayudarán a los empleadores a tomar decisiones de contratación que cumplen con la orientación de la *Equal Employment Opportunity Commission (EEOC)*, maximizan la productividad y minimizan el riesgo de responsabilidad, ya sea de violar el *Title VII of the Civil Rights Act of 1964* o de la contratación de un empleado no apto."

Se trata de quince recomendaciones que incluye, entre otras, considerar solamente convicciones y enjuiciamientos pendientes.

4.3. Obtención de la licencia de conducir.

Otra situación conflictiva que se está dando con mayor frecuencia es la exigencia del certificado de AP para el otorgamiento del carnet de conducir. El problema se suscita cuando el solicitante de una licencia profesional registra algún tipo de antecedente y se le deniega el permiso de conducir conforme lo establecido en la normativa de tránsito. Ello, en muchos supuestos puede significar una

⁴⁵ Disponible en: <http://hirenetwork.org/sites/default/files/Best-Practices-Standards-The-Proper-Use-of-Criminal-Records-in-Hiring.pdf>

vulneración del derecho a trabajar y a comerciar (art. 14 del CN), provocando además una estigmatización de la persona e impidiendo el desarrollo del proceso de resocialización, que como deber irrenunciable asume el Estado. Asimismo, se da una afectación de las cláusulas que prohíben el trato discriminatorio afectando los principios fundamentales de dignidad, igualdad ante la ley y debido proceso.

El art. 8 de la ley 22.117 establece que el Registro únicamente podrá suministrar informes en los supuestos allí contemplados, entre ellos, cuando las leyes nacionales o provinciales lo determinen.

La ley nacional de tránsito 24.449 establece en su art. 20 que “los titulares de licencia de conductor de las clases C, D y E, tendrán el carácter de conductores profesionales...Para otorgar la licencia clase D, se requerirán al Registro Nacional de Reincidencia y Estadísticas Criminal y Carcelaria, los antecedentes del solicitante, denegándosele la habilitación en los casos que la reglamentación determina”.

En la provincia de Buenos Aires, los arts. 19 y 20 del Anexo II del Decreto 532/09 reglamentario de la Ley 13.927 que adhiere a las Leyes nacionales 24.449 y 26.363, establece como requisito esencial para la expedición de las licencias de conducir, el no poseer antecedentes penales relacionados con automotores.

Así, el Decreto 532/09 -en su Anexo II- dispone que “No podrán acceder a una licencia con categoría profesional aquellos conductores que hayan sido inhabilitados o que tengan o hayan sido condenados por causas referidas a accidentes de tránsito...” (art. 19), y que “...debe denegarse la habilitación de clase D para servicio de transporte cuando el solicitante tenga antecedentes penales relacionados con delitos con automotores, en circulación, contra la honestidad, la libertad o integridad de las personas, o que a criterio de la autoridad concedente pudiera resultar peligroso para la integridad física y moral de las personas transportadas” (art 20 inciso 3).

Sin embargo, la Ley 13.927, en su art. 8, establece que “El Ministerio de Jefatura de Gabinete y Gobierno emitirá las Licencias de Conducir, resguardando las características técnicas y de seguridad que establece la Ley N° 24.449. El otorgamiento de las licencias, en forma delegada, estará a cargo de la Municipalidad que corresponda en razón del domicilio real del interesado, previo informe de antecedentes, emanados del RUIT y del RENAT dependiente de la Agencia Nacional de Seguridad Vial, que certifiquen que no existe impedimento para conducir en el territorio provincial y en cualquier otra jurisdicción del país”.

Frente a la negativa del Municipio de conceder la licencia de conducir, tratándose de un acto administrativo, se han efectuado planteos por medio de medidas autosatisfactivas (CPCC), amparos, denuncias por discriminación y hasta la vía que establece el art. 208 de la Ley N° 12.256.

En el primero de los supuestos, el Juez en lo Contencioso Administrativo del Juzgado N°1 de La Plata, Dr. Luis Federico Arias, declaró la inconstitucionalidad e inaplicabilidad al caso de los arts. 19 y 20 del Anexo II del Decreto 532/09, en cuanto obstan al otorgamiento de la licencia de conducir del accionante. Ello, en el marco de un amparo presentado por una persona a quien la Municipalidad de La Plata le negó la renovación de su carnet de conducir profesional en función de la existencia de antecedentes penales en una causa vinculada con accidentes de tránsito.

Consideró que la cuestión en debate “reposa centralmente en el derecho a trabajar y ejercer toda industria lícita”, que le corresponde al demandante. Señaló que esos derechos “son reconocidos en el artículo 14 de la Constitución nacional y en el artículo 27 de la Constitución provincial, así como en los instrumentos internacionales de jerarquía constitucional, en particular la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, según la cual toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación”. El juez también citó la Declaración Universal de Derechos Humanos, que “determina que toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo y a la protección contra el desempleo” y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que reconoce “el derecho a trabajar”, que comprende “el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado”. Recordó, además, que para garantizar esos derechos “el Estado debe tomar medidas adecuadas para garantizar ese derecho”. En ese sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “ha subrayado que dicha norma (...) estipula obligaciones jurídicas precisas y no un simple principio de alcance filosófico (...) en particular el derecho a no ser privado del trabajo de forma injusta”.

En su resolución sostuvo además que “...se advierte entonces la arbitrariedad del Decreto 532/09, y de la denegatoria efectuada por la demandada con sustento en dicha norma, toda vez que al negar el otorgamiento de la licencia de conducir, pretende prolongar indefinidamente la pena condenatoria impuesta al actor, la cual ha sido cumplimentada y se encuentra vencida desde hace más de 2 años (tal como surge del certificado obrante a fs. 5). Se pone en evidencia que en la normativa aplicada, existe un juzgamiento por lo que la persona hará a futuro, por la mera posibilidad de que el actor -de

serle otorgada la licencia que solicita- cometa hechos delictivos similares a los que dieron lugar a una condena anterior, cumplimentada y vencida”.

En la ciudad de Buenos Aires la ley N° 2148 (B.O.C.B.A. N° 2.615) establece en su artículo 3.2.15 del Anexo titulado Código de tránsito y transporte de la ciudad autónoma de Buenos Aires, que “se puede denegar la licencia de conductor profesional clase D en todas sus subclases cuando el solicitante acredite antecedentes penales por delitos contra la integridad sexual (Título III, Código Penal), delitos contra la libertad individual (Título V, Capítulo I, Código Penal), homicidio doloso, lesiones graves y gravísimas dolosas, robo cometido con armas o por delitos con automotores o en circulación y todo otro delito que hubiese sido cometido con la utilización de un vehículo afectado a servicio público”.

A diferencia de la legislación de la provincia de Buenos Aires, en la ley 2148 se incluye el robo con armas que no guarda relación directa con la conducción vehicular. En oportunidad de resolver respecto de un recurso de inconstitucionalidad presentado por una persona a la que se le denegó la licencia profesional por presentar un antecedente por este delito, El Tribunal Superior de Justicia sostuvo respecto a la interpretación que debe darse al artículo cuestionado, acorde con la línea de jurisprudencia desarrollada por ese Tribunal, que “...la Administración puede denegar (y, por tanto, conceder) la licencia a quienes registren ciertos antecedentes penales no caducos. Esta opción debe ser resuelta por la Administración mediante la identificación de una causa de hecho acorde con las finalidades que ella misma atribuye a la ley. Dicho de otro modo, la circunstancia de que la ley 2148 le dé un amplio margen de discreción no supone descuido de que la norma exige reunir pruebas de que denegar la licencia constituye un razonable medio para la consecución de sus fines. Puede para ello, por ejemplo, utilizar alguno de los medios mencionados en el tercer párrafo del punto 8 de este. No basta entonces, en una adecuada interpretación de la ley vigente, con la constatación de tales antecedentes para denegar la licencia⁴⁶”.

En el caso, se destaca que “...la Dirección de Educación Vial y Licencias resaltó que en el dictamen de la Procuración General —emitido en el marco del expediente administrativo— se sostuvo que ‘[...] la característica del delito cometido resulta ser un impedimento para otorgar la licencia solicitada, máxime que el mismo fue perpetrado en un rodado de alquiler [...]’ (fs. 42).

⁴⁶ Expte. n° 5859/08 “Ambrosi, Leonardo c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido” del 24/11/14.

Además, en dicho expediente administrativo, a pedido de la Procuración General, se incluyó copia de la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal n° 18 de esta Ciudad, en la que consta que la condena al Sr. Ambrosi fue consecuencia de hechos vinculados con la conducción de taxis”.

Por ello, consideró que “...en el caso, la autoridad de aplicación, en ejercicio del “poder de policía” conferido por el ordenamiento jurídico vigente, efectuó un juicio de valor y concluyó que dada la relevancia de los antecedentes penales del interesado —fue condenado por ser coautor penalmente responsable del delito de robo con armas en grado de tentativa (arts. 29 inc. 3, 42, 44, 45 y 166 inc. 2 del Código Penal), perpetrado en un rodado de alquiler— no reunía los requisitos de idoneidad habilitantes para obtener una licencia de conducir profesional, sin que ello importe limitar o vulnerar en modo alguno su derecho a trabajar y ejercer industria lícita”.

En síntesis, concluyo que “...la ley 2148 configura una reglamentación posible del derecho de conducir vehículos de determinada categoría, cuyo impacto en el de trabajar queda justificado por el resguardo de un bien que el legislador, en ejercicio de competencias que le son privativas, estimó superior en el caso; y el parámetro de restricción que remite a la consideración de determinados antecedentes no es causal de denegatoria automática pues, para ello, la Administración debe relacionar la limitación en el acceso al registro profesional con la seguridad pública, extremo este último que cabe tener por cumplido en autos”.

