

43

INCLUYE ACCESO  
A LA VISUALIZACIÓN  
ONLINE DEL FONDO  
COMPLETO DE  
LA REVISTA

LETI S. PRÆVIDE ET PRO

# Revista

Diciembre 2018

43

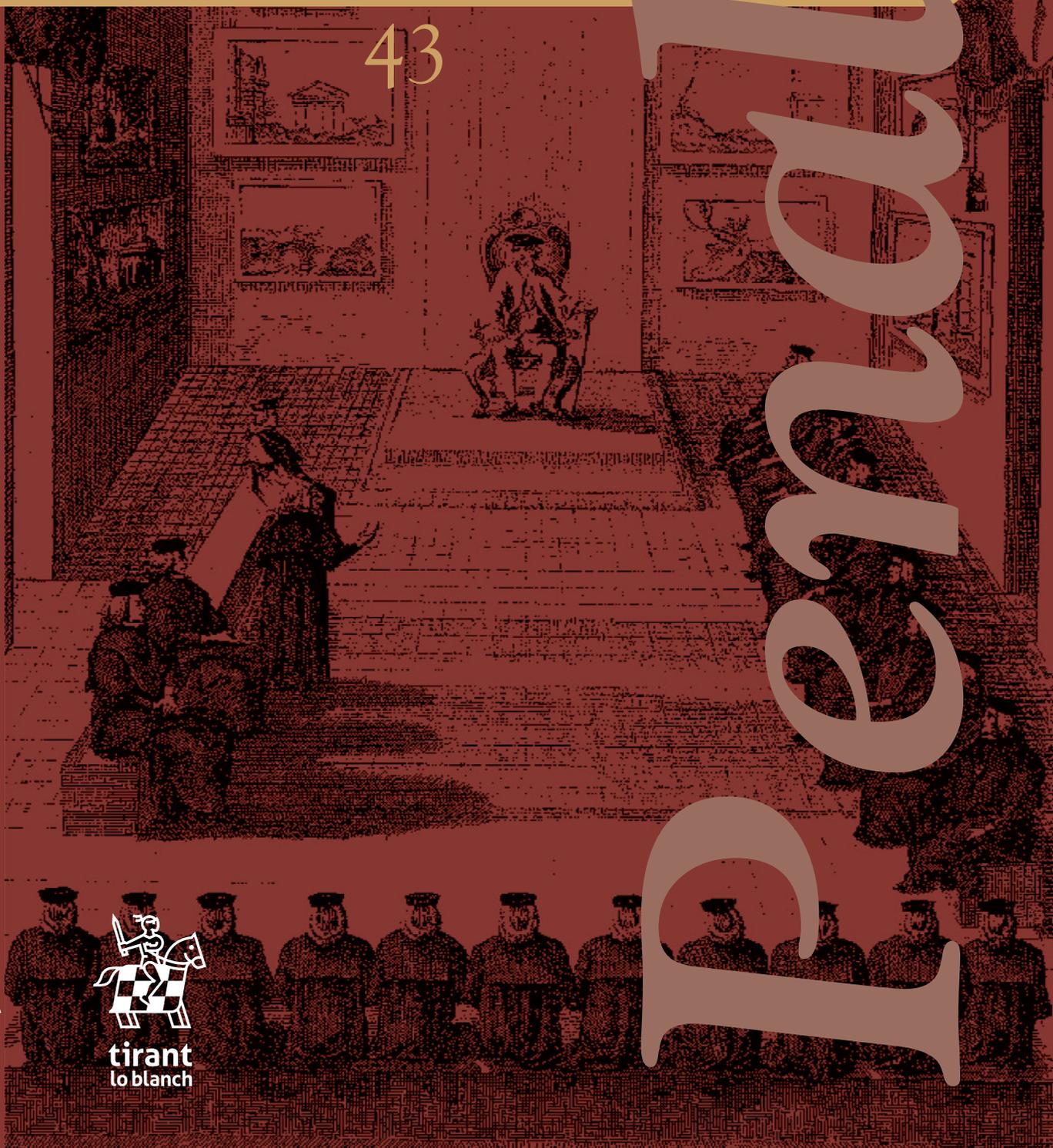
Revista Penal

Diciembre 2018



tirant  
lo blanch

# Penal



# Revista Penal

Número 43

## Sumario

---

### Doctrina:

- Sistemas nacionales de justicia, persecución de crímenes internacionales y principio de complementariedad. Especial referencia a algunas experiencias latinoamericanas, por *Kai Ambos y Gustavo Urquizo* ..... 5
- Normalización VS. perversión: a propósito del concepto de pornografía infantil, por *Viviana Caruso Fontán* ..... 25
- Medidas que afligen como penas. La inhabilitación para delincuentes sexuales para profesiones de contacto con menores, por *Cristina Fernández-Pacheco Estrada* ..... 46
- Derechos fundamentales afectados en el uso de confidentes policiales, por *Adrián Nicolás Marchal González*..... 64
- Una lectura del artículo 1 del Convenio contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes, a la luz de la práctica de Comités Internacionales y la jurisprudencia de Tribunales internacionales, por *Antonio Muñoz Aunión y Glorimar Alejandra León Silva*..... 89
- Valor probatorio de la autoinculpación ante la policía, no ratificada ante el órgano judicial, por *Francisco Muñoz Conde*..... 102
- La participación del asesor fiscal en el delito de defraudación tributaria, por *Fernando Navarro Cardoso*..... 116
- El primer paso fallido del Real Decreto-Ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el pacto de estado contra la violencia de género, por *Nieves Sanz Mulas* ..... 137
- Personas especialmente vulnerables y personas indefensas en los delitos contra la vida humana independiente, por *José Luis Serrano González de Murillo*..... 156
- Stalking: el delito de acoso de acecho o predatorio (art. 172 ter cp). Problemas de delimitación del tipo penal en España, por *Patricia Tapia Ballesteros* ..... 172
- The Law in the Process of Economic Globalization: Imperialism and Colonization of Legal Systems, por *Yú Wang*..... 195
- Dogmática funcionalista y política criminal: una propuesta fundada en los derechos humanos, por *Laura Zúñiga Rodríguez* ..... 204

**Sistemas penales comparados:** Delitos contra la propiedad intelectual (Criminal Copyright infringement)..... 229

**Jurisprudencia:** La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso “La Manada”, por Francisco Muñoz Conde ..... 290

\* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



Universidad  
de Huelva



UNIVERSIDAD  
DE SALAMANCA



UCLM  
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD  
PABLO DE OLAVIDE



Arias Montano  
Repositorio Institucional  
de la Universidad de Huelva

**tirant lo blanch**

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca,  
Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

### **Dirección**

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva  
jferreolive@gmail.com

### **Secretarios de redacción**

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide  
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

### **Comité Científico Internacional**

Kai Ambos. Univ. Göttingen  
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha  
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca  
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg  
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco  
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg  
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra  
George P. Fletcher. Univ. Columbia  
Luigi Foffani. Univ. Módena  
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha  
Vicente Gimeno Sendra. UNED  
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense  
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I<sup>o</sup>  
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla

José Luis González Cussac. Univ. Valencia  
Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla  
Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III  
Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide  
Enzo Musco. Univ. Roma  
Francesco Palazzo. Univ. Firenze  
Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa  
Claus Roxin. Univ. München  
José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha  
Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg  
Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz  
John Vervaele. Univ. Utrecht  
Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires  
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío

### **Consejo de Redacción**

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Complutense) Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

### **Sistemas penales comparados**

Martin Paul Wassmer (Alemania)  
Luis Fernando Niño (Argentina)  
Alexis Couto de Brito y Jenifer Morales (Brasil)  
Jiajia Yu (China)  
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)  
Elena Núñez Castaño (España)  
Victor Lloyd y Theresa Griffiths (Estados Unidos)  
Monica Roncati (Italia)

Manuel Vidaurri Aréchiga (México)  
Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)  
Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)  
Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)  
Frederico de Lacerda da Costa Pino (Portugal)  
Svetlana Paramonova (Rusia)  
Volodymyr Hulkevych (Ucrania)  
Sofía Lascano y Pablo Galain Palermo (Uruguay)

Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

[www.revistapenal.com](http://www.revistapenal.com)

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)  
<http://www.tirant.com>  
Librería virtual: <http://www.tirant.es>  
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997  
ISSN.: 1138-9168  
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.  
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>



## Medidas que afligen como penas. La inhabilitación para delincuentes sexuales para profesiones de contacto con menores

Cristina Fernández-Pacheco Estrada

Revista Penal, n.º 43. - Enero 2019

### Ficha técnica

**Autor:** Cristina Fernández-Pacheco Estrada

**Title:** Measures as painful as punishments. The interdiction for sex offenders to access or practice professions in contact with minors.

