

# **LUCES Y SOMBRAS DE LA CANCELACIÓN DE LOS ANTECEDENTES PENALES**

## **OMISIONES NORMATIVAS Y APORTACIONES JUDICIALES**

Es habitual y comprensible que el reo que ha sido condenado por la comisión de un ilícito penal<sup>1</sup> en sentencia firme quiera deshacerse de su historial delictivo, habida cuenta la repercusión que los antecedentes penales tienen en la vida personal, laboral y administrativa (piénsese en un extranjero que desea obtener la nacionalidad española o la residencia, o en una persona que cometa un delito contra la seguridad vial por conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas) del sujeto.

Nos situamos, pues, en una fase posterior al proceso penal y en un procedimiento que, si bien se escapa del citado ámbito, está regulado en el Código penal (en adelante, "CP") como consecuencia de los datos a los que afecta. En este sentido, el presente artículo aspira a ser un itinerario jurídico básico en la materia, a la vez que se acometen ciertas problemáticas que pueden surgir en el curso del estudio de las posibilidades de presentación de la solicitud de cancelación.

El artículo 136.1 CP recoge un listado de plazos de cancelación atendiendo a la gravedad de la pena impuesta en la sentencia. No obstante, lo primero a lo que se debe atender es al cumplimiento de los presupuestos establecidos en el

---

<sup>1</sup> Las condenas por cualquier tipo de delito -incluidos los delitos leves- generan antecedentes penales, a diferencia de lo que ocurría antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, que suprimió las faltas del Código Penal, que no los generaban.



precepto para proceder a la verificación de la posibilidad de solicitar la cancelación, que, extractados, consisten en:

- a) **La pena ha debido ser cumplida en su integridad**, momento a partir del cual habrá de ser computado el correspondiente plazo de cancelación.

En primer lugar, es necesario recordar que las condenas pueden estar compuestas por varias penas y que éstas deben considerarse en concreto e individualmente, es decir, una por una y en la especie y extensión declaradas en sentencia firme, de manera que a cada una corresponde un plazo de cancelación atendiendo a su gravedad y duración.

No obstante lo anterior, es doctrina jurisprudencial plenamente asentada la que declara que, cuando una condena esté compuesta por varias penas de diferente gravedad, la cancelación de antecedentes procederá cuando haya transcurrido el plazo para la de la pena más grave [por todas, SAN (Sección 3ª) de 9 de mayo de 2022<sup>2</sup>, FJ 2º].

El citado plazo se calcula desde el día siguiente al de cumplimiento (párrafo 2º) establecido en el auto de remisión de la pena contando en días naturales. En su defecto, el cómputo iniciará al día siguiente del que la sentencia alcance firmeza.

Existen reglas especiales para realizar el cómputo, por ejemplo, de los periodos anuales, ya que la Sala Segunda del Alto Tribunal (por ejemplo, en la STS nº 141/2018 de 22 de marzo<sup>3</sup>) ha venido declarando tradicionalmente que, en consonancia con el artículo 33 CP, un periodo de

---

<sup>2</sup> SAN (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª) de 9 de mayo de 2022. Recurso nº 878/2020. ECLI:ES:AN:2022:1866

<sup>3</sup> STS nº 141/2018 de 22 de marzo. Recurso nº 924/2017. ECLI:ES:TS:2018:956

12 meses no constituye un año natural, por lo que a las penas de estas duraciones corresponden diferentes plazos de cancelación. La resolución referida contiene una muestra de ello (FJ 10º):

*<En efecto, el Código establece un plazo de dos años para la cancelabilidad de penas no superiores a doce meses. Aquí la pena impuesta fue un año de prisión. Esa pena es superior a doce meses de prisión.*

*Si se hubiesen impuesto doce meses y un día (361 días) es obvio que el plazo de cancelación sería de tres años. Pues bien, la pena de un año es una pena que traducida a días equivale a 365. Es más gravosa que una pena de doce meses (360 días).*

*No es esta una interpretación contra reo, sino de coherencia interna del Código. En la mayoría de las materias (acumulación de condenas, donde no se permite convertir los doce meses en un año precisamente por eso; o en sede de suspensión de condena en que los dos años bloquean en principio el beneficio que no está vedado en penas que sumadas puedan sobrepasar los veinticuatro meses, pero no los 730 días que representan los dos años) el resultado de mantener la diferenciación es favorable al reo. No podemos hacer una doble exégesis según los casos. Para el Código Penal un año son 12 meses más 5 días como regla general, que solo decae excepcionalmente ante previsiones expresas en contrario (art. 50.4).>*