Otra situación que puede darse en el marco de esta discrecionalidad de la Administración Pública para negar la concesión de la licencia de conducir, es el supuesto donde una persona cuyos AP se encuentran caducos, aún figuran en su legajo personal producto de un error en la base del Registro Nacional de Reincidencia. Lo cierto, es que si bien ello no puede ser directamente valorado, ciertamente es tenido en cuenta al momento de tomar la decisión por parte de la autoridad pertinente. Esto ocurrió en el caso de la acción de amparo promovida contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires por Juan Carlos Bill , a quien se le denegó la renovación de su licencia de conducir por el resultado insatisfactorio de una evaluación psicológica, cuando en realidad, según el accionante, se valoró negativamente sus AP que se encontraban caducos desde el año 2005 y por un error persistía en su legajo personal.

Asimismo, el Juez Mario Juliano, en el marco de un amparo⁴⁷ señaló que “...cuando la ley requiere los antecedentes penales de un individuo previo a expedir la licencia de conducir para el transporte de

⁴⁷ "H.,O,S/Amparo C/M. de N.". Tribunal en lo Criminal 1 de Necochea.

pasajeros y/o de carga, lo es para determinar si existe alguna limitación judicialmente impuesta que inhabilite el ejercicio de tal actividad, pero en lo absoluto para coartar la posibilidad de obtener dicha licencia a aquellas personas que por cualquier circunstancia de la vida hayan debido estar sometidas a un proceso penal que ninguna relación tenga con la conducción de vehículos automotores".

Por último, también se ha intentado atacar la decisión administrativa de negar la concesión del registro de conducir por los AP a través de las medidas establecidas por la Ley 23.592 contra actos discriminatorios. Así, en oportunidad de expedirse la Asesoría Letrada del INADI (Instituto Nacional contra la discriminación, la xenofobia y el racismo) en su dictamen nro. 018/07⁴⁸, concluyó que al momento de denegarle la licencia de conducir al Sr. V., la Municipalidad incurrió en una práctica discriminatoria. Entre sus argumentos sostuvo que "que en tanto el derecho penal procura tutelar bienes jurídicos contra ataques que los afectan y lesionan con ello la seguridad jurídica, el derecho penal no puede menos que ser una rama del derecho público, es decir, aquel en que interviene directamente el Estado como persona de derecho público. Sin embargo, esta intervención no significa que exista un derecho subjetivo del Estado a incriminar o penar. Que el Estado no puede ni debe discriminar a sus habitantes por el sólo hecho de pensar distinto ni por desarrollar su autobiografía sin seguir los parámetros culturales generales. Que las/os ciudadanos de la Nación Argentina no pueden ser estigmatizados por su autobiografía". Finalmente, recomendó al Sr. C. O. V. que ejercite el derecho conferido por el Art. 208 de la Ley N° 12.256 del Servicio Penitenciario de la Provincia de Buenos Aires.

La herramienta propuesta por el INADI, esto es, el art. 208 de la ley de Ejecución Penal de la provincia de Buenos Aires, establece que "...cuando un liberado viere de cualquier modo dificultada o impedida la obtención de una licencia, título o habilitación para el ejercicio de oficios, arte, industria, profesión o empleo por la sola razón de sus antecedentes penales, podrá por sí o a través del Patronato de Liberados solicitar al Juez de Ejecución o Juez competente que ordene a los organismos respectivos la expedición de aquéllos".

En un caso donde se ejerció dicha petición, F.M.S. se presentó ante el Juzgado de Ejecución Penal de Bahía Blanca solicitando que se ordene a la autoridad respectiva la renovación de la licencia para conducir. Ello en virtud de que su actividad laboral es la de remisero, y cuenta con un carnet de conducir de categoría profesional, el cual debe renovarse todos los años. Refiere que efectuada la

⁴⁸ Disponible en <http://www.inadi.gob.ar/uploads/dictamenes/mfn1200.pdf>.

solicitud de renovación ante la Secretaría de Gobierno Municipal, la misma fue rechazada el día 6 de enero de 2014 por considerar que según lo informado por el Registro de Reincidencia tendría antecedentes penales. Según lo que surge de lo resuelto por el titular del Juzgado, la negativa se fundó exclusivamente en el dictamen efectuado por el Asesor Letrado municipal, quien concluyó que “...existiría peligrosidad para el transporte de pasajeros, dadas las características del delito informado”.

El Juez interviniente concluye que “...en tal entendimiento no encuentro asidero alguno al supuesto de los motivos y circunstancias en que fue condenado S. en autos y que por lo tanto se encuentre el mismo vedado de trabajar de remisero”. Por lo que resuelve ordenar a la Subsecretaría de Gobierno y Protección Ciudadana de la Municipalidad local revise, en mérito a los fundamentos expuestos, la resolución de fecha 6 de enero de 2014, que no hace lugar al pedido de F.M.S., no pudiendo obstaculizar el presente legajo -como antecedente- el otorgamiento de la licencia de conducir al nombrado.

Dicha resolución fue apelada por el Agente Fiscal interviniente considerando que la misma causaba un gravamen irreparable por entender que se invade irrazonablemente una órbita de actuación privativa del Poder Ejecutivo. Considera que la resolución administrativa se encuentra debidamente fundada y que la decisión estaría adecuadamente justificada en la peligrosidad ínsita que posee la tenencia de estupefacientes por la que se condenara a S. para el desarrollo de la actividad de transporte de terceros.

La Sala I de la Cámara de Apelación y Garantías departamental anuló dicha resolución por considerar que debió haberse verificado y certificado la originalidad de la documentación valorada o incluso, para un mejor proveer, requerirse al Municipio la remisión del legajo correspondiente para poder tener ante la vista todas las constancias relevantes, con certeza sobre su originalidad e inclusive sobre la firmeza de la decisión administrativa.

Finalmente, el 1 de diciembre de 2014 se resolvió conforme lo sugerido por la Alzada. Previamente, la defensa se manifestó señalando que se encuentran dadas las condiciones para el otorgamiento de la licencia profesional que se peticiona, toda vez que la resolución administrativa que la deniega vulnera los derechos constitucionales de trabajar y ejercer industria lícita, a la vez que lesiona la prohibición de la doble punición. Señaló además, que su asistido no fue condenado por ninguno de los delitos enumerados en el art. 20 del Decreto 532/2009, entendiéndose que la razón por la que se denegó el

otorgamiento de la licencia por parte de la autoridad administrativa se fundamentó en que a criterio de la autoridad concedente pudiera resultar peligroso para la integridad física y moral de las personas transportadas. Expuso que tal decisión viola el principio de proporcionalidad, y se opone a los lineamientos que establece el art.16 de la Constitución Nacional perdiendo legitimidad, por tratarse de un derecho penal de autor. Señaló que las normas en cuestión afectan el derecho a trabajar que con rango constitucional asisten a su asistido. Por último, atacó la resolución dictada entendiendo que el art. 20 del decreto 532/2009 agravia el principio constitucional de razonabilidad.

En su resolución, la Jueza consideró que el Subsecretario de Gobierno y Protección Ciudadana al negar el otorgamiento de la licencia de conducir, no cumplió con el requisito de motivación que debe estar presente en todo acto administrativo, máxime cuando de su resolución depende la adopción de un criterio determinado en función de una facultad que le otorga la norma. Por ello, resolvió ordenar a dicho organismo revisar la resolución dictada por la cual no se hizo lugar al pedido efectuado por el imputado⁴⁹. Cabe señalar que dicha resolución fue nuevamente apelada por el Fiscal interviniente y se encuentra pendiente de resolución en la Cámara de Apelación y Garantías de Bahía Blanca.

4.4. Posibilidad de rehabilitación.

El art. 9 de la ley establece que los informes del Registro harán plena fe, pudiendo ser impugnados sólo judicialmente por error o falsedad. En la práctica es común ver certificados que contienen información de más de diez años, en clara violación a lo establecido en el art. 51 del Código Penal. No existe en nuestro ordenamiento jurídico una herramienta específica para paliar este problema, no hay norma que faculte al Registro a rectificar o suprimir por sí los datos contenidos y lo que resulta una responsabilidad del Estado, se convierte en una carga para el individuo que tendrá que ver la manera de borrar una información incorrecta pero que quizás ya lo afectó por haber sido difundida.

La falta de actualización y supresión automática o periódica de datos, genera una permanente afectación a una gran cantidad de personas que sólo será advertido cuando la información ya se hizo pública. Sus posibilidades de inserción son acotadas al ver limitadas las posibilidades de ejercer su derecho al trabajo o ejercer el comercio, pero afectando además su derecho al honor, a la imagen y hasta el derecho de circular libremente.

⁴⁹ Juzgado de Ejecución Penal de Bahía Blanca. Legajo de ejecución penal nro. 16.755, 1/12/2014 (resolución no firme).

Al respecto, el único mecanismo viable resultaría ser la acción de habeas data regulada por la Ley 25.326 de Protección de datos personales respecto a la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de datos personales contenidos en el Registro Nacional de Reincidencia.

Esta norma, establece un procedimiento a partir del art. 13, por el cual es requisito que la persona solicite información sobre sus datos personales incluidos en los bancos de datos y el responsable o usuario debe proporcionar la información solicitada dentro de los diez días corridos de haber sido intimado fehacientemente. Vencido el plazo sin que se satisfaga el pedido, o si evacuado el informe, éste se estimara insuficiente, quedará expedita la acción de protección de los datos personales o de hábeas data prevista en la ley.