**Adscripción institucional:** Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad de Alicante

**Sumario:** I. Introducción. II. El Registro Central de Delincuentes Sexuales. 1. La Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y Adolescencia. 2. El Real Decreto 1110/2015, de 11 de diciembre, por el que se regula el Registro Central de Delincuentes Sexuales. III. La inhabilitación para el acceso y ejercicio de profesiones, oficios y actividades que implique contacto habitual con menores. IV. ¿Era necesaria la creación del Registro? 1. ¿Era obligatoria su adopción? 2. ¿Era necesaria su adopción? 3. ¿Era conveniente su adopción? V. ¿Es constitucional? 1. ¿Es una pena? 2. ¿Vulnera principios penales? A) Principio de legalidad. B) Principio de proporcionalidad. C) Principio de reinserción social. VI. Conclusiones.

**Summary:** I. Introduction. II. The Sex Offenders Central Registry. 1. The Act no. 26/2015, of July 28th, to reform the Child and Adolescents Protection System. 2. The Royal Decree no. 1110/2015, of December 11th, on the Sex Offenders Central Registry. III. The interdiction to access and practice professions or activities that entails regular contact with minors. IV. Was it necessary to create the Registry? 1. Was it compulsory to create it? 2. Was it necessary to create it? V. Is it constitutional? 1. Is it a punishment? 2. Does it violate the principles of criminal law? 2.1. Principle of legality. 2.2. Principle of proportionality. 2.3. Principle of social reintegration. VI. Conclusions.

**Resumen:** Desde 2015, a los condenados por delitos sexuales les está vetado acceso y ejercicio a las profesiones, oficios y actividades que impliquen contacto habitual con menores. Esta prohibición se produce de forma automática a resultas de la condena penal, conectada por tanto a los antecedentes penales, y tiene una duración de hasta 30 años. Sin embargo, no se encuentra prevista en el Código Penal, no la impone un juez y no se considera pena ni medida de seguridad, sino, más bien, una medida administrativa de prevención. Así, la recoge una ley ordinaria y la desarrolla un Real Decreto, cuestionando el respeto al principio de legalidad. Además, esta inhabilitación coincide en su contenido con otras previstas en el Código Penal, que, no obstante, difieren en su duración. Constituye, así, un nuevo y flagrante ejemplo de deficiente técnica legislativa, así como una confirmación más de la tendencia punitivista imperante que, en última instancia, muestra hasta qué punto se encuentran cuestionados en la actualidad principios de la importancia de la orientación de las penas a la reinserción.

**Palabras clave:** Inhabilitación, delincuencia sexual, punitivismo, antecedentes penales, reinserción

**Abstract:** Since 2015, everyone convicted for sexual offences faces an interdiction to access or practice professions or activities that entail regular contact with minors. This prohibition takes place automatically after a criminal conviction, connected with criminal records, lasting for as long as 30 years. However, it is not foreseen in the Criminal Code, it is not imposed by a judge and is not considered a penalty nor a security measure, but rather an administrative police measure. As a result, it is foreseen in an ordinary law and developed by a Royal Decree, challenging key principles such as legality. Moreover, this disqualification corresponds to already existing penalties that differ in its length. This amounts

to yet another example of defective legislative drafting, as well as a new confirmation of the punitivism embraced by the legislator which, ultimately, shows current challenges to key penal principles such as the reintegration principle.

**Key words:** Disqualification, sexual crimes, punitivism, criminal records, reintegration

**Observaciones:** Este trabajo se ha desarrollado en el marco de los proyectos de I+D GV/2016/085 *La gestión de los antecedentes penales como medio de prevención del delito*, dirigido por la autora y financiado por la Generalitat Valenciana y DER2014-54764 *Derechos del condenado y límites derivados de la necesidad de pena*, dirigido por la Profa. Dra. Carmen Juanatey Dorado y financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

**Rec:** 22-10-2018 **Fav:** 30-10-2018

## I. INTRODUCCIÓN

Desde 2015, existe en España un Registro Central de Delincuentes Sexuales. Además, desde ese mismo año, para poder acceder a puestos de trabajo que requieren contacto con menores, resulta imprescindible presentar un certificado negativo de antecedentes penales por delitos sexuales. El acceso y ejercicio a este tipo de trabajos está vetado para los inscritos en el registro hasta un plazo de 30 años. Sorprendentemente, a pesar de la entidad de sus consecuencias, esta medida no está prevista en el Código Penal ni la impone un juez.

No obstante, se trata de una disposición susceptible de generar una gran adhesión desde distintos ámbitos. Parte de la comunidad educativa (en concreto, los padres y madres de los menores) la percibe como una acción preventiva adecuada. Asimismo, no cabe más que presumir el respaldo de la opinión pública para toda propuesta dirigida a prevenir la temida delincuencia sexual.

Desde luego, parece lógico que pedófilos o pederastas no ejerzan puestos que requieren un continuo y personal contacto con niños, como ocurre en el caso de maestros o pediatras. Además, esta medida constituye, *a priori*, una medida menos gravosa para los derechos del condenado que una extensión de la duración de la pena de prisión o que medidas de seguridad como la libertad vigilada.

Otros países de nuestro entorno cuentan también con registros de esta naturaleza. Especialmente llamativo es el caso de los EE.UU., que desde los años 90 posee este tipo de mecanismo, que ha evolucionado en continua expansión, llegando a su monstruosa configuración

actual: registros públicos y fácilmente accesibles *on line*, cuya inscripción acarrea graves consecuencias para el penado como las notificaciones a la comunidad o las restricciones al domicilio<sup>1</sup>. Teniendo en cuenta que, en España, un modelo como el norteamericano sería, muy probablemente, inconstitucional (ALONSO RIMO, 2012), el formato finalmente adoptado es de acceso restringido y se asemeja mucho al *Fichier judiciaire automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes* (FIJAISV, en adelante) en funcionamiento en Francia desde 2004 y considerado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) conforme al Convenio<sup>2</sup>.

Ahora bien, hay un rasgo esencial que diferencia al Registro Central de Delincuentes Sexuales del fichero francés. De acuerdo con la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, la inscripción en el registro español conlleva la imposibilidad de acceder o ejercer puestos que impliquen contacto habitual con menores. Esta consecuencia resulta vital ya que, por más que no se emplee en ningún momento esta denominación, parece constituir una inhabilitación de hasta 30 años de duración que no depende de la gravedad del delito, que, como señalé, no está prevista por el Código Penal y que no ha sido impuesta por un juez, por lo que no está sujeta a los principios penales ni determinada individualizadamente.

Esta medida combina varios elementos característicos de la política criminal actual. Claramente se sitúa en el paradigma de la evitación del delito, desde el cual los poderes públicos son responsables de evitar la comisión de delitos, especialmente en lo que a reinciden-

1 Sobre los registros para delincuentes sexuales en EE.UU., Alonso Rimo, A., "La publicidad de los antecedentes penales como estrategia de prevención del delito", *Revista General de Derecho Penal*, 17, 2012; FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C., "Registros de delincuentes sexuales y prevención del delito. Análisis de la experiencia estadounidense", *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXIV, 2014, 383-422.

2 Sobre el FIJAISV, FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C., "Intimidad y publicidad de los antecedentes penales. Los registros para delincuentes sexuales", en Doval Pais, A. (Dir.), *Nuevos límites penales para la autonomía individual y la intimidad*, Aranzadi, 2015, 211-244.

cia se refiere. También presenta un marcado carácter simbólico, por cuanto el legislador trata de emitir un mensaje tranquilizador a la sociedad. Además, la medida recae sobre la delincuencia sexual, cuya regulación ya ha sido objeto de endurecimiento, precisamente por la enorme alarma social que generan estos delitos.

Y, sobre todo, la implantación del Registro Central de Delincuentes Sexuales se incardina en una tendencia punitivista de mayor alcance, que también afecta al ámbito postpenitenciario. Puede verse una plasmación de ella en la reforma de 2015, que, entre otros aspectos, modificó sustancialmente los plazos de cancelación de los antecedentes penales e introdujo una nueva consecuencia accesoria consistente en el almacenamiento de identificadores de ADN en una base de datos policial.