Este cumplimiento del citado término posee otras particularidades, ya que puede suceder que, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 80.1 CP, la



ejecución de la pena de prisión impuesta sea suspendida por satisfacer el reo los requisitos que el mismo recoge, y a los que me remito. En estos casos, el párrafo 3º del artículo 136 determina que el cómputo del plazo de cancelación se realizará desde el día siguiente a aquel en que hubiera quedado cumplida la pena si no se hubiera disfrutado del beneficio de la suspensión.

Por tanto, se tomará como punto de partida el día siguiente al de la fecha del auto de suspensión, a partir del que se contará el tiempo por el que el reo haya sido condenado. Una vez computado el periodo de la condena, el último día de ese hipotético cumplimiento será el de extinción de la pena, y el plazo de cancelación deberá calcularse desde el día siguiente a éste. Idéntico supuesto nos encontraremos si a la pena principal de prisión le acompaña una accesoria (artículo 56.1 CP).

Pensemos, por ejemplo, en una persona que ha sido condenada por un delito de fraude de subvenciones a la pena de 6 meses de prisión, y que, por cumplir los requisitos del artículo 80.1 CP, el juez ha acordado la suspensión de la ejecución de la pena el 02/05/2023 por plazo de 2 años. Nos encontramos ante una pena menos grave [artículo 33.3.a)], por lo que le corresponde un plazo de cancelación de 2 años [artículo 136.1.b)]. El cómputo de este plazo, según lo expuesto, deberá hacerse no desde la fecha en que se ha acordado la suspensión, sino desde el 03/11/2025, es decir, una vez ha transcurrido el periodo suspensivo (que finalizaría el 02/05/2025) y, finalizado éste, se ha computado el tiempo de la condena (cuyo último día de cumplimiento hubiera sido el 02/11/2025).

También puede ocurrir que, en el caso de impago de una multa, se declare el necesario cumplimiento de la responsabilidad subsidiaria aneja. Así, se

adicionarán dichos días a los de duración de la prisión impuesta y el cómputo del plazo se efectuará una vez se declare la extinción de su cumplimiento, o, en caso de estar afectada esta responsabilidad personal por la referida suspensión, desde que se haya extinguido la pena según la operación anterior.

- b) **Han debido transcurrir los plazos de cancelación** establecidos en el ordinal 1º del artículo 136 CP, que han sido articulados por el legislador atendiendo a la gravedad de la pena impuesta al sujeto.

Para determinar esa trascendencia, es preciso consultar el archiconocido artículo 33, en el que se categorizan las penas según su naturaleza y duración en graves, menos graves y leves. Este catálogo debe ser completado con la previsión del ordinal 7º sobre penas impuestas a las personas jurídicas -que siempre tendrán la consideración de graves- y con las penas que, sin encontrarse incluidas en dicho listado, existen y se encuentran recogidas en tipos específicos.

Ejemplo de ello es la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social, prevista en los artículos 305, 306 o 307 CP. También la localización permanente, que, al contrario que la anterior, se encuentra prevista como pena leve si su duración se encuentra entre el arco temporal de 1 día a 3 meses, pero que carece de previsión según su gravedad si va de 3 meses y 1 día a 6 meses.

- c) Por último, el precepto exige que el reo **no haya delinquido nuevamente durante el transcurso del plazo de cancelación** que corresponda a su pena.



La dicción del artículo es clara: para interrumpir el cómputo del plazo el hecho debe ser constitutivo de delito y, además, cometerse dentro del referido periodo temporal, siendo necesario que su efectiva existencia sea constatada en sentencia firme. Así lo ha declarado, entre otras, la STS nº 631/2013 de 7 de junio<sup>4</sup> (FJ 1º).

En estos casos, a pesar de tratarse de una interrupción del plazo, el cómputo no se retomará, sino que comenzará de nuevo una vez declarado el cumplimiento de las penas que compongan la segunda condena (STS nº 474/2018 de 17 de octubre<sup>5</sup>, FJ 3º). Esta previsión, tal como se ha referido, puede desembocar en que, hasta la declaración del cumplimiento de la segunda condena, el reo no podrá cancelar el antecedente correspondiente a la primera.