Sobre este extremo ha tenido oportunidad de expedirse la justicia. Así, Carina Gisela Cano inició una acción de habeas data contra el Registro Nacional de Reincidencia expresando que con el objeto de reunir la información necesaria para solicitar que se la incorpore a la Policía Federal, entre los trámites y gestiones que debió cumplir, tuvo que solicitar una certificación de antecedentes penales ante el Registro Nacional de Reincidencia. En oportunidad de retirar ese certificado, se enteró de que consta registrado bajo su identidad, una condena de cuatro años de prisión y una multa de quinientos pesos, por el delito de transporte de estupefacientes previsto y reprimido por el art. 5 inciso c) de la Ley 23737. Al tratarse de una información falsa, petitionó que se supriman de sus antecedentes. Resaltó que, dada la naturaleza de los datos que la afectan, la actora padece daños concretos para su persona y patrimonio, pues se ve impedida de incorporarse a la Policía Federal como era su intención, de acceder a cualquier tipo de trabajo, alquilar a una vivienda, obtener créditos y llevar a cabo su vida en relación. Fundó en derecho, ofreció pruebas y petitionó que a título cautelar se ordene bloquear la información en cuestión.

La Jueza de primera instancia declaró inadmisibile la acción de habeas data deducida por considerar que la actora omitió cumplir con la solicitud a que se refiere el art. 14 inc. 1) de la Ley 25236 y, por ende, no se ha producido el vencimiento del plazo previsto en el art. 14 inc. 2) de la norma referida.

La Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal⁵⁰ confirmó la resolución de primera instancia con el mismo argumento. Sostuvo que “...la actora no

⁵⁰ Expte: 10/12/2013, “Cano, Carina Gisela vs. Registro Nacional de Reincidencia y otros s. Habeas data”. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal Sala II. Edit. Rubinzal Culzoni. 21/02/14. RC J 313/14.

acreditó que hubiera promovido el trámite administrativo que contemplan los arts. 13 y sgtes. de la Ley n° 25326 previo a promover esta acción, ni tampoco demostró que esa vía no pudiera ser útil a los fines pretendidos”.

Señaló que el reclamo debe ser articulado ante la autoridad administrativa en forma previa a la acción judicial, es decir que, son los responsables o usuarios de bancos de datos públicos quienes deben pronunciarse respecto del pedido de información, y en su caso, disponer la rectificación, actualización o supresión de los datos incluidos en los bancos de datos mediante decisión fundada. Así es que sólo en el caso de que el pedido no sea satisfecho, el informe brindado fuera insuficiente o no se rectifican, supriman o actualicen los datos personales del afectado es que recién éste se encuentra habilitado para acudir a la instancia judicial.

Por último, el fallo aclara que “...la pretensión de la accionante es obtener la rectificación y posterior supresión del registro de antecedentes penales, que resultan de una sentencia judicial, por manera que la finalidad perseguida, solo puede ser obtenida mediante la presentación pertinente por ante la autoridad judicial emisora del fallo que da lugar al antecedente, para que proceda ésta según corresponda, todo lo cual ratifica la improcedencia de la acción intentada”.

En otro caso⁵¹, el actor interpuso un habeas data, con la finalidad de suprimir sus AP en su Prontuario de la Policía Federal. La Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal resolvió que es imposible considerar a la Policía Federal como un Banco de Datos ni un registro en los términos del artículo 2 de la Ley 25.326 o incluirlo en el supuesto reglado por el artículo 23 de la Ley. Sostuvo que: “en el caso de autos, el actor no acreditó que hubiera promovido el trámite administrativo que contemplan los artículos 13 y sgts de la Ley n° 25.326 previo a promover esta acción, ni tampoco demostró que esa vía no pudiera ser útil a los fines pretendidos. Sin perjuicio de ello, cabe destacar que el actor pretende que se “supriman sus antecedentes penales obrantes en el prontuario que lleva la Policía Federal.”

Finalmente, señaló que: “El prontuario es un documento público que da fe de la identidad de una persona y de sus antecedentes policiales y judiciales, que se labra en la órbita de la Policía Federal y que cuenta con un régimen propio para su supresión, en este caso, el decreto 831/75. A lo que cabe agregar, que si eventualmente la Administración no cumpliera con el mentado procedimiento, existen

⁵¹ Expte N° 2744-2010. “FLORES, RAÚL ALBERTO c/ EN – PFA (registro de datos) s/ HABEAS DATA”. CNACAF- SALA II. 7/04/2011 publicado porDial.com- AA6B68, el 27/05/2011.

vías idóneas para obtener el pronunciamiento que se persigue, las que no pueden válidamente sustituirse mediante la acción intentada.”

Cabe destacar un fallo reciente donde finalmente se hizo lugar a un hábeas data y se ordenó que se borren los antecedentes de una persona que había sido sobreseída, pero que doce años después aún continuaba en el Registro de Reincidencia. El accionante necesitaba su exclusión debido a que "es práctica habitual en el mercado laboral que los empleadores requieran informes de antecedentes".

Así, la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal⁵² revocó la decisión de una jueza que denegó la acción de habeas data interpuesta.

El actor inició ante la Unidad de Expedición y Recepción (UER) de Antecedentes Penales de la Provincia de San Juan dependiente del Registro Nacional de Reincidencia un trámite de pedido de antecedentes judiciales para cumplir con el requisito de presentar el certificado de AP ante un posible empleador. El informe del registro daba cuenta de la existencia de una causa, en trámite ante la Justicia en lo Criminal y Correccional Federal en la cual, finalmente, un Tribunal Oral declaró, en mayo de 2003, extinguida la acción penal y consecuentemente sobreyó al actor del delito de hurto, "previsto y reprimido en el citado artículo 162 del Código Penal".

El hombre adujo que "habiendo transcurrido once años desde la última resolución judicial citada, la conservación de ese dato en el banco del organismo demandado no sirve a la investigación de ningún delito penal ni cumple la finalidad de garantizar derechos de terceros y solo puede causarle perjuicios, discriminándolo de acceder al mercado de trabajo en igualdad de condiciones con otras personas". Por lo que "con el fin de evitar un daño irreparable, que se ordene al organismo demandado el bloqueo provisional del dato que surge de los antecedentes penales, y que le permita tramitar un nuevo informe que excluya dichos antecedentes, debiéndose indicar con precisión al organismo las pautas que deberá seguir para que se deje constancia de que no registra antecedentes penales".

La jueza, sin embargo, rechazó la acción por entender que no estaba habilitada la vía judicial elegida, porque el actor no había solicitado administrativamente la rectificación de esos datos. La decisión fue modificada, dado que los camaristas Pablo Gallegos Fedriani, Jorge Alemany y Guillermo Treacy, opinaron que "la acción de habeas data tiene cinco objetivos principales: a) que se pueda acceder al registro o banco de datos; b) que se actualicen datos atrasados; c) corregir información inexacta; d)

⁵² B. C. A. v. EN-M Justicia y DD.HH. Registro Nacional de Reincidencia s/ habeas data” – C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala V, (20/11/2014). Disponible en: <http://www.dpicuatico.com/administrativo/diario-administrativo-nro-55-10-03-2015/>.

que se asegure la confidencialidad de cierta información legalmente colectada, pero que no debería trascender a terceros; y e) cancelar datos que hacen a la llamada información sensible (ideas religiosas, políticas o gremiales, etc), potencialmente discriminatoria o que vulnera la privacidad del registrado".

Sobre esa base, los magistrados señalaron que la Ley 25.326 establece que "el responsable o usuario del banco de datos, debe proceder a la rectificación, supresión o actualización de los datos personales del afectado, realizando las operaciones necesarias a tal fin en el plazo máximo de cinco días hábiles de recibido el reclamo del titular de los datos o advertido del error o falsedad", y que además "el incumplimiento de esta obligación dentro del término acordado, habilitará al interesado a promover sin más la acción de protección de los datos personales o de habeas data prevista en la presente ley".

En ese sentido, el Tribunal de Alzada tuvo en cuenta el hecho de que "es práctica habitual en el mercado laboral que los empleadores requieran informes de antecedentes penales exceptuados de la limitación contenida en el artículo 51 del Código Penal, a fin de obtener una 'historia de vida' que permita ser evaluada por el eventual empleador, y que, en su caso, al solicitar un informe como los indicados, el Registro cumplió con lo requerido brindando información cuyo contenido el artículo 51 de ese Código prohíbe expresamente". Por lo tanto, teniendo presente que el artículo 51 del Código Penal dispone que "todo ente oficial que lleve registros penales se abstendrá de informar sobre datos de un proceso terminado por sobreseimiento o sentencia absolutoria", la Cámara consideró admisible la acción de hábeas data.

Concluyó que "Ello es así, pues la interpretación contraria, es decir, la declaración de inadmisibilidad formal de la acción, fundada en la necesidad de acudir a reclamos o recursos administrativos, u otras vías administrativas o judiciales, comportaría un injustificado rigor formal, ya que la institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos más que una ordenación o resguardo de competencias".

Esta problemática ha llevado a generar un interesante proyecto de ley que resulta importante señalar. Presentado en el año 2014 bajo el nro. de expte. 0884-D-2014⁵³, propone incorporar como artículo 8 bis a la Ley 22.117 el siguiente texto:

"La acción regulada por la Ley 25.326 respecto a la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de datos personales contenidos en el Registro Nacional de Reincidencia, podrá interponerse exclusivamente ante el Juez Federal con competencia en razón del domicilio del actor,

⁵³ <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=0884-D-2014>.

sin necesidad de acreditar el reclamo administrativo previo previsto en el artículo 16 y siguientes de la misma."