Sin duda, el núcleo del debate se centra en determinar la naturaleza de la medida de registro, pero, sobre todo, de la consiguiente inhabilitación para ejercer profesiones de contacto con menores. Es decir, establecer si se trata de una pena a la que habría que dotar con las consiguientes garantías o una medida preventiva de naturaleza administrativa a la que no conciernen los principios penales. No es una cuestión sencilla. Al ubicarla en un Real Decreto, el legislador parece indicar que no se trata de una pena. De hecho, no es en absoluto infrecuente la petición de certificado de antecedentes penales para el ejercicio de determinadas profesiones, entre las que, como es lógico, se encuentran aquellas en contacto con personas vulnerables<sup>3</sup>. Sin embargo, no es posible soslayar que se trata de una medida restrictiva de derechos y vinculada a la comisión de un delito, que podría estigmatizar al condenado durante un periodo prolongado de tiempo e impedir su resocialización.

Para corroborar las dudas señaladas, en febrero de 2018, una sentencia de la sección tercera del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Zaragoza anuló el requerimiento a una profesora de secundaria del certificado de antecedentes penales por delitos sexuales, al constatar que es “contrario a diversas reglas y principios de la Constitución española, así como a normas con rango de Ley”. A resultas, el juez consideró que resultaría procedente plantear cuestión de ilegalidad del Real Decreto regulador de los registros. En concreto, se apreció la vulneración del principio de legalidad en varias de sus vertientes (Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Zaragoza 37/2018, de 19 de febrero, f. de D. sexto).

En este contexto, para abordar el estudio de esta medida se examinan separadamente aquellas cuestiones que tienen que ver con el Registro y las relativas a la inhabilitación al acceso y ejercicio de puestos de contacto habitual con menores, entendiendo que ambas plantean, desde el punto de vista jurídico y criminológico, problemas diversos. Tras el análisis crítico de estos dos instrumentos, se analiza si se trata de una medida necesaria y constitucional, para finalizar con algunas conclusiones.

## II. EL REGISTRO CENTRAL DE DELINCUENTES SEXUALES

### 1. La Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia

Según el Preámbulo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia (en adelante, Ley de Protección de la Infancia), el Registro Central de Delincuentes Sexuales tiene como fin “hacer posible un seguimiento y control de las personas condenadas por estos delitos no solo en España sino también en otros países”.

No obstante, su creación se vincula más bien al establecimiento de requisitos de acceso a puestos con contacto con menores, como herramienta de prevención. Concretamente, el apartado 8 del artículo primero (que modifica el artículo 13.5 Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM, en adelante) determina que:

“Será requisito para el acceso y ejercicio a las profesiones, oficios y actividades que impliquen contacto habitual con menores, el no haber sido condenado por sentencia firme por algún delito contra la libertad e indemnidad sexual, que incluye la agresión y abuso sexual, acoso sexual, exhibicionismo y provocación sexual, prostitución y explotación sexual y corrupción de menores, así como por trata de seres humanos. A tal efecto, quien pretenda el acceso a tales profesiones, oficios o actividades deberá acreditar esta circunstancia mediante la aportación de una certificación negativa del Registro Central de delincuentes sexuales.”

La Ley marcó un plazo de 6 meses para la puesta en marcha del Registro<sup>4</sup>, determinando que, hasta entonces, la certificación fuera emitida por el Registro Central de Antecedentes Penales<sup>5</sup>. Esto es, ya en el momento de su creación, el legislador era plenamente

3 Tal y como muestran los estudios de Larrauri, estos listados de profesiones en las que se requiere certificado de antecedentes penales son extensos y variados (Larrauri, E., “¿En qué empleos se exigen los antecedentes penales?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15, 2013).

4 Disposición final decimoséptima, Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

5 Disposición transitoria cuarta, Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

consciente de lo superfluo de la creación de un registro, cuya principal función podía ser llevada a cabo a través de mecanismos ya existentes.

Poco concreta la Ley sobre la específica configuración del Registro. Según su artículo 13, los delitos que comportan su inscripción en registro son: delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, en los que se incluyen la agresión y abuso sexual, acoso sexual, exhibicionismo y provocación sexual, prostitución y explotación sexual y corrupción de menores, así como la trata de seres humanos.

Para Salat Paisal, esto dejaría fuera delitos como los relativos al embaucamiento o el *on line child grooming* (2016b: 7). Sin embargo, el legislador parece remitir a los títulos de los capítulos del Código Penal, por lo que podrían entenderse incluidos, poniendo de manifiesto, en todo caso, una deficiente técnica legislativa, dada su imprecisión (Informe del Consejo Fiscal, 2015: 16; Dictamen del Consejo de Estado, 2015: segundo.V.b). Por su parte, Molina Blázquez considera que podría interpretarse que la Ley se refiere sólo a los delitos contra los menores, aunque no lo establezca expresamente (2016: 4).

Lo que sí resulta llamativo, y constituye un primer ejemplo de la deficiente técnica legislativa empleada, es que este listado difiere del previsto en la Disposición final decimoséptima, en el que no aparece la trata de seres humanos, hecho que sólo puede ser atribuido a un error.

Por lo demás, la disposición final decimoséptima determina que el Registro se nutrirá de los datos del Registro Central de Penados y en el Registro Central de Sentencias de Responsabilidad Penal de los Menores, integrándose en el sistema de registros de apoyo a la Administración de Justicia<sup>6</sup>. El régimen de inscripción y cancelación de asientos y el acceso a la información contenida en aquél habrá de ser fijado por la disposición reglamentaria, asegurando en todo caso su confidencialidad. En cuanto al contenido, el Registro se formará, al menos, con los datos relativos a la identidad y perfil genético (ADN) de las personas condenadas.

Nada se indica, por tanto, sobre el régimen específico de funcionamiento, cuyo desarrollo queda en manos del ejecutivo. Así, la Ley no marca un aspecto de la importancia del plazo de inscripción durante el que permanecerá operativa la restricción al acceso de profesiones con contacto con menores.

## 2. El Real Decreto 1110/2015, de 11 de diciembre, por el que se regula el Registro Central de Delincentes Sexuales

Cinco meses después de la aprobación de la Ley de Protección de la Infancia, se aprobó el Real Decreto 1110/2015, de 1 de diciembre, por el que se regula el Registro Central de Delincentes Sexuales, que incluía algo más de detalle sobre su concreta configuración. En primer lugar, se indica que su objetivo es “contribuir a la protección de los menores contra la explotación y el abuso sexual, con independencia de quién sea el autor del delito, mediante el establecimiento de un mecanismo de prevención que permita conocer si quienes pretenden el acceso y ejercicio de profesiones, oficios y actividades que impliquen el contacto habitual con menores, carecen o no de condenas penales por los delitos a los que se refiere el apartado anterior”. De hecho, el “superior interés del menor” se menciona hasta en 8 ocasiones en un Real Decreto de apenas 8 páginas de extensión.

Además, se enuncia un segundo objetivo: “facilitar la investigación y persecución de los delitos a que se refiere el presente Real Decreto con objeto de proteger a las víctimas menores de edad de la delincuencia sexual, introduciendo medidas eficaces que contribuyan a la identificación de sus autores y de cooperación con las autoridades judiciales y policiales de otros países, en particular con los Estados miembros de la Unión Europea y del Consejo de Europa”. El Informe al Proyecto elaborado por el Consejo Fiscal tildaba este objetivo de “desconcertante”, al no responder a las obligaciones impuestas por los instrumentos internacionales de referencia ni con los preceptos de la Ley, además de estar ya disponible la información en el Registro de Antecedentes Penales y la base de datos de ADN (Informe Consejo Fiscal, 2015:17).

La obligación de registro concurre en “aquellas personas condenadas en sentencia firme por cualquier delito contra la libertad e indemnidad sexuales o por trata de seres humanos con fines de explotación sexual, incluyendo la pornografía, regulados en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, con independencia de la edad de la víctima”. Como se puede observar, la formulación empleada es distinta a la escogida por la Ley de Protección de la Infancia, en lo que podría interpretarse, no sin dificultades, como una remisión a todo el Título VIII del Código Penal sin

6 Según el artículo 1 del Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el Sistema de Registros Administrativos de apoyo a la Administración de Justicia, el sistema se integra por el Registro Central de Penados, el Registro Central para la Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica y de Género, el Registro Central de Medidas Cautelares, el Requisitorias y Sentencias no Firmes, el Registro Central de Rebeldes Civiles, el Registro de Sentencias de Responsabilidad Penal de los Menores y el Registro Central de Delincentes Sexuales.

excepciones (Dictamen del Consejo de Estado, 2015: segundo.V.B.3).