A priori puede no parecer especialmente dantesco, pero pensemos, por ejemplo, en una persona que ha cometido un delito de los coloquialmente llamados de "alcoholemia": ha arrojado una tasa de alcohol en aire espirado de 0,70 mg/l, y castigado con multa de 8 meses y privación del derecho a conducir vehículos a motor por tiempo de 1 año y 6 meses. El artículo 33.3.i) cataloga la pena principal impuesta como menos grave, por lo que, una vez cumplida, podría ser cancelado el antecedente en el plazo de 2 años [artículo 136.1.b)]. Imaginemos, asimismo, que la misma persona en ese periodo de tiempo comete un delito de estafa (el valor de lo defraudado supera los 50.000 €) y es condenado a la pena de prisión de 4 años además de a las accesorias correspondientes; se trata también de una pena menos grave [artículo 33.3.a)], pero la letra d) del artículo 136.1 dispone en este caso un plazo de cancelación de 5 años. Este nuevo hecho

---

<sup>4</sup> STS nº 631/2013 de 7 de junio. Recurso nº 2203/2012. ECLI:ES:TS:2013:4097

<sup>5</sup> STS nº 474/2018 de 17 de octubre. Recurso nº 3025/2017. ECLI:ES:TS:2018:3508



daría lugar a la interrupción del plazo de cancelación correspondiente al primer ilícito y su inicio nuevamente cuando comience el cómputo del segundo tras el cumplimiento de la condena, lo que demoraría sobremanera el procedimiento de cancelación.

Interesa a la presente explicación, en especial, qué sucede con aquellas penas que, por no encontrarse previstas específicamente en la clasificación del consabido artículo 33, ostentan un plazo de cancelación, *a priori*, incierto.

Como he señalado anteriormente, una de ellas es la **pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social**, prevista específicamente en los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social.

Esta pena no se encontraba incluida en el listado del artículo 33 antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, de reforma del Código Penal; por el contrario, desde el año 2003 sí estaba prevista en los tipos concretos en los que era de aplicación. A partir de la entrada en vigor de la referida ley orgánica se insertó en la citada relación como pena menos grave con independencia de su duración, y como pena grave en lo relativo a las personas jurídicas.

Sin embargo, en la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo se eliminó, de nuevo, del listado del artículo 33. Se desconoce la razón de dicha supresión, toda vez que nada tiene que ver su previsión específica para castigar determinadas conductas con su clasificación en función de su gravedad.



Sea como fuere, lo cierto es que, a raíz de esta inexplicable eliminación en el artículo 33, ha surgido un debate en la doctrina sobre la naturaleza de esta medida en cuyo seno se han gestado opiniones de todo tipo. La discusión ha sido zanjada por la jurisprudencia, que la ha considerado “pena” con ocasión de su inclusión en el ilícito concreto al que se anuda el castigo, dando así satisfacción al principio de legalidad penal (por todas, SAN de 10 de diciembre de 2021<sup>6</sup>, FJ 4º; SAN de 7 de julio de 2022<sup>7</sup>, FJ 2º).

Algo similar sucede respecto a la gravedad de la pena descrita, ya que, como se ha adelantado, se trata de una sanción que no está catalogada en función de su gravedad en el artículo 33 CP. En este sentido, la doctrina jurisprudencial de la Audiencia Nacional (por ejemplo, la referida sentencia de 7 de julio de 2022) ha venido declarando esta pena como menos grave, por lo que, dependiendo de su duración, y atendiendo al artículo 136.1.CP, le corresponderá un plazo de cancelación de 3 o de 5 años.

La segunda de las consecuencias jurídicas por no previsión en el artículo 33 CP es la **localización permanente** de 3 meses y 1 día a 6 meses. Tal como se ha expuesto, se encuentra prevista como pena leve si su duración se encuentra entre el arco temporal de 1 día a 3 meses, referencia anudada a su previsión como pena principal en delitos de carácter leve (por ejemplo, las injurias del artículo 173.4 CP). Sin embargo, según el artículo 37 CP podrá tener una duración máxima de 6 meses, extensión que podrá aumentar ex artículo 53.1 en el caso de que deba cumplirse en condición de responsabilidad personal subsidiaria por incumplimiento del pago de la multa en supuestos de delito leve.