En sus fundamentos se explica que el objetivo de este proyecto es descentralizar y simplificar el acceso a la justicia de las personas que deban interponer acciones de habeas data contra el Registro Nacional de Reincidencia. En la actualidad, existe una suerte de trámite previo consistente en reclamarle fehacientemente al organismo nacional la supresión o actualización del dato registrado. En el caso del Registro nacional, actualmente, no cuenta con delegaciones en muchas de las Provincias del país, y aún en los que existe, pueden encontrarse alejados de los domicilios de las personas. Por esta razón se propone que la acción de habeas data para rectificar esta información contenida en el Registro posea dos excepciones fundamentales: que la acción deba interponerse ante el Juez competente por el domicilio del actor y que no sea exigible el trámite o reclamo previo ante el organismo nacional. En relación al Juez competente, se aclara en la norma a los fines de evitar recurrir a precedentes jurisprudenciales que han interpretado que la acción de habeas data, en casos como los que exponemos, deban interponerse ante el Juez que dictó el acto procesal y luego de haber formulado el reclamo previo al organismo. Esto puede ocasionar trastornos a los particulares, dado que muchas veces la necesidad de rectificar el dato ocurre veinte o treinta años después de acaecido el acto procesal registrado, habiéndose mudado la persona a otra jurisdicción del país. En este sentido, resulta necesario que las leyes se adapten a la realidad fáctica de nuestro país, reconociendo la extensión del territorio y el carácter federal de nuestra organización y sucede que el Organismo tiene su sede en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con contando con delegaciones en todas las principales ciudades del país.

5. Proyectos de reforma.

Según las constancias obrantes en el buscador de proyectos de la página web del Senado, los únicos proyectos presentados sobre el tema han sido respecto a cuestiones puntuales. No figuran proyectos que impliquen una reforma integral de la ley. Así, el primero de ellos es del año 1991⁵⁴ (reforma del art. 8), el siguiente es del año 1999⁵⁵ (reforma del art. 13), en el año 2004⁵⁶ (reforma del art. 20) y por último en 2010⁵⁷ (reforma del art. 13).

⁵⁴ N° 1556/91. <http://www.senado.gov.ar/parlamentario/comisiones/verExp/1156.91/S/PL>.

⁵⁵ N° 1607/99. <http://www.senado.gov.ar/parlamentario/comisiones/verExp/1607.99/S/PL>.

En el año 2002⁵⁸, el senador Pichetto presentó un proyecto de ley creando un registro especial para delitos de carácter sexual contra menores de edad y otras cuestiones conexas. De similar alcance es presentado otro proyecto en el año 2010⁵⁹. Dos años más tarde⁶⁰, presenta un proyecto de reforma incorporando un inciso al art. 8 estableciendo que el Registro podrá suministrar informes a las Instituciones de carácter educativo del ámbito nacional, provincial o municipal, públicas o privadas, respecto de quienes formen o fueren a formar parte de su personal docente o administrativo, exclusivamente en relación a los delitos contra la integridad sexual tipificados en el Código Penal de la Nación o en aquellas normas que lo complementen.

Lo mismo ocurre en la Cámara de Senadores donde aparecen varios proyectos presentados respecto de reformas puntuales: Exp-dip: 0065-D-88, exp-sen: 0004-PE-86, exp-dip: 1252-D-84, exp-dip: 2357-D-84⁶¹, 1852-D-2014. Muchas de ellas referidas a estadísticas criminológicas: Expediente: 6658-D-2010⁶² y Expediente: 1337-D-2012⁶³.

5.1. Proyecto de Ley de reforma integral (Mensaje Nro. 0899/10). Expediente: 0016-PE-2010.

El único proyecto de reforma amplia de la ley es del año 2010 y fue presentado por el Poder Ejecutivo con la firma de Cristina Fernández de Kirchner, Aníbal Fernández y Julio Alak ante la Cámara de Diputados llevando el nro. de expediente 0016-PE-2010⁶⁴. Reconoce que existe una desactualización normativa y que el fundamento de la reforma está dado por dos argumentos. El primero de ellos de naturaleza jurídica ya que existe una clara desactualización de la Ley del Registro Nacional de Reincidencia, producida como consecuencia de normas de creación posteriores que complementan la Ley N° 22.117. Se mencionan la existencia de lagunas jurídicas provocadas por el desarrollo de nuevos institutos, como la suspensión de juicio a prueba -Ley N° 24.316-, la resolución alternativa de conflictos penales - Ley N° 13.433 de la Provincia de Buenos Aires, Ley N° 6.730 de la Provincia de Mendoza, Ley N° 4.989 de la Provincia del Chaco- y demás avances de la legislación

⁵⁶ N° 1394/04. <http://www.senado.gov.ar/parlamentario/comisiones/verExp/1394.04/S/PL>.

⁵⁷ N° 3747/10. <http://www.senado.gov.ar/parlamentario/comisiones/verExp/3747.10/S/PL>.

⁵⁸ N° 185/02. <http://www.senado.gov.ar/parlamentario/comisiones/verExp/185.02/S/PL>.

⁵⁹ N° 3370/10. <http://www.senado.gov.ar/parlamentario/comisiones/verExp/3370.10/S/PL>.

⁶⁰ N° 3752/04. <http://www.senado.gov.ar/parlamentario/comisiones/verExp/3752.04/S/PL>.

⁶¹ <http://www.diputados.gov.ar/proyectos/buscador8983.html>.

⁶² <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=6658-D-2010>.

⁶³ <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=1337-D-2012>.

⁶⁴ <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2010/PDF2010/TP2010/0016-PE-10.pdf>.

penal y, en especial, de las legislaciones procesales de cada Provincia. El segundo es denominado de tipo social: al existir un claro cambio de contexto desde la creación de la sanción de la ley en el año 1979, considerando que actualmente, son otros los paradigmas y principios que deben respetarse.

El primero de los cambios propuesto es modificar la denominación por el de Registro Nacional de Antecedentes Penales. Ello se concluye al observar que la función específica del organismo es la de informar los antecedentes penales de los individuos, obrantes en los legajos que éste mismo confecciona. En dichos legajos se agregan una serie de resoluciones jurisdiccionales, dictadas en el marco de un proceso penal, muchas de las cuales son anteriores a la sentencia que impone una pena privativa de libertad.

Respecto a la información que deben suministrar los Tribunales al Registro, amplía las resoluciones: los autos de captura y comparendo, averiguación de paradero y rebeldía, los autos que declaren extinguida la acción penal, en los casos del art. 62 C.P., las medidas adoptadas a través de las resoluciones alternativas de conflictos, la falta de mérito, las resoluciones penales en las que se disponga la destrucción de expedientes y los autos dictados en la instrucción sumaria realizada cuando una persona haya sido sorprendida en flagrancia de un delito de acción pública.

Asimismo, obliga a los Jueces de Ejecución que remitan al Registro toda la información necesaria sobre el cumplimiento de la condena y toda medida que modifique la situación legal o procesal del detenido y al Patronato de Liberados a remitir al Registro toda la información que surja del control y supervisión de la liberación de los condenados.

Por último, se propone la creación de una base de datos, dentro del ámbito del Registro, de cadáveres y restos cadavéricos no identificados, la cual concentrará, sistematizará y administrará la información de cuerpos y restos cadavéricos habidos dentro del territorio de la Nación.

5.2. Proyecto de reforma de reemplazo del Certificado⁶⁵.

El centro de estudiantes de la Unidad Penal N°31 de Florencio Varela y el Espacio Locos, Tumberos y Faloperos (LTF) presentaron en la Cámara de Diputados de la Nación un proyecto de ley para

⁶⁵ <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=7536-D-2012>.

reemplazar el actual Certificado de Antecedentes Penales por un Certificado de Información Penal Socialmente Relevante (Cipsor).

En principio, iniciaron su campaña a través de las redes sociales y su blog⁶⁶, y luego de la repercusión alcanzada y las adhesiones logradas, el diputado nacional de Nuevo Encuentro, Gastón Harispe se interesó en ser la vía institucional para llevar adelante el proyecto.

Así, bajo el nro. de expte. 7536-D-2012, en el año 2012 ingresó a la Comisión de Legislación Penal donde se encuentra para su tratamiento.

Como explica Maximiliano Postay, uno de sus promotores: “Lo que pretendemos hacer con este Certificado de Información Penal Socialmente Relevante (Cipsor) es que en ese instrumento que solicita el eventual empleador, en vez de aparecer los antecedentes penales, es decir las condenas cumplidas o lo que hizo en su pasado la persona en cuestión, aparezcan solamente las cuestiones judiciales que hagan a la actualidad de esa persona. Es decir, si tiene alguna orden de captura (sea nacional o internacional); si tiene alguna condena pendiente de ejecución, salvo si se encuentra en la etapa de libertad condicional; y si está declarado en rebeldía frente a alguna causa en trámite. Lo único que tocamos es el contenido del documento, no pretendemos la abolición de los certificados ni de los registros⁶⁷”.

En sus fundamentos se remarca que el nuevo certificado, nada diría del pasado delincencial de las personas, evitando de este modo actos discriminatorios, señalamientos, estigmatizaciones y como consecuencia de todo ello, exclusión, marginalidad y reincidencia "criminal" por parte del directamente damnificado.

Asimismo, señala que en la práctica el cambio de paradigma propuesto es contundente. Mientras que con el actual sistema cualquiera puede arbitrariamente decidir, por ejemplo, no contratar a alguien por el sólo hecho de haber estado preso, en caso de aceptarse el "modelo CIPSoR", esto será materialmente imposible. Así, el eventual empleador podrá solicitar un "certificado", una "documentación" o un "comprobante de buena conducta".

Los datos sobre el pasado "criminal" de las personas sólo serán pasibles de ser utilizados para confeccionar estadísticas oficiales con el propósito de llevar adelante una determinada política pública o en relación a causas judiciales o investigaciones que así lo requieran.

⁶⁶ <http://locostumberosyfaloperos.blogspot.com.ar/>.

⁶⁷ <http://www.marcha.org.ar/index.php/nacionales/antirrepresivo/2374-sin-antecedentes>.