Otro aspecto a destacar es que el Real Decreto establece que el registro recae sobre todos los delitos mencionados “con independencia de la edad de la víctima” (art. 3). Esto es, la medida afecta a todos los condenados por delitos sexuales y no solo a aquellos cometidos contra menores de edad. Se trata de un tema que no estaba claro en el proyecto y que los distintos informes preceptivos pusieron de manifiesto, llegando el Consejo de Estado a condicionar su visto bueno a “delimitar con exactitud el objeto del Registro”, es decir aclarar si el registro afectaba a todo tipo de delitos sexuales o sólo a aquellos cometidos contra menores (Dictamen del Consejo de Estado, segundo.V.B.1).

Además, en el registro no sólo aparecerán adultos condenados por estos delitos, sino también menores infractores. Ello resulta especialmente llamativo teniendo en cuenta que, en teoría, el interés superior del menor es el principio inspirador de este mecanismo de prevención, lo cual, claramente, no incluye a los menores infractores. Difiere también en este punto de la regulación francesa, que prevé la inscripción de menores de entre 13 y 18 años solo si el tribunal o el Fiscal de la República lo requieren expresamente (art. 706-53-2 Code de Procédure Pénale).

También considera polémico este aspecto el Consejo Fiscal, recordando en su informe que la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor (en adelante, LORPM) determina que los datos incluidos en el Registro de sentencias firmes dictadas con arreglo a esta ley “solo podrán ser utilizados por los Jueces de Menores y por el Ministerio Fiscal a efectos de lo establecido en los artículos 6, 30 y 47 de esta Ley (...)”. En este sentido, entendía el Consejo Fiscal que la Ley de Protección de la Infancia constituye *lex posterior* del mismo rango, por tanto, capaz de modificar la LORPM; no obstante, lo cierto es que se trata de una ley ordinaria y no orgánica. En todo caso, como apunta el informe, cualquier otro uso de estos antecedentes que se pretenda incluir por vía reglamentaria no tendrá cobertura legal (Informe Consejo Fiscal, 2015: 13).

Los plazos de cancelación de datos se rigen por la condición de víctima y autor del delito, siendo determinante para la duración de la inscripción que los delitos fueran efectivamente cometidos contra menores de edad.

Así, cuando la víctima del delito fuera mayor de edad o si el condenado lo hubiera sido por hechos cometidos durante su minoría de edad, la cancelación sigue el régimen establecido por el capítulo VI del RD 95/2009, de 6 de febrero por el que se regula el Sistema de Registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia. Para un adulto, ello remite a los plazos habituales del Registro Central de Penados. Es decir, los

establecidos por el artículo 136 del Código Penal, que, tras la reforma operada en 2015, son: 6 meses para las penas leves, 2 años para las penas que no excedan de doce meses y las impuestas por delitos imprudentes, 3 años para las restantes penas menos graves inferiores a tres años, 5 años para las restantes penas menos graves iguales o superiores a tres años y 10 años para las penas graves. Desde luego, en estos casos se plantea lo superfluo de un Registro que no presenta particularidades respecto al Registro Central de Penados, más allá de impedir el acceso a determinados puestos de trabajo (lo cual, como se examinará, también podía conseguirse por otras vías).

Para los menores de edad, el artículo 24 del Real Decreto 95/2009, que regula el sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia, establece la cancelación de las inscripciones transcurridos 10 años a contar desde que el menor hubiera alcanzado la mayoría de edad. El Consejo Fiscal consideraba, en este sentido, que el régimen idóneo de cancelación hubiera sido el de las medidas de seguridad, fijado en el artículo 137 del Código Penal, que determina la cancelación una vez cumplida o prescrita la medida, sin plazos adicionales, opción por la que el legislador, en última instancia, no se decantó.

Según el preámbulo del Real Decreto que regula el Registro Central de Delincuentes Sexuales, este régimen especial para menores de edad tiene por finalidad “posibilitar la reinserción de los menores infractores y evitar su estigmatización”. Sin embargo, en el plazo establecido para menores podrá ser superior que el de los adultos en caso de delitos sexuales sobre víctimas mayores de edad. En todo caso, de esta referencia a la reinserción de los menores se infiere que el régimen ordinario sí obstaculiza tal reinserción y puede estigmatizar dependiendo de su plazo.

Si el condenado fuera mayor de edad y el delito se cometiera contra víctima menor de edad, la cancelación se realizará cuando haya transcurrido el plazo de 30 años desde el cumplimiento de la pena, sin haber vuelto a delinquir. Es decir, durante este período no podrá acceder a un puesto de trabajo de contacto con menores, sobrepasando el periodo de 20 años que establece el artículo 40 para la pena de inhabilitación especial. Así, la cancelación de los antecedentes en el Registro Central de Penados no conllevará su supresión en el Registro Central de Delincuentes Sexuales, si bien no tendrá consecuencias a efectos de apreciar reincidencia, según establece el propio Real Decreto.

La evolución de los plazos durante el proceso de elaboración de las normas constituye una prueba más de lo poco meditado de esta regulación. Inicialmente, los plazos establecidos en el Proyecto eran, en todo caso, los previstos para el Registro Central de Penados. A propósito, el Consejo Fiscal y el Consejo de Estado

cuestionaban en su informe la conveniencia de mantener tales plazos, “pues en relación con determinados delitos asociados a la pedofilia serán insuficientes para proteger a los menores potenciales víctimas”. Adicionalmente, llamaba la atención sobre la innecesariedad de crear un registro paralelo al de antecedentes penales con el mismo régimen de cancelación (Informe Consejo Fiscal, 2015: 19).

La crítica a la regulación finalmente adoptada es la falta de adecuación del plazo respecto a la gravedad del delito cometido (MOLINA BLÁZQUEZ, 2016: 7). Es decir, la extensión de la inhabilitación será la misma (30 años) siempre que la víctima sea menor de edad, independientemente de que la conducta consista en unos tocamientos a un menor de edad sin violencia ni intimidación o un concurso de graves agresiones sexuales sobre un menor de edad.

Esta gradación, sí se encuentra prevista en el modelo francés, que establece un plazo de 30 años si el delito se castiga con penas de 10 años de prisión y 20 en otros supuestos (art. 706.53.4 Code de Procédure Pénale).

La información contenida en el Registro corresponde a la proveniente del Registro Central de Penados y el Registro Central de Sentencias de Responsabilidad Penal de los Menores, en los términos previstos por

el Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el Sistema de Registros Administrativos de apoyo a la Administración de Justicia<sup>7</sup>. A ello se añade el perfil genético (ADN) del condenado, cuando así lo haya acordado el órgano judicial. Ello difiere de lo establecido en la Ley de Protección de la Infancia que parecía pretender incluir esta información con carácter automático<sup>8</sup>, pero responde al régimen previsto por el artículo 129bis del Código Penal. Este artículo constituye una novedad introducida en la reforma operada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, en virtud de la cual, como señalé, el juez podrá acordar la toma de muestras biológicas de su persona y la realización de análisis para la obtención de identificadores de ADN e inscripción de los mismos en la base de datos policial, en casos de delitos graves contra la libertad e indemnidad sexual “cuando de las circunstancias del hecho, antecedentes, valoración de su personalidad, o de otra información disponible pueda valorarse que existe un peligro relevante de reiteración delictiva”. Por su ubicación, se considera una consecuencia accesoria.