---

<sup>6</sup> SAN (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª) de 10 de diciembre de 2021. Recurso nº 444/2021. ECLI:ES:AN:2021:5165

<sup>7</sup> SAN (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª) de 7 de julio de 2022. Recurso nº 26/2019. ECLI:ES:AN:2022:3275



En consecuencia, surge la incógnita de en qué categoría del artículo 33, en función de su gravedad, debe ser incluida cuando su duración rebasa el límite de los 3 meses, y todo ello a efectos de dilucidar su plazo de cancelación.

La primera respuesta que el jurista puede dar a la referida incógnita deviene de la propia dicción del referido artículo 53.1 CP, que, como se ha apuntado, circunscribe la aplicación de esta pena a los delitos leves. En consecuencia, se trataría de una pena de carácter leve independientemente de su extensión en el tiempo y con un plazo de cancelación de 6 meses a partir de la fecha de su cumplimiento [artículo 136.1.a) CP]. Este veredicto vendría avalado por el principio de aplicación de la norma más favorable al reo.

Esta incierta situación vino dada por la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015<sup>8</sup>, de 30 de marzo, en cuya Exposición de Motivos se extracta la intención de reservar la pena analizada a los delitos de violencia en el ámbito doméstico, inclinándose por la imposición de pena de multa para los delitos leves. No escapa a la autora la razón principal de ese cambio en el esquema penológico de la norma, que no es otra que la necesaria reestructuración de los ilícitos de escasa entidad y de sus consecuencias jurídico-penales como resultado de la supresión del Libro III de la norma, regulador de las antiguas faltas.

No obstante lo anterior, conviene hacer una serie de apuntes al respecto. La pena de localización permanente puede ser impuesta, como se ha señalado, con carácter principal, alternativo, o para sustituir el cumplimiento de una pena principal cuando se reúnan los requisitos necesarios para ello.

---

<sup>8</sup> Hasta ese momento y desde el año 2003, la localización permanente se encontraba prevista también como pena menos grave, con un arco temporal de 3 meses y 1 día hasta 6 meses.



Si se aplica como pena principal, de conformidad con los artículos 171.7, 172.3, y 173.4 CP (relativos a violencia doméstica), la horquilla de imposición puede abarcar de 5 a 30 días, por lo que, sea cual sea la extensión de la pena impuesta por el juzgador, se encontraría dentro de la clasificación de las penas leves.

En su modalidad alternativa, se aplicará cuando se haya impuesto como principal una multa y ésta no pueda aplicarse de conformidad con las circunstancias derivadas de la existencia presente o pasada de una relación conyugal o análoga, de convivencia o de filiación recogidas en el artículo 84.2 CP. Es decir, la norma, de nuevo, nos redirige a los delitos leves de violencia doméstica referidos en el párrafo anterior.

Respecto al cumplimiento subsidiario de la pena, como se ha expuesto, se ciñe al supuesto de aplicación de la responsabilidad personal subsidiaria por incumplimiento de multa en los delitos leves (de duración máxima de 3 meses), de manera que por cada dos cuotas impagadas corresponderá un día de localización permanente (artículo 53 CP).

En definitiva, salvo en ocasiones en los que concurra un concurso real de delitos leves, tal como expone OTERO GONZÁLEZ<sup>9</sup>, el límite de 6 meses preceptuado en el artículo 37 CP no obtiene aplicación real en la práctica. La norma refleja, por tanto, la aplicación secundaria de una pena y una incoherencia del legislador, que, o no reparó en la literalidad del citado precepto, u omitió la corrección de errores en la redacción.

La resolución de la incógnita planteada debe transitar por la solución dada al inicio de la presente exposición en lo que a la pena descrita se refiere. Ello

---

<sup>9</sup> OTERO GONZÁLEZ, P: "La desnaturalización de la pena de localización permanente 16 años después ¿Historia de un fracaso o fraude legislativo?". Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, nº 21, 2019. <http://criminet.ugr.es/recpc/21/recpc21-16.pdf>



responde a un motivo simple: por razones de seguridad jurídica -y, todo sea dicho, por rigor legislativo- si la extensión máxima de 6 meses planteada en el artículo 37 fuese la deseada por el legislador, lo habría previsto en el artículo 33.4.g) CP, ampliando el tope de duración de 3 meses a 6 para los delitos leves, o bien en el número 3 del referido precepto, consagrando la localización permanente con horquilla temporal de 3 meses y 1 día a 6 meses como pena menos grave.

**Lucía Do Nascimento Fernández**

Legal Trainee en Bufete Trallero