En concreto, el proyecto propone modificar el art. 8 de la Ley 22117, quedando redactado de la siguiente manera:

"El servicio del Registro será reservado y únicamente podrá suministrar informes: a) A los jueces y tribunales de todo el país, en el marco de causas judiciales en las que fueran competentes; b) Cuando las leyes nacionales o provinciales lo determinen expresamente; c) A la Gendarmería Nacional, Prefectura Naval Argentina, Policía Federal Argentina y policías provinciales, para atender necesidades de investigación, siempre y cuando dicho pedido sea acompañado por orden judicial que justifique la intervención, sin excepción alguna; d) A las autoridades extranjeras en virtud de lo establecido en el artículo 10; e) Cuando lo dispusiere el Ministerio de Justicia de la Nación a solicitud fundada de otras autoridades nacionales, provinciales o municipales"

En los casos de los incisos b), c), d) y e) del presente artículo, el informe deberá ser evacuado en el término de hasta diez (10) días corridos, si no se fijare uno menor."

Asimismo, incorpora como artículo 8^a bis de la Ley 22.117 el siguiente texto:

"Los particulares sólo podrán acceder a la información suministrada por el Registro Nacional de Reincidencia, previo requerimiento personal y/o de su mandatario o representante legal. La información suministrada sólo hará referencia a la situación personal del requirente y/o su mandante o representado.

La información referida será suministrada mediante la emisión de un informe especial denominado "Certificado de Información Penal Socialmente Relevante" (CIPSoR).

El contenido del CIPSoR deberá sin excepción alguna limitarse a dar a conocer la siguiente Información: I) Pedidos de captura nacional e internacional, II) Condenas pendientes de ejecución, exceptuando los casos de las personas que hayan accedido al derecho de la libertad condicional; III) Declaración de rebeldías judiciales.

El referido certificado será válido por cinco días hábiles desde su emisión. Corrido el lapso indicado operará su caducidad en forma automática.

Se prohíbe el uso de cualquier otra información ajena a la taxativamente enumerada en el presente, por parte de cualquier persona de existencia física o jurídica, principalmente en ocasión de ofertas de trabajo y/o reclutamiento laboral.

Dicho comportamiento será considerado "Acto discriminatorio", en los términos de la Ley N^a 23.592.

Capítulo 4

Conclusiones.

1. Comparación de la legislación argentina con los diferentes sistemas de regulación de los AP.

Conforme surge de las regulaciones analizadas, se pueden establecer varios aspectos considerados relevantes que son tenidos en cuenta por los países al momento de establecer sus políticas de regulación de los AP y compararlo con la regulación vigente en Argentina. Es evidente que nuestra legislación se encuentra desactualizada, es contraria a nuestros principios constitucionales y perjudica cualquier intento de resocialización de los individuos.

1.1. Finalidad de la ejecución penal.

Los sistemas de registro de los AP implementados en los diferentes países, responden a su postura respecto de la finalidad que se busca con la aplicación de penas. Las posturas existentes se diferencian entre los que buscan la protección de la sociedad y los que priorizan la resocialización del individuo.

Teniendo en cuenta lo que surge de la Constitución Nacional, los pactos internacionales incorporados a la misma y específicamente el art. 1 de la ley 24.660, la ejecución de la pena privativa de libertad tiene por finalidad lograr la adecuada reinserción social del condenado. Más allá de las controversias que genera este objetivo y la dificultad del alcanzarlo, está claro que nuestro país, a diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos, prioriza al individuo por sobre la protección de la sociedad.

1.2. Publicidad vs. Privacidad.

El primer aspecto que define la política de un Estado en materia de regulación de los AP es su nivel de protección de la información que se registra. Si se considera que debe privilegiarse la difusión y que todas las personas tengan acceso a los datos personales como una forma de protección de la sociedad, o bien se prioriza la intimidad de la persona considerando que se trata de información sensible que puede generar consecuencias perjudiciales más allá del ámbito penal. Esto dependerá en gran medida de la tradición histórica y cultural de cada país y de la normativa constitucional vigente en la materia.

Estados Unidos se muestra como el paradigma más extremo de difusión y publicidad del pasado delictual. Priorizando la prevención y la seguridad, cualquier persona con acceso a Internet puede descargar una cantidad notable de información sobre los vecinos, amigos y desconocidos que podrían haber sido arrestados o condenados por un delito en la mayoría de los estados. Un sistema históricamente aceptado, con poca perspectiva de cambio pese al gran número de personas involucradas. Se estima que unos 47 millones de estadounidenses tienen un archivo de AP. Lo cual se puede explicar gráficamente analizando el origen de la mayoría de las personas que pueblan las cárceles, esto es: negros y latinos.

Otra característica del sistema de Estados Unidos es la libertad de información, expresión y publicidad que permite la amplia difusión de los juicios, sentencias y AP, incluyendo la posibilidad de avergonzar al sujeto que se remonta a los juicios de Salem (Shadd Maruna: 2011, pág. 100).

A diferencia de lo que ocurre en países como España donde existe una considerable protección para las personas declaradas culpables de delitos (la cobertura periodística de los casos criminales suelen utilizar sólo las iniciales de los acusados para proteger la privacidad de la persona y su familia).

Según el análisis de los autores consultados, respecto a la protección de la privacidad en casi todos los países existe una clara diferencia entre la teoría y la práctica. Es decir, sus legislaciones contienen disposiciones legales destinadas a proteger a los ex reclusos contra la discriminación, pero no siempre se protege en la práctica.

Asimismo, lo cierto es que la tendencia en la mayoría de los países es asimilarse en menor o mayor escala al modelo estadounidense. Las políticas públicas parecen estar moviéndose inexorablemente hacia la disponibilidad amplia de los AP. En Alemania, más de 9 millones de revelaciones de antecedentes penales se emiten cada año. En el Reino Unido han aumentado de 1,4 millones en 2002-2003 a más de 3,8 en 2008-2009. Las solicitudes de certificados de "conducta" en los Países Bajos pasaron de alrededor de 255.000 en 2005 a 460.000 en 2009. En Australia, la agencia nacional procesó alrededor de 2,7 millones de controles de AP en el período 2009-2010. Si bien España parece ser uno de los países que más protege la información brindada a terceros, el significativo aumento de las solicitudes registradas desde el año 2009 permite suponer que va en la misma dirección que el resto.

La tradición legislativa y la jurisprudencia de nuestro país claramente prioriza y resguarda la intimidad de las personas. Numerosos fallos así lo respaldan y culturalmente la sociedad desapueba cualquier

intromisión en la vida privada de las personas sin una causa que realmente lo justifique. Respecto a la regulación de los AP, la legislación vigente permite una difusión más amplia de lo que ocurre en países con una cultura de respeto a la intimidad similar a la de nuestro país.

1.3. Alcance de la publicidad.

La información contenida en los registros de AP tiene por objetivo principal brindar los datos suficientes para que los organismos judiciales puedan conocer y resolver la situación procesal de un imputado. Asimismo, se encuentra al alcance del propio interesado que lo solicite. Este mecanismo es común a todas las legislaciones y no encuentra mayor cuestionamiento.

La problemática se genera a partir de la difusión de dicha información a terceros. Sabido es que Estados Unidos en el extremo de la libertad de información permite el acceso de cualquier persona a los registros de los individuos. También la República Checa permite un acceso público a los AP⁶⁸ y en Estonia hasta se puede consultar por Internet⁶⁹.

Pero los países que limitan la difusión, establecen diferentes pautas para diferenciar los datos: aquellos que deben quedar dentro del ámbito judicial, de aquellos a los que pueden acceder terceros.

En Canada, hay tres niveles de información de la historia criminal del CPIC, y distintos grados de acceso: The Criminal Name Index (CNI), The Criminal Record Synopsis y Criminal Records II⁷⁰. Austria emite dos tipos de certificados: uno restringido y otro de divulgación completa⁷¹.

Brasil, sólo informa que la persona tiene AP, no brindando mayor detalle respecto del delito cometido. Hungría regula de la misma manera y agrega los supuestos de inhabilitación. China, México y Portugal presentan un sistema similar.

En España los AP sólo son utilizados en el ámbito judicial y son considerados parte de la vida privada y datos personales protegidos por el derecho constitucional a la intimidad.

⁶⁸ <http://www.terrale.org/publication/p58cf9663e3/corporate-criminal-liability-in-the-czech-republic>

⁶⁹ <http://www.backgroundscreeninginrussia.com/2011/12/since-january-2012-ther-register-of-estonian-criminal-records-will-be-available-on-line/>

⁷⁰ Disponible: http://www.parl.gc.ca/About/Parliament/LegislativeSummaries/bills_ls.asp?ls=c10-07&Parl=41&Ses=1&source=library_prb&Language=E

⁷¹ <https://www.help.gv.at/Portal.Node/hlpd/public/content/30/Seite.3000201.html#Procedure>

Francia sólo brinda la información que considera relevante: sólo aquellas mayores a dos años o inferiores a ellas si el Tribunal así lo ordenó. Supuestos de inhabilitación o restricciones.

Holanda tiene un sistema muy completo de información: el certificado de AP sólo es emitido si el individuo no presenta ningún registro. Si la persona posee antecedentes, las autoridades deciden si los delitos en cuestión son relevantes para el destino que han sido solicitados. Si se rechaza la solicitud, la persona recibe una notificación de las razones que justifican esa decisión.

La mayoría de los países considera relevante informar los delitos de tipo sexual y aquellos que involucran a menores.

Argentina se encuentra más próxima a aquellos que brindan una difusión amplia, completa y sin procesar de toda la información que recibe el Registro. Incluyendo resoluciones que no implican condenas (ej. Suspensión del juicio a prueba).