Es importante recordar que, en ambos casos, se trata de datos ya disponibles en el Registro de Antecedentes Penales y en la Base de Datos Nacional del Ministerio

7 Remitiendo al Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el sistema de Registros Administrativos de Apoyo a la Justicia, en concreto, se trata de la siguiente información: La información contenida en los Registros Centrales integrados en el Sistema deberá comprender, con carácter general, los siguientes datos: a) Datos identificativos. Nombre y apellidos del condenado, rebelde, sometido a medidas de seguridad o medida cautelar, alias en su caso, sexo, fecha de nacimiento, nombre de los padres, localidad, provincia, país de nacimiento, domicilio conocido, nacionalidad y documento nacional de identidad o NIE, pasaporte o tarjeta de identidad en el caso de los extranjeros, número ordinal informático policial y número de atestado. En relación con las personas jurídicas se hará constar la razón o denominación social, nacionalidad, domicilio social y domicilio fiscal, actividad principal, tipo de sociedad, número o código de identificación fiscal y datos registrales. En el supuesto de entes sin personalidad jurídica se hará constar denominación, número o código de identificación fiscal o cualquier otro dato que sirva para su identificación. Cuando en una misma causa resulten condenadas personas físicas y personas jurídicas o entes sin personalidad se hará constar esta circunstancia en el Sistema de registros de apoyo a la Administración de Justicia. b) Órgano judicial que acuerda la resolución, fecha de la misma, clase y número de procedimiento, y número de identificación general. c) Los datos personales identificativos de la víctima, domicilio o domicilios conocidos de la víctima, y relación de parentesco entre la víctima y el condenado o denunciado siempre que sea necesario y, en todo caso, en los procedimientos de violencia doméstica o de género. d) La condición de menor de edad de la víctima cuando se trate de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Igualmente, según el artículo 9, debe incluirse: Cuando se trate de sentencias firmes que impongan penas o medidas de seguridad a personas físicas mayores de edad, penas a personas jurídicas o consecuencias accesorias a entes sin personalidad se inscribirán, además, los siguientes datos: a) Fecha de la sentencia que imponga la pena o medida de seguridad. b) Fecha de firmeza de la sentencia y fecha de efectos del requerimiento del cumplimiento. c) Órgano judicial sentenciador. d) Condición de reincidente y/o reo habitual del condenado en su caso. e) Órgano judicial de ejecución de la sentencia, en su caso. f) Número y año de la ejecutoria. g) Delito o delitos y precepto penal aplicado. h) Pena o penas principales y accesorias, medida de seguridad y su duración y cuantía de la multa con referencia a su duración y cuota diaria o multa proporcional. i) Fecha de comisión del delito. j) Participación como autor o cómplice y grado de ejecución. k) Sustitución de las penas o medidas de seguridad, en su caso. l) Suspensión de la ejecución de las penas o medidas de seguridad, en su caso, fecha de notificación, así como plazo por el que se concede la suspensión. m) Prórroga del auto de suspensión de las penas. n) Fecha de la revocación del auto de suspensión de las penas o medidas de seguridad. ñ) Fecha de la remisión definitiva de la pena, cumplimiento efectivo de la misma o prescripción. o) Fecha del cese de la medida de seguridad. p) Expulsión y fecha de la misma, cuando se acuerde como sustitución de la pena o medida de seguridad. q) Cumplimiento. r) Acumulación de penas. s) Responsabilidad civil derivada de la infracción penal. t) Resoluciones judiciales que se pronuncien sobre el traslado de la pena de acuerdo con el artículo 130.2 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

8 La disposición adicional decimoséptima se refería a “Se formará, al menos, con los datos relativos a la identidad y perfil genético (ADN) de las personas condenadas por los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, en los que incluyen la agresión y abuso sexual, acoso sexual, exhibicionismo y provocación sexual, prostitución y explotación sexual y corrupción de menores”.

de Interior sobre identificadores obtenidos a partir de ADN.

Si, efectivamente, entre los objetivos del registro se encuentra “facilitar la investigación y persecución de los autores de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, hubiera sido necesario regular la obligación de suministrar y actualizar la información regularmente, en particular en caso de modificación de domicilio. Se trata de un aspecto fundamental en los registros de otros países para cuyo incumplimiento se prevén severas sanciones<sup>9</sup>.

Según el artículo 8, tendrán acceso directo a la información contenida en el Registro: jueces y tribunales de cualquier orden jurisdiccional a los efectos de su utilización en los procedimientos y actuaciones de los que estén conociendo en el ámbito de sus respectivas competencias (en este caso, también tendrán acceso a los datos de las inscripciones canceladas); el Ministerio Fiscal, cuando ello resulte necesario para el cumplimiento de sus funciones legalmente atribuidas; y la policía judicial, a través de los funcionarios autorizados que desempeñen estas funciones, en tanto sea necesario para el ejercicio de las competencias previstas en el artículo 549.1 de la LOPJ, en relación con la prevención, persecución y seguimiento de las conductas inscritas en este Registro.

Está previsto también que las entidades públicas de protección de menores competentes territorialmente puedan obtener la información necesaria para “valorar la situación de desprotección de un menor respecto de quien sea su progenitor, tutor, guardador o acogedor, aún sin consentimiento de aquél y siempre que no se trate de información reservada a Jueces y Tribunales” (artículo 9). Además, y aquí reside la clave, el propio titular interesado podrá solicitar certificado de los datos relativos a su persona o certificaciones negativas respecto a quienes no figuren inscritos.

El Registro y sus consecuencias son automáticas para todos los delitos señalados, sin ningún tipo de valoración del riesgo de reincidencia. Además, tiene carácter retroactivo, ya que contiene toda la información que consta en el Registro Central de Penados<sup>10</sup>.

Los defectos técnicos de la normativa son evidentes y se ponen de manifiesto en su versión final, pero, sobre

todo, en el proyecto. A la imprecisión señalada de las listas de delitos a los que afecta el registro y a sus fines, se unen otros problemas no menores. Uno de los más importantes concierne a la propia disposición.

Más allá del discutido empleo de un real decreto para regular el Registro<sup>11</sup>, varios informes apuntan al hecho de que, en lugar de aprobar un Real Decreto *ad hoc* para regular este registro, hubiera sido preferible reformar el Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia, con el fin de evitar la dispersión normativa (Informe CGPJ, 2015:21). El legislador justificó este uso en los siguientes términos:

“el perentorio plazo de seis meses que establece la disposición final decimoséptima de la Ley 26/2015 para dictar la disposiciones reglamentarias oportunas relativas a la organización del Registro Central de Delincuentes Sexuales aconseja abordar su creación —siempre según la memoria— mediante una norma exclusiva, toda vez que la reforma del Real Decreto 95/2009, en la medida en que implica la modificación de otros aspectos no exclusivamente referidos a la creación del Registro Central de Delincuentes Sexuales, exige una mayor reflexión y petición de informe a otros sectores implicados en la reforma, de la misma manera que se ha hecho en las anteriores reformas del Real Decreto 95/2009, todo lo cual conduciría previsiblemente al incumplimiento del plazo de seis meses previsto en la Ley”<sup>12</sup>.

Para el Consejo de Estado, el plazo no justifica la opción elegida y entiende que la regulación del Registro a través de disposición independiente al margen del Real Decreto 95/2009 no es la decisión más adecuada (Dictamen Consejo de Estado, 2015: segundo V.A).

Otros problemas que también afectaban a la calidad de la norma y fueron detectados en los informes previos a su aprobación corresponden a los tiempos verbales empleados, el uso de una denominación incorrecta del RD 95/2009, la errónea numeración de las disposiciones, el contenido inadecuado de la disposición transitoria única del proyecto o la omisión del artículo de referencia en la disposición final primera (Dictamen Consejo de Estado, 2015: segundo; Informe CGPJ, 2015: 20-ss).

9 Sí se regula esta obligación, tanto en el FIJAISV francés como en los registros estadounidenses. Por ejemplo, en Francia, esta confirmación se hará en el momento del registro con confirmación anual, así como en caso de cambio de residencia en un plazo máximo de 15 días tras el cambio. Si el sujeto fue condenado con una pena de 10 años de prisión, la confirmación de residencia habrá de tener lugar cada 6 meses. En caso de que la peligrosidad del sujeto lo justifique a criterio del tribunal y también en el caso de reincidentes la frecuencia será mensual (art. 706-53-5 Code de Procédure Pénale).

10 Así lo determina la Disposición Adicional Primera al determinar que “los datos (...) que figuren inscritos con anterioridad a la entrada en vigor del presente real decreto, se remitirán automáticamente al Registro Central de Delincuentes Sexuales en el estado en que se encuentren”.