1.4. Mecanismos de obtención de los informes.

Al igual que en la mayoría de los países, en nuestro sistema el trámite es personal y para que terceros ajenos a la Justicia y la policía obtengan la información de los AP, deben tramitarlo por intermedio del titular de los mismos. No existen empresas proveedoras de datos como en los países que priorizan el derecho a la información, pero sin perjuicio de ello, son comunes las prácticas ilegales de obtención de la información.

1.5. Políticas de rehabilitación.

Respecto de los mecanismos de cancelación de los AP, alrededor de una docena de estados americanos presentan disposiciones inaccesibles que se superponen con una cantidad de calificaciones y excepciones, que generan un efecto incierto (Love, 2003: 113). Sin embargo, normalmente son para los delincuentes primarios y no hay una fuente central que describa las políticas en estos estados o los pasos que un ex-delincuente ha de dar para borrar sus antecedentes penales.

Según expone Pinard (2010: 463) estas políticas son "extensiones de la política criminal histórica y contemporánea que se dirigen a las minorías raciales o que ignoran sistemáticamente el impacto desproporcionado de estas políticas sobre las minorías raciales" en los Estados Unidos.

El resto de los países analizados proporcionan algunas oportunidades para las personas con AP para ser perdonado oficialmente y ser borrado o sellado su registro. Sin embargo, en casi todos los casos, estas políticas tienden a ser automáticas en lugar de basarse en el mérito. Se dan de manera automática cuando la rehabilitación se produce por el mero transcurso del tiempo. La ventaja es que no se necesita ir a través de un proceso de solicitud gravoso. La desventaja es que las políticas automáticas son demasiado lentas para promover la rehabilitación de una manera significativa. Mecanismos como los de Francia que expurgan los AP de las personas de más de 100 años de edad o que prohíben requerir archivos que se borran después de 40 años o más, obviamente, hacen muy poco para promover la rehabilitación o la seguridad pública, y son más una cuestión de conveniencia administrativa y tal vez el respeto por las personas mayores. Una política basada en el mérito, por el contrario, considera que las reclamaciones de la rehabilitación deben valorarse según los méritos específicos demostrados por el solicitante y no requiere ninguna longitud de tiempo en particular para demostrar la rehabilitación.

El certificado funcionaría como una "carta de recomendación" que se puede utilizar con agencias de empleos, directamente con los empleadores y con los organismos del Estado. Cuando se le pregunta a la persona si ha sido condenada, por un delito, responderá afirmativamente, pero que la condena ha sido borrada y ha recibido un certificado de rehabilitación. El funcionamiento de este mecanismo sería no tratando de ocultar el hecho de que diera lugar a sus AP, sino por la publicidad de las pruebas de su rehabilitación.

Según expone Maruna (2011), el principal problema con este tipo de políticas basadas en el mérito es que a menudo implican un laberinto de burocracia haciéndolas sesgada a favor de los ricos y a quienes tienen contactos políticos, y de difícil acceso en la práctica a quienes carezcan de medios.

Señala que este problema podría superarse, sin embargo, por la simple construcción de procesos de certificación (o perdón) directamente en todos los trabajos de rehabilitación llevadas a cabo por el Estado. Es decir, los procesos de libertad condicional ordinarias podría implicar rutinariamente la certificación de la rehabilitación.

Por su parte, el economista laboral de Richard Freeman (2008) argumenta a favor de una especie de "Lista de Honor" del sistema para presos. En lugar de "servir únicamente como una señal negativa" esta información proporcionaría "una señal positiva a los empleadores acerca de las probabilidades de haber sido rehabilitado".

Considera que los registros de internos deberían brindar información sobre su comportamiento en la cárcel (si participaron de capacitaciones laborales, etc), y esto ayudaría a algunos prisioneros superar la información negativa acerca de su comportamiento criminal y encarcelamiento. En concreto, el uso de los datos y el juicio objetivo, las autoridades penitenciarias podrían desarrollar un sistema de puntuación para la medida en que se vieron presos rehabilitados con tanto éxito y proporcionar los resultados a través de Internet como parte de la información a disposición del público. Concluye que la combinación de modelos estadísticos con la experiencia de las autoridades de la prisión podría producir mejores predicciones de la probabilidad de reincidencia. Esto daría a los presos un incentivo para invertir en el buen comportamiento y actividades que se beneficiarían de ellos una puntuación más alta y una mejor oportunidad de empleo legítimo después de la liberación.

Maruna cuestiona esta propuesta, argumentado que el problema es que pocos dentro o fuera del sistema de justicia penal confían en la capacidad de los expertos para determinar quién está o no "rehabilitado". En una cultura de aversión al riesgo (y todos los sistemas contemporáneos de justicia penal se ha convertido, por naturaleza, muy reacios al riesgo), nadie quiere tomar la responsabilidad de declarar a un preso apto para otorgarle "certificado de buena conducta". Las Juntas de libertad condicional y los administradores de prisiones temen liberar a los presos salvo cuando se dan las condiciones más exigentes, por lo que resulta poco probable la idea de establecer públicamente la rehabilitación de un ex preso.

Cabe destacar el caso de Chile que mediante el decreto ley 409⁷² del año 1932 da la posibilidad de eliminar los antecedentes penales para que a los condenados se los considere como si nunca hubieran delinquirido para todos los efectos legales y administrativos, y se les indulten todas las penas accesorias a las que estuvieren condenado.

En sus fundamentos remarca que “el régimen establecido en las prisiones, que tiende a la regeneración del delincuente y, como su complemento, al mejoramiento moral y material de su familia, pierde una gran parte de su eficacia por el hecho de que el penado, después de cumplir su condena, queda marcado para toda su vida con el estigma de haber sido presidiario. Que, es innecesario mantener esta anotación en el prontuario de aquellos ex-penados que han demostrado fehacientemente estar regenerados y readaptados a la vida colectiva. Que, como un medio de levantar la moral del penado para que se esfuerce por obtener su mejoramiento por medio del estudio, del trabajo y de la disciplina, debe dársele la seguridad de que, una vez cumplida su condena y después de

⁷² Disponible en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=170285>.

haber llenado ciertos requisitos, pasará a formar parte de la sociedad en las mismas condiciones que los demás miembros de ella y de que no quedará el menor recuerdo de su paso por la prisión”.

Así, todas las personas que hayan sufrido cualquier clase de condena y cumplan con los requisitos pertinentes, tendrán derecho a solicitar el beneficio carcelario de eliminación de antecedentes penales, después de dos años de haber cumplido su pena, si es primera condena, y después de cinco años, si ha sido condenado dos o más veces. Para ello, se exige: 1) haber observado muy buena conducta en el establecimiento penitenciario o en el lugar que cumplió su condena, cuando se trate de pena de prisión, presidio, reclusión o relegación; 2) conocer un oficio o profesión; 3) poseer conocimientos mínimos de cuarto año de escuela primaria; 4) haber estado en contacto con el patronato de reos durante dos años si es primera vez condenado, y cinco si ha sido condenado dos o más veces; 5) ser recomendado por este organismo para obtener el beneficio de eliminación de antecedentes; 6) no haber sufrido ninguna condena durante el tiempo de prueba y hasta la fecha de dictarse el decreto que concede el beneficio carcelario en cuestión. La petición para obtener el beneficio de eliminación de antecedentes la hará el interesado ante el Ministerio de Justicia, de donde se le enviará a la Dirección General de Prisiones, para que reúna y remita a ese departamento los documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos que se requieren para obtener el beneficio carcelario de eliminación de antecedentes.

El mecanismo implementado y la autoridad encargada de cancelar el registro también resulta significativo para medir el impacto de los procesos de estigmatización. Así, ciertos sistemas pueden resultar eficaces para borrar la condena penal, pero quizás poco colaboren para reducir los efectos sociales y psicológicos de la estigmatización penal.

Las variantes que se advierten en los países que presentan este mecanismo, se reducen al tipo de organismo encargado de tramitar la rehabilitación: administrativo o judicial. Asimismo, se diferencian en cuanto al procedimiento si el mismo es público o privado.

Así en Francia, este tipo de rituales pueden y deben llevarse a cabo en los mismos tribunales que enviaron a prisión a los individuos. Esta función judicial "lleva consigo una cierta impronta de respetabilidad oficial que los procedimientos administrativos restauración automática no tienen" (Love, 2003: 127). Como Herzog-Evans (2011) señala, sólo los tribunales tienen la capacidad de entregar el estigma de por vida de la condena penal y transformar a una persona en un "delincuente", y sólo los tribunales tienen la capacidad de eliminar o sustituir esa etiqueta con una nueva. Por otra

parte, en Francia, la rehabilitación judicial no está diseñada para el borrado de sanciones individuales, sino que más bien se refiere a la historia criminal entera de una persona. La rehabilitación Judicial debe referirse a la totalidad de su vida y su comportamiento, y todas sus ofensas pasadas debe ser puesto sobre la mesa.

Por ejemplo, en España el mecanismo de cancelación se puede dar de forma automática, lo que puede generar que el delincuente quizás ni se entere de que su registro haya sido cancelado. Para Larrauri (2011) "el silencio" puede resultar una "práctica más discreta y eficaz" que un ritual de reintegración que amenazaría la vida privada, y pondría en riesgo las protecciones del anonimato conseguidos con tanto esfuerzo. Por el contrario, Demleitner (1999: 162) considera que si bien el efecto de tales medidas sería crucial, el proceso por el cual un ex delincuente es reinsertado en la comunidad también puede ser relevante para la lograr la reinsertión. Así, resulta importante que exista una ceremonia para conmemorar su reingreso oficial a la comunidad y al final de su exclusión y de la degradación.

Nuestro país carece de un sistema que permita la eliminación de los AP basado en el mérito mostrado en la etapa de resocialización.

1.6. Plazos de caducidad.

Todos los países establecen plazos de caducidad de los registros. Algunos países establecen un período fijo para todos los delitos: Australia (siempre que el individuo no vuelva a delinquir dentro de ese período). Estonia mantiene el registro por un año.

Otros, diferencian el plazo según el tipo de delito, por ejemplo en España en el caso de delitos menores, a los dos años la persona pueda verse librado de la carga que significa el registro y los delitos más graves se mantienen durante 10 años. Aunque con algunas diferencias en los plazos, regulación similar puede encontrarse en Albania, Bosnia, Bulgaria, Dinamarca, Alemania, Grecia, Italia, Lituania, Luxemburgo, Portugal (23 años delitos sexuales), Serbia, Eslovenia y Suecia.

Algunos países contienen la información por un período indefinido: Bangladesh, Bielorrusia, China, Croacia, India, Japón ó por plazos muy extensos: República Checa (100 años), Australia (105 años), Estados Unidos (110).

Países como Francia donde existe un mecanismo de rehabilitación, el registro se elimina una vez que se resuelve favorablemente la misma. Lo mismo ocurre en Irlanda, Sudáfrica, Montenegro y Holanda donde puede permanecer durante toda su vida si el sujeto no logra obtener su rehabilitación.

En Argentina los plazos son extensos y no se realiza ningún tipo de diferenciación en cuanto a la magnitud del delito. Solamente establece un plazo menor para el caso de multas e inhabilitación que llega a los 5 años cuando en la mayoría de los países los delitos menores permanecen por sólo 2 años.

2. Cuadro comparativo.

En el siguiente cuadro se puede ver gráficamente como nuestro país coincide desde sus principios constitucionales con aquellos que protegen al individuo y priorizan la resocialización por encima de la protección de la sociedad y el derecho a la información. Sin embargo, su legislación específica descuida dicha protección y se asemeja más a países con políticas menos interesadas en la protección del sujeto condenado.

	PROTECCION DEL INDIVIDUO	PROTECCION DE LA SOCIEDAD	ARGENTINA
MISION DERECHO PENAL	RESOCIALIZACION	PREVENCION Y RETRIBUCION	RESOCIALIZACION
GARANTIA CONSTITUCIONAL	INTIMIDAD	DERECHO A LA INFORMACIÓN	INTIMIDAD
REGISTRO DE AP	PRIVADO	PUBLICO	PRIVADO
ACCESO INFORMACION	PARTICULAR Y ORGANISMOS AUTORIZADOS	PUBLICO EN GENERAL	PARTICULAR Y ORGANISMOS AUTORIZADOS
ALCANCE DE LA INFORMACIÓN	DIFERENCIADA	COMPLETA	COMPLETA
PROCESOS DE REHABILITACION	SI	LIMITADA	NO
PLAZOS DE CADUCIDAD	SEGÚN EL TIPO DE DELITO	GENERALES Y EXTENSOS	GENERALES Y EXTENSOS

3. Aspectos relevantes a considerar en la legislación argentina.

3.1. Posibilidades laborales. Sabido es la dificultad que significa la obtención de un trabajo luego del tránsito por una cárcel, principalmente por la exigencia del certificado de AP. Nuestro país presenta una deficiencia en los programas de seguimiento por medio de Patronatos de Liberados que funcionan con escaso personal, poco presupuesto, sumado a la indiferencia judicial y política. Las medidas tendientes a paliar esta situación (leyes de cupos y beneficios para quienes contraten a ex presos) no han dado ningún resultado. Existen muy pocas ONG interesadas en el tema y la reinserción laboral no se encuentra en la agenda política de ningún partido político.

3.2. Trascendencia pública. Los AP en nuestro país han dejado de ser un tema reservado al ámbito judicial o policial, sino que se encuentra instalado en la sociedad, y al igual de lo que ocurre en la mayoría de los países, el certificado es cada vez más requerido para la obtención de un trabajo. Si bien no existen estadísticas al respecto, de la página web del Registro Nacional de Reincidencia surge que desde los últimos dos años el incremento de las solicitudes ha sido del 70%⁷³. Actualmente casi no existen empleos en los cuales no se solicite el certificado de AP para su ingreso. Los empleadores desean conocer el pasado del postulante para descartar aquellos que presumiblemente sean más propensos a delinquir. Si bien la carencia de AP no es garantía de que una persona sea disciplinada o no cometa ilícitos, por el contrario, para la mayoría de las personas, una persona que ha delinquido tiene mayores chances de reincidir en su conducta.

3.3. Alcance de la información. Teniendo en cuenta la efectiva trascendencia que los AP tienen respecto de terceros ajenos al sistema judicial o policial, es necesario establecer mecanismos que permitan diferenciar aquella información relevante dentro de un proceso penal, de una investigación de aquella que será valorada por un tercero a los efectos de un empleo. Ya sea a través de la diferenciación de los certificados emitidos o fijando pautas que determinen la información que se divulga dependiendo de quien sea el receptor o bien con la creación de un organismo de analice cada caso en particular vinculando la información existente del sujeto con los motivos para los cuales se efectúa el trámite. Está claro que más allá de cual sea el mecanismo que se adopte, lo que se debe eliminar es la difusión amplia de la información sin contemplar el receptor de la misma. Esto permitiría terminar con las injusticias que se advierten en la práctica con aquellas personas que ven

⁷³ http://www.dnrec.jus.gov.ar/Convenios_CGT.aspx.

entorpecidas sus posibilidades laborales por presentar un certificado de AP con el registro de una suspensión del juicio a prueba que es valorada negativamente por el empleador.

También es importante determinar qué datos resultan relevantes y para ello puede resultar fundamental que se establezca previamente que tipo de información se desea conocer del postulante. Así, parece razonable que se conozcan las inhabilitaciones para conducir respecto de quien aspire a obtener un empleo como chofer o que para un cargo en la Administración pública se pretenda saber si ha cometido algún delito en el que haya sido objeto la misma o que para un empleo que implique contacto con menores se valore no tener antecedentes por delitos sexuales. Parece innecesario e injusto en estos casos conocer si el sujeto ha tenido una suspensión del juicio a prueba por un delito menor. Una manera de contemplar esto es estableciendo en el formulario parámetros específicos de la información solicitada, prohibiendo suministrar toda aquella información que no resulta relevante para el caso.

3.4. Registros. Existe una tendencia a crear registros específicos (ej: delitos sexuales, deudores de cuotas alimentarias, etc.). Esta práctica que intenta dar respuesta a problemas específicos puede dar lugar a la creación de una gran cantidad de registros que sólo aumenten la burocracia y no tengan ninguna función práctica. Podría proponerse la creación de un registro de personas que hayan cometido delitos vinculados a la violencia de género o con armas o cualquier otro delito que tenga algún tipo de repercusión social. Lo cierto es que podrían brindarse una solución más eficiente concentrando y procesando la información por intermedio del Registro.

3.5. Plazos de caducidad. Es necesario establecer plazos más cortos para infracciones menores y evitar una prolongación del efecto estigmatizante.

3.6. Rehabilitación. Resulta necesario establecer mecanismos que permitan al sujeto “limpiar” su certificado luego de un determinado tiempo y cumpliendo con ciertos requisitos. Este mecanismo debe ser lo suficientemente ágil y confiable para evitar la burocracia y la corrupción. Puede ser una facultad judicial dentro de las herramientas de seguimiento y control que brinda la ejecución penal.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ANITUA, Gabriel Ignacio: (2011) *Castigo cárceles y controles*. Didot, Buenos Aires.

BACIGALUPO, Enrique: (1998) *Principios de Derecho Penal Parte General*. Quinta Edición Akal, Madrid.

BARATTA, Alessandro: (1998) *Criminología Crítica y crítica del derecho penal*, Siglo XXI Editores.

- (2012) “Resocialización o control social”.
http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20120608_01.pdf

BARONTI, Giancarlo: (1980) “I Segni del potere. Fenomenología dell archivio giudiziario” en “La Questione Criminale”, anno VI, núm. 1.

BAUMAN, Zygmunt: (2006) *Vidas Desperdiciadas. La modernidad y sus parias*. Paidós, Buenos Aires.

BECKER, Howard: (2012) -1963- *Outsider. Hacia una sociología de la desviación*. 1ª edición, 2ª reimpresión, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, (trad. Jaime Arrambide).

BOMBINI, Gabriel: (2000) Poder judicial y cárceles en la Argentina. 1º edición, Ad-Hoc.

BOONE, Miranda: (2011) *Judicial Rehabilitation in the Netherlands: Balancing between safety and privacy*. *European Journal of Probation University of Bucharest*. European Journal of Probation, University of Bucharest, www.ejprob.ro, Vol. 3, No.1, pp 63 – 78.

BRANDARIZ GARCÍA, José Angel: (2002) “Notas sobre el régimen penitenciario para penados considerados extremadamente peligrosos: departamentos especiales y FIES 1”, en AA. VV. Estudios Penales y Criminológicos, Universidad de Santiago de Compostela.

CASTRO LUJAN, V.M. (1956) “El registro judicial de delincuentes de Costa Rica en su verdadera función” en Revista de Ciencias Sociales, Universidad de Costa Rica, Número 1.

CID MOLINÉ, José: (1998) “Derecho a la reinserción social: consideraciones a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional en materia de permisos” en Jueces para la democracia, ISSN 1133-0627, N° 32.

DAROQUI, Alcira: (2008) “Neoliberalismo y encarcelamiento masivo en el siglo XXI. De la resocialización a la neutralización e incapacitación” en Revista Encrucijada N° 43, Buenos Aires: UBA, pp.12-16.

DONNA, Edgardo Alberto: (2012) “Finalidad del pedido de antecedentes” en Código Penal y su interpretación en la jurisprudencia, Tomo I. 2ª Edición, Rubinzal-Culzoni Editores.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: (2011) *Derecho Penal. Parte General en Esquemas*, 3º Edición, Tirant lo Blanch, España.