11 Véase infra apartado V 2.1.

12 Cursiva añadida, Memoria de impacto normativo, citada en Dictamen Consejo de Estado, primero.

### III. LA INHABILITACIÓN PARA EL ACCESO Y EJERCICIO DE PROFESIONES, OFICIOS Y ACTIVIDADES QUE IMPLIQUEN CONTACTO HABITUAL CON MENORES

El fin último de la creación del Registro Central de Delincuentes Sexuales es, en principio, impedir a condenados por delitos sexuales el acceso a puestos de contacto con menores. Con ella, se restringe al acceso a determinadas profesiones (las que conlleven contacto con menores), al igual que opera la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o la inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales. Por tanto, su contenido se presenta como idéntico al de las inhabilitaciones especiales contenidas en el Código Penal. Para Molina Blázquez, pocas dudas pueden albergarse respecto a la naturaleza de inhabilitación de esta medida (2016:1).

Existen algunas dudas sobre la interpretación de las “profesiones, oficios y actividades que impliquen contacto habitual con menores” a los que se refiere la normativa. Hay casos muy claros, como los docentes (de educación infantil, primaria, secundaria y bachillerato, aunque también la universitaria en lo que se refiere al primer semestre del primer curso). No obstante, en otras instancias resulta menos claro, especialmente teniendo en cuenta la referencia no sólo a “profesiones” y “oficios”, sino también a “actividades”.

La Agencia Española de Protección de Datos publicó un informe emitido a resultados de una consulta sobre este aspecto. Erigida en intérprete de la norma, la Agencia considera que para determinar si se trata de “profesión, oficio y actividad que implique contacto habitual con menores” habrá que seguir “un criterio casuístico, que habrá de valorar para cada puesto de trabajo, y no objetivo o genérico”, pero que en línea con el espíritu y finalidad del precepto, lo relevante será que “la profesión en sí misma implique, por su propia naturaleza y esencia, un contacto habitual con menores” (en otros términos se refiere el Informe a que los menores sean “destinatarios prioritarios” de la actividad). Así, se excluirían profesiones destinadas a la prestación de servicios para el público en general. Quizás, como sugiere Salat Paisal, hubiera sido aconsejable optar por listados como los existentes en Reino Unido (2016b:12).

Un segundo problema es determinar quién estará a cargo del control del acceso a estos puestos. De nuevo, suscita menos dudas el ámbito docente, sujeto a control por las autoridades educativas competentes. En el caso de empresas privadas (centros de ocio infantil, centros de idiomas, etc.) existe más incertidumbre, debiendo entender que es el empleador quien está obligado a exi-

gir la certificación y la Inspección de Trabajo llevará el control correspondiente (Informe Consejo Fiscal, 2015: 23).

Otra incógnita es si habrá de requerirse el certificado regularmente (por ejemplo, con carácter anual), para así asegurar que el trabajador continúa sin haber cometido delitos sexuales. No existe ninguna referencia en este sentido en el Real Decreto regulador del Registro Central de Delincuentes Sexuales, ni tampoco en el Real Decreto del sistema de registros de la Administración de Justicia. Pero a ello parece conducir el que se requiera la falta de antecedentes no solo para el acceso, pero también para el ejercicio de la profesión.

Una dificultad adicional la representan quienes han residido fuera de España. El Real Decreto se refiere expresamente a los extranjeros, al determinar en el artículo 9 que “los ciudadanos de origen extranjero o que tuvieran otra nacionalidad, deberán, además, aportar certificación negativa de condenas penales expedido por las autoridades de su país de origen o de donde sean nacionales respecto de los delitos relacionados en el apartado 1 del artículo 3”. No obstante, la coherencia obligaría a vincular esta circunstancia no tanto con la nacionalidad u origen, sino más bien con la residencia fuera de España, ya sea por parte de nacionales o extranjeros.

En principio, como señalé, no existen sanciones específicas por incumplimiento, como sí ocurre en Francia o Estados Unidos. Ello podría deberse al hecho de que, a diferencia de la regulación de estos países, en España no se impone obligación alguna al inscrito (en particular, la actualización periódica de la información). Con todo, hay que entender que existen consecuencias legales para los centros de trabajo que no soliciten los preceptivos certificados o que contraten a sujetos inscritos para realizar las actividades mencionadas.

Una vez examinados los aspectos fundamentales del régimen jurídico del Registro y de su principal consecuencia, procede valorar la idoneidad de la adopción de esta medida en nuestro ordenamiento.

### IV. ¿ERA NECESARIA LA CREACIÓN DE UN REGISTRO?

#### 1. ¿Era obligatoria su adopción?

El legislador presentó el registro como una obligación adquirida por España al ratificar el Convenio relativo a la Protección de los Niños contra la explotación y abuso sexual, de 25 de octubre de 2007 (Convenio de Lanzarote, en adelante) y a la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2011/93/UE, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión

marco 2004/68/JAI del Consejo (Directiva 2011/93/UE, en adelante)<sup>13</sup>.

No obstante, es posible cuestionar que exista una obligación como tal de crear un registro específico para delincuentes sexuales (SALAT PAISAL: 2016). En primer lugar, la Directiva 2011/93/UE recoge, en los considerandos y no en el articulado del texto, una serie de medidas que los estados podrían adoptar en la lucha contra los delitos sexuales contra menores, entre los que se encuentran los registros para delincuentes sexuales. Esta posibilidad se expresa en los siguientes términos:

“Los Estados miembros podrán considerar la adopción de medidas administrativas adicionales en relación con los delincuentes, tales como establecer la inscripción de personas condenadas por las infracciones contempladas en la presente Directiva en registros de delincuentes sexuales”<sup>14</sup>.

El empleo de la expresión “podrán” es suficientemente elocuente en lo que respecta a la obligatoriedad de su adopción. Ahora bien, sí se establece más taxativamente en el articulado de la Directiva la inhabilitación derivada de una sentencia condenatoria:

“Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los empresarios, al contratar a una persona para realizar actividades profesionales o actividades de voluntariado organizadas que impliquen contactos directos y regulares con menores, tengan derecho a solicitar información, de conformidad con el Derecho nacional, por cualquier medio apropiado, como el acceso previa petición o a través del interesado, de la existencia de condenas por infracciones contempladas en los artículos 3 a 7 que consten en el registro de antecedentes penales, o de cualquier inhabilitación para ejercer actividades que impliquen contactos directos y regulares con menores derivada de dichas condenas penales”<sup>15</sup>.

Es decir, el control es obligatorio, pero no necesariamente debe llevarse a cabo a través de un registro *ad hoc*.

En segundo lugar, el Convenio de Lanzarote impone, en su artículo 37, la adopción de “medidas legislativas

o de otro tipo que sean necesarias para recoger y almacenar, de conformidad con las disposiciones aplicables sobre protección de datos de carácter personal y otras normas y garantías apropiadas que el derecho interno prevea, los datos relativos a la identidad y perfil genético (ADN) de las personas condenadas por los delitos tipificados con arreglo al presente Convenio”. En el propio informe explicativo del Convenio se indica que esto no tiene por qué llevarse a cabo a través de la configuración de una base de datos, ni de una única base de datos<sup>16</sup>.

La inhabilitación está contemplada en el artículo 5.3 del Convenio, también como una obligación de medios abiertos, determinando que “[c]ada Parte adoptará, de conformidad con su derecho interno, las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las condiciones de acceso a las profesiones cuyo ejercicio conlleve el contacto habitual con niños garanticen que los aspirantes a ejercer dichas profesiones no hayan sido condenados por actos de explotación o abuso sexual de niños”.

Es decir, aunque se impone a los Estados parte un control para el acceso a profesiones con contacto regular con menores, nada obliga a que ello se lleve a cabo mediante un registro específico en los términos previstos en la Ley española.

## 2. ¿Era necesaria su adopción?

Una vez determinado que la creación del Registro no era obligatoria, procede establecer si es una herramienta necesaria en nuestro ordenamiento para el control del acceso a profesiones con contacto con menores.

Por una parte, en cuanto al acceso a la información, ya existían otros medios para controlar el acceso a las profesiones de contacto con menores, como el Registro Central de Penados, el Registro Central de Sentencias de Responsabilidad Penal de los Menores o la Base de Datos Nacional del Ministerio de Interior sobre identificadores obtenidos a partir de ADN. De hecho, el Real Decreto 95/2009, por el que se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de

13 Con detalle sobre el Derecho Penal europeo en la materia, DE LA MATA BARRANCO, N., *Derecho Penal europeo y legislación española: las reformas del Código Penal*, Valencia, 2015, 67-81.

14 Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2011/93/UE, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, considerando 43.

15 Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2011/93/UE, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, artículo 10.2.

16 Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse - Explanatory Report - [2007] COETSER 1 (25 October 2007), article 37 para. 245. “Article 37 does not impose the establishment of a «database», still less a single database. The data in question and the past history of the persons concerned may therefore very well be included in separate databases. This means it is also possible for information about sex offenders to exist in databases that do not necessarily contain only information about such offenders”.

Justicia establece en su preámbulo respecto al Registro de Medidas Cautelares, Requisitorias y Sentencias no firmes que:

“aunque este Registro no está concebido como registro específico de agresores sexuales, sin duda alguna su puesta en funcionamiento contribuirá a prevenir la especial reincidencia que se produce en estos tipos delictivos. Por otro lado, uno de los objetivos perseguidos es la protección específica de las víctimas de delitos contra la libertad e indemnidad sexual que sean menores de edad. Así, uno de los aspectos novedosos que reflejará la información contenida en el Registro será precisamente la condición de menor de edad de las víctimas de esta clase de delitos, proporcionando tanto a los Juzgados y Tribunales como a la Policía Judicial nuevos elementos de conocimiento que permitan una protección más eficaz de los menores”.

También al introducir el artículo 129bis, donde se regula el registro de ADN para condenados por determinados delitos graves cuando exista un peligro relevante de reiteración delictiva, el legislador explicaba que se hacía con la finalidad de incorporar las previsiones del Convenio de Lanzarote y la jurisprudencia del TEDH<sup>17</sup>.

En cuanto al acceso a profesiones que impliquen contacto con menores, sin duda, existen medios extrapenales que pudieran resultar útiles a tal fin (LARRAURI, 2010). Pero también desde el ámbito penal, el Código penal ya contaba con medios suficientes para garantizar que los condenados por delitos sexuales no accedan ni ejerzan puestos en contacto habitual con menores. En primer lugar, existe la pena de inhabilitación especial prevista en el Código Penal en el artículo 33. En segundo lugar, la reforma operada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, introdujo una inhabilitación especial para los delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años y prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores. Se trata del artículo 192.3, que establece que:

“A los responsables de la comisión de alguno de los delitos de los Capítulos II bis o V se les impondrá, en todo caso, y sin perjuicio de las penas que correspondan con arreglo a los artículos precedentes, una pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por un tiempo superior entre tres y cinco años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, o por un tiempo de dos a diez años cuando no se hubiera impuesto una pena de prisión atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los delitos cometidos y a las circunstancias que concurran en el condenado”.

Además, según el artículo 192.1 del Código Penal, también podría imponerse en estos delitos la medida de seguridad de libertad vigilada consistente en “la prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza” (art. 106.1.i CP). Su duración iría de 1 a 10 años, dependiendo de la gravedad del delito cometido.

Es decir, la medida contenida en la Ley de Protección de la Infancia ya estaba prevista, aunque con un régimen diverso (en concreto, una duración menor y proporcional a la gravedad del delito cometido). Con ello, se produce un inaceptable solapamiento de medidas de idéntico contenido y régimen jurídico contradictorio. Así, a la vista de lo expuesto, pueden entenderse sobradamente cumplidas las obligaciones impuestas por la Directiva y el Convenio de Lanzarote.

### 3. ¿Era conveniente su adopción?

Aún no siendo obligatorio ni necesario, el registro podría considerarse conveniente por tratarse de una herramienta específica para delincuencia sexual, que resultara más efectiva. Suele considerarse que, entre los rasgos característicos de la delincuencia sexual, se encuentra la elevada reincidencia. Referencias a esta circunstancia pueden encontrarse en diferentes documentos oficiales. Así lo hace la propia Directiva en su artículo 10 (“A fin de evitar el riesgo de reincidencia en los delitos”), pero de forma mucho más acusada en el Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia, en cuyo preámbulo determina el legislador, a propósito de agresores sexuales y el Registro de Medidas Cautelares, Requisitorias y Sentencias no Firmes, “contribuirá a prevenir la especial reincidencia que se produce en estos tipos delictivos”<sup>18</sup>.

Con todo, los datos no apuntan a este tipo de conclusiones generales para delincuentes sexuales. Más bien, se constata una gran diversidad dependiendo de la concreta tipología sexual cometida y de otros aspectos, como la aplicación de tratamiento al penado. También es un hecho poco conocido el que, incluso en casos de reincidencia, la mayoría de los sujetos comete delitos no sexuales (REDONDO/ MANGOT, 2017:18).

Tanto el Consejo Fiscal como el Consejo de Estado argumentan en su informe al Real Decreto que la pedofilia es un trastorno y que “el hecho de que se haya cumplido la pena y se hayan cancelado los antecedentes penales en modo alguno acredita que no se siga padeciendo este trastorno, con el consiguiente peligro de permitir el acceso a una persona que la sufre a un empleo o puesto que

17 L.O.1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/ 1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, Preámbulo.

18 Por su parte, el informe del CGPJ hace referencia a la “especial reincidencia en los delitos sexuales” (Informe CGPJ, 2015: 21).

le va a permitir tener contacto con menores de edad” (Informe Consejo Fiscal, 2015: 20; Dictamen Consejo de Estado, 2015: segundo.V.B.5). Efectivamente, la inhabilitación para puestos de contacto regular con menores es adecuada y necesaria para personas con este trastorno. No obstante, es imprescindible recordar que no todos los condenados por delitos sexuales son pedófilos; ni siquiera es posible afirmar que todos los condenados por delitos sexuales contra menores lo sean<sup>19</sup>.

En este sentido, llama la atención el carácter automático y general de la inscripción en Registro e inhabilitación para cualquier condenado por delito sexual (desde el acoso sexual hasta las agresiones sexuales) independientemente de la edad de la víctima. Este funcionamiento difiere del adoptado en las restantes herramientas señaladas, como el Registro de ADN, que, según el artículo 129bis, establecerá el juez o tribunal en función de la peligrosidad (literalmente, del “peligro relevante de reiteración delictiva”) o las inhabilitaciones. Es decir, la decisión de inscribir datos de ADN en un registro (sin más consecuencias que el almacenamiento de la información) habrá de adoptarla un juez en función del riesgo de reincidencia, mientras que la el Registro Central de Delincuentes Sexuales, que conlleva inhabilitación de 30 años es automática.

Otra fuente de información para valorar la idoneidad de los registros son los resultados obtenidos desde su puesta en marcha. Según los datos disponibles, en 2016 se solicitaron un total de 1.985.551 certificados, de los cuales 534 fueron positivos (es decir, un 0,027%). En 2017, 1.996.658 lo solicitaron, siendo 517 positivos (0,026%)<sup>20</sup>. Parece evidente que no podemos afirmar que, en todos aquellos casos donde el certificado fue positivo, el sistema ha evitado la comisión de delitos sexuales sobre menores. De hecho, para evaluar estas cifras, sería preciso acceder a los datos desagregados con el fin de identificar, al menos, el tipo delictivo cometido<sup>21</sup>.

## V. ¿ES CONSTITUCIONAL?

### 1. ¿Es una pena?

Para poder valorar la constitucionalidad de la medida, resulta fundamental la discusión en torno a su natu-

raleza. Es decir, determinar si estamos ante una pena, una sanción o una simple “medida de protección de los menores”<sup>22</sup>. Este debate también se ha producido en el caso de otros países que la prevén.

En EE.UU. la jurisprudencia ha examinado con cierto detalle la naturaleza civil o penal de la obligación de inscripción en registro. Para ello, se tuvo en cuenta que el fin establecido por el legislador era crear un régimen civil no punitivo (Smith v. Doe, 538 U.S., 84 (2003), 85). Ahora bien, teniendo en cuenta las características de dichos registros y sus consecuencias sobre derechos constitucionales básicos, varias sentencias entraron a valorar si, a pesar de la intención del legislador, sus efectos eran punitivos. Su calificación penal tendría enormes consecuencias a efectos de la aplicación de los principios propios de dicho ámbito, como el de irretroactividad o el de proceso debido.