FEELEY, Malcom y SIMON, Jonathan: (1995) “La nueva penología. Notas acerca de las estrategias emergentes en el sistema penal y sus implicaciones” en Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales, núm. 6/7, pp. 33-57.

FERNANDEZ, Enrique Agudo: (2005) *Principio de culpabilidad y reincidencia en el Derecho español*. Editorial de la Universidad de Granada, España.

FERRAJOLI, Luigi: (2005) -1995- *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta (trad. Andrés Ibañez y otros), España, original en italiano, *Diritto e ragione. Teoría del garantismo penale*, Gius, Laterza e Figli.

FERRI, Enrique: (1933) *Principios de Derecho Criminal*. Primera Edición. Madrid. Editorial Reus.

FOUCAULT, Michel: (2008) -1975-, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión.*, 2da. Edición, 3ra. Reimpresión en castellano, Siglo veintiuno Editores, Buenos Aires, (trad. Garzón del Camino); *Surveiller et punir*, París: Gallimard.

- (2012) -1994-, *El poder, una bestia magnífica*, 1ra. Edición, (trad. Horacio Pons), Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires.

FREEMAN, Richard (2008). Incarceration, criminal background checks, and employment in a low(er) crime society. *Criminology & Public Policy*, 7(3), 405-412.

GARFINKEL, Harold: (1956) *Conditions of Successful Degradation Ceremonies*, American Journal of Sociology, Vol. 61, No. 5, pp. 420-424.

GARLAND, David: (2005) -2001- *La cultura del control*, Ed. Gedisa, Barcelona.

GOFFMAN, Ervin: (2006) -1963- *Estigma. La identidad deteriorada*, 1ª Edición, 10ª reimpresión, (trad. Leonor Guinsberg), Buenos Aires, Amorrortu. *Stigma. Notes on the Management of Spoiled Identity*, Prentice-Hall.

GORRA, Daniel Gustavo: (2013) *Resocialización de condenados*, Astrea, Buenos Aires.

GROSSO GALVAN, Manuel: (1983) *Los antecedentes penales: rehabilitación y control social*, Bosch, Barcelona.

HAFFKE, Bernhard: (1991) "Reincidencia y medición de la pena", en *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales*, Tecnos, Madrid, pp. 179 y ss.

JACOBS, James B: (2006) "Mass Incarceration and the Proliferation of Criminal Records," University of St. Thomas Law Journal: Vol. 3: Iss. 3, Article 2. Disponible en: <http://ir.stthomas.edu/ustlj/vol3/iss3/2>.

y **LARRAURI, Elena:** (2010) "Son las sentencias públicas? Son los antecedentes penales privados? Una comparación de la cultura jurídica de Estados Unidos y España. Disponible en http://www.indret.com/pdf/769_es_1.pdf

JESCHECK, Hans-Heinrich: (1993) *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 4º Edición, Ed. Comares, Granada.

KENT, Jorge: (1991) "El Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal" en LL 4/12/91.

KIEFER, Audrey: (2008) Michel Foucault: Le GIP, l'histoire et l'action. Disponible en <http://detentions.files.wordpress.com/2008/08/audrey-kiefer-foucault-le-gip-lhistoire-et-laction.pdf>

LARRAURI, Elena: (2011a) "reinserción laboral y antecedentes penales". Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13-09.pdf>

- (2011b) "Conviction records in Spain: obstacles to reintegration of offenders?", European Journal of Probation, University of Bucharest, www.ejprob.ro, Vol. 3, No.1, pp 50-62.

LOVE, Colgate Margaret: (2005) Relief From The Collateral Consequences Of A Criminal Conviction: A State-By-State Resource Guide. Open Society Institute. <http://blogs.law.columbia.edu/4cs/files/2008/11/statebystaterelieffromcccc.pdf>.

MARTINE HERZOG, Evans: (2011) “Judicial rehabilitation in France: Helping with the desisting process and acknowledging achieved desistance”, *European Journal of Probation*, University of Bucharest, www.ejprob.ro, Vol. 3, No.1, pp 4-19.

MARTINEZ DE ZAMORA, Antonio: (1971) “La reincidencia” en *Publicaciones de la Universidad de Murcia*, pág. 15.

MARUNA, Shadd: (2011) “Judicial Rehabilitation and the ‘Clean Bill of Health’ in Criminal Justice” en *European Journal of Probation*, University of Bucharest, www.ejprob.ro, Vol. 3, No.1, 2011, pp 97 – 117, ISSN: 2006-2203.

MATHIENSEN, Thomas: (2003) *Juicio a la prisión*. 1ª edición, (trad. Mario Coriolano y Amanda Zamuner, Ediar, Buenos Aires.

MIR PUIG, Santiago: (2004) *Derecho Penal, 9º Edición*, B de F..

MORGENSTERN, Christine: (2011) "Judicial Rehabilitation in Germany – The Use of Criminal Records and the Removal of Recorded Convictions" en *European Journal of Probation*, University of Bucharest, www.ejprob.ro, Vol. 3, No.1, 2011, pp 20 – 35, ISSN: 2006-2203.

MUÑOZ CONDE, Francisco: (1985) *Derecho Penal y control social*. Fundación Universitaria de Jerez, España.

NAYLOR, Bronwyn: (2011) “Criminal Records and Rehabilitation in Australia”, *European Journal of Probation*, University of Bucharest, www.ejprob.ro, Vol. 3, No.1, 2011, pp 79 – 96.

NEUMAN, Elías: (2001) “Cárcel, Derechos Humanos y Neoliberalismo”, en *La administración de justicia: en los albores del tercer milenio*, págs. 187-212

PADFIEL, Nicky: (2011) “Judicial Rehabilitation? A view from England”. *European Journal of Probation* University of Bucharest, www.ejprob.ro, Vol. 3, No.1, pp 36 – 49 ISSN: 2006 – 2203.

PAGER, Devah: (2008) “The mark of a criminal record” en *The American Journal of sociology*, vol 108. N° 5. Disponible en https://www.princeton.edu/~pager/pager_ajs.pdf.

PAGER, Marked: (2007) *Race, Crime, and Finding Work in an Era of Mass Incarceration*, University of Chicago Press, Chicago, 2007.

PARKER, Tony y ALLERTON, Robert: (1962) *The Courage of His Convictions*, London, Hutchinson.

ROXIN, Claus: (1981) *Iniciación al Derecho Penal de hoy*, traducción de Luzón Peña y Muñoz Conde, Sevilla.

- (1997) *Derecho Penal – Parte General*, t. I, Ed. Civitas, Madrid, 1997.

SALT, Marcos Gabriel y RIVERA BEIRAS, Iñaki: (1999) *Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina*, Editores del Puerto, Buenos Aires.

SANDOVAL HUERTAS, Emiro. (1982) *Penología. Parte General*, Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia.

SCHWARTZ/SKOLNICK: (1963) “Two Studies of Legal Stigma”, *Soc. Probs*, (10), pp. 133 a 136.

SEGOVIA BERNABÉ. J. L., (2004) J. L., “Problemática en torno a la reinserción social” en AA. VV., *Derecho Penitenciario II*, (Consejo General del Poder Judicial), Madrid.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (1992) *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Ed. J.M. Bosch, Barcelona.

SPIGELMAN, James: (1999) *Seen to be Done: The Principle of Open Justice*” http://www.lawlink.nsw.gov.au/lawlink/supreme_court/ll_sc.nsf/vwPrint1/SCO_speech_spigelman_091099.

STOLL, Michael A: “The Effect of Criminal Background Checks on Hiring Ex-Offenders”. Disponible en http://www.npc.umich.edu/publications/working_papers.

TERRADILLOS BASOCO, Juan y MAPELLI CAFFARENA, Borja: (1996) *Las consecuencias jurídicas del delito*, Civitas Ediciones, España.

TERRY, Karen y FURLONG, John: (2001) *The Megan’s Law Desk Book: A Guide to Sex Offender Registration and Community*. Administración de Justicia, Ed. Universidad, Ciudad de Buenos Aires, p. 191.

THOMPSON, Anthony: (2008) *Releasing Prisoners/Redeeming Communities: Reentry, Race and Politics*. NYU Press.

TOMAS Y VALIENTE, Francisco: (1969) *El Derecho penal en la monarquía absoluta*, Madrid.

TRAVIS, Jeremy: (2005) But They All Come Back: Rethinking Prisoner Reentry. <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/181413.pdf>.

WACQUANT, Loïc: (2000) -1999- *Las cárceles de la miseria*. 2ª edición, Buenos Aires, Manantial.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl: (1980) *Tratado de Derecho Penal*, Ediar, Buenos Aires.

- (1986) *Sistemas penales y Derechos Humanos en America Latina (informe final)*, Depalma, Buenos Aires.

- (1992) “Hacia un Realismo Jurídico Penal Marginal”, Caracas: Monte Ávila Editores.

- y **SAL LLARGUES, Benjamín:** (2007) “Reincidencia” en Código Penal. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Tomo 2 A, 2da. Edición, Hammurabi, Buenos Aires.

ZAPICO BARBEITO, Mónica: “¿Un derecho fundamental a la reinserción social?” http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/7505/1/AD_13_art_41.pdf.

ZIMRING, Franklin y HAWKINS, Gordon: (1973) Deterrence: The Legal Threat in Crime Control, *pássim*. American Journal of Sociology, Vol. 61, No. 5, pp. 420-424.

ZIFFER, Patricia: (1996) *Lineamientos de la determinación de la pena*, Ad-Hoc, Buenos Aires.

- (2007) “comentario a los arts. 40 y 41 del Código Penal en Código Penal”. Análisis doctrinal y jurisprudencial. 2A, Hammurabi, Buenos Aires, 2007.