En sentencias como Smith v. Doe, la Corte Suprema determinó que “la imposición de medidas restrictivas para delincuentes sexuales considerados peligrosos es un objetivo legítimo gubernamental no punitivo” (Smith v. Doe, 538 U.S., 84 (2003), 85). Entre los argumentos manejados que permitirían establecer su naturaleza civil se encontraban: su reciente origen, que sugeriría que no fue concebido como una medida penal; que no impusiera ninguna restricción física a los inscritos, que gozaban de plena libertad de movimiento. En cuanto a su fin, la Corte entendió que no tenía fin retributivo, ya que la obligación de informar respondía a su peligro de reincidencia, lo cual correspondería al objetivo normativo y no punitivo. Además, la Ley respondía a un fin no punitivo de seguridad pública, que se llevaba a cabo advirtiendo al público del riesgo existente por la presencia de un delincuente sexual en su comunidad. Finalmente, la decisión del Estado de legislar respecto a los delincuentes sexuales en su conjunto, en lugar de determinar la peligrosidad individual de cada uno, no convertía a la disposición en penal. Estos argumentos llevaron a la Corte a concluir que no se trataba de una medida penal (Smith v. Doe, 538 U.S., 84 (2003), 86 y 87). Algunas instancias han entendido, no sin cierta polémica<sup>23</sup>, que incluso la sanción que se impone a quien incumple la obligación de registro constituye una

19 Con detalle sobre este desorden clínico, véase RAMOS VÁZQUEZ, J.A., *Política criminal y cultura del abuso sexual a menores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

20 Entre el 1 de enero y el 31 de mayo de 2018, de las 652.940 peticiones, 48 fueron positivas. Fuente de datos: Ministerio de Justicia.

21 El Ministerio de Justicia afirma no disponer de tal información, por cuanto “la aplicación del Registro Central de Delincuentes Sexuales no está, a día de hoy, diseñada para realizar una explotación estadística con respecto a los certificados positivos emitidos” (respuesta a solicitud de acceso a información pública de 19 de octubre de 2016).

22 Esto alegó la Abogacía del Estado en el proceso ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Zaragoza 37/2018, de 19 de febrero, f. de D. sexto B.

23 De hecho, en primera instancia, varias sentencias alcanzaron conclusiones diversas: sentencia del Ninth Circuit en Smith v. Doe consideró que el objetivo de los registros es retributivo (Doe 1 v. Otte, 259 F. 3d 979 (C.A. 9 2001)). También los votos particulares emitidos

medida no penal, a pesar de que se regula en el código penal y que prevé una pena de diez años de prisión<sup>24</sup>.

En Francia, la aplicación y funcionamiento del FIJAIS ha dado lugar a jurisprudencia de la *Cour de Cassation*, en particular debido a su aplicación retroactiva a sujetos condenados antes de la puesta en marcha del registro, a su polémica naturaleza no penal o a su aplicación proveniente de condenas no firmes<sup>25</sup>. El Consejo Constitucional también examinó la constitucionalidad de la medida, estableciendo que las disposiciones relativas al FIJAIS “no implican una vulneración excesiva ni del respeto a la vida privada ni de las exigencias del artículo 9 de la Declaración de 1789”<sup>26</sup>, otorgando especial relevancia a la estricta confidencialidad en el acceso al registro<sup>27</sup>.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha tenido oportunidad de pronunciarse a propósito de los registros para delincuentes sexuales en varias ocasiones. La primera de ellas, en 1999, como consecuencia del recurso presentado por David Adamson, a quien, tras haber sido condenado por un delito sexual a 5 años de prisión en 1995, le fue aplicada la *Sex Offenders Act 1997*, que le obligaba al registro durante un período indefinido tras su puesta en libertad. Para la Corte, habida cuenta de la importancia de los fines perseguidos por la Ley de registro y dada la gravedad de los delitos sexuales, respecto a los cuales los estados tienen una especial obligación de tomar medidas para proteger los individuos, el requisito de dar información a la policía no podía ser considerado desproporcionado con los fines perseguidos (*Decision as to the admissibility of David Adamson v. the United Kingdom*, 5).

El FIJAIS francés también suscitó jurisprudencia ante la Corte Europea de Derechos Humanos. Se trata, en concreto, de tres sentencias (M.B. contra Francia, B.B. contra Francia y Gardel contra Francia) resultantes de las demandas interpuestas por tres inscritos en el fichero, alegando infracción de los artículos 5, 6, 7 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (*Affaire M.B. c. France*, requête n.º 22115/06, párrafo 3). En última instancia, la Corte también entendió que la me-

didada no era de naturaleza punitiva y que por tanto no constituía pena en el sentido del artículo 7.1 (*Gardel v. France Judgment*, application n.º 16428/05, 17 December 2009, párrafos 35-ss).

No obstante, todas estas valoraciones se refieren a la medida consistente en el registro, que no tiene más consecuencias que la obligación de actualizar la información regularmente y la posibilidad de imponer una sanción ante el incumplimiento de estas obligaciones. En el contexto español, es crucial tener presente que la principal consecuencia del registro es la inhabilitación para puestos de acceso con menores. De hecho, la inhabilitación constituye la razón de ser del registro, ya que precisamente se creó para poder implementarla.

Resulta revelador que la Directiva 2011/92/UE se refiera a ella como “inhabilitación derivada de sentencias condenatorias”. No obstante, el legislador español determina, en el Preámbulo del Real Decreto, que las inscripciones en el registro “no se constituyen como pena sino como una medida para la protección de la infancia y adolescencia”. Esa era también la línea seguida por el CGPJ en su Informe al Proyecto, en el que señalaba que “no constituye medida de naturaleza penal o sancionadora, sino una medida de carácter preventivo de esta especial forma de delincuencia” (Informe CGPJ, 2015: 31), “un instrumento de información al servicio de la protección frente a la delincuencia sexual y al servicio de la protección de la infancia” y que, por tanto, “debe desterrarse desde ahora cualquier connotación punitiva o sancionadora de los efectos derivados de su contenido” (Informe CGPJ, 2015: 14).

Ello le permitía concluir que no existe afección al principio de reinserción ni es de aplicación el principio de irretroactividad previsto para normas penales. Con todo, reconocía que es una medida que afecta a derechos fundamentales, recordando que los derechos no son absolutos, sino que están sometidos a límites (Informe CGPJ, 2015: 14, 15 y 31). Uno de los motivos para considerar que no se trata de una pena es que “no se altera en lo sustancial la situación jurídica de quienes, como autores responsables de los delitos

---

a las sentencias de la Corte Suprema se muestran críticos con las conclusiones alcanzadas. Para el juez Stevens, la publicación de datos en el registro es un “componente permisible del castigo en esta categoría de delitos” (Justice Stevens Dissenting Opinion, *Smith v. Doe*, 538 U.S., 84 (2003), 114). Para los jueces Ginsburg y Breyer, la ley de registro es “ambigua en cuanto a su objetivo y punitiva en sus efectos” (Justice Ginsburg and Justice Breyer Dissenting Opinion, *Smith v. Doe*, 538 U.S., 84 (2003), 118). Véase, “Making outcasts out of outlaws: the unconstitutionality of sex offender registration and criminal alien detention”, en *Harvard Law Review*, 114, 2004, p. 2731.

24 Con detalle en YUNG, C. R.: “The emerging criminal war on sex offenders”, en *Harvard Civil Rights-Civil Liberties law review*, 45, 2010, p. 13.

25 Entre otras, *Cour de Cassation*, Chambre criminelle, 05-87153, 31 octobre 2006.

26 Décision du Conseil Constitutionnel n.º 2004-492 DC du 2 mars 2004, §87 y 88: “[T]eniendo en cuenta, de un lado, las garantías aportadas por las condiciones de utilización y de consulta del fichero y por la atribución de la autoridad judicial del poder de inscripción y retirada de datos nominativos y, de otro, la gravedad de los de las infracciones que justifican la inscripción de datos nominativos en el fichero y la tasa de reincidencia que caracteriza este tipo de infracciones, la naturaleza de las disposiciones examinadas es asegurar el respecto de la vida privada y el orden público, una conciliación que no está manifiestamente desequilibrada”

27 Commentaire de la Décision n.º 2004-492 DC du 2 mars 2004, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, apartado II.

de naturaleza sexual figuran inscritos en los registros” (Informe CGPJ, 2015: 33). De nuevo, todo ello es aplicable al registro, pero resulta abiertamente falso en lo que concierne a la inhabilitación.

Por su parte, el Consejo Fiscal se refería en su informe a la medida como una “*sui generis*” inhabilitación (Informe del Consejo Fiscal, 2015: 13), considerando, no obstante, que “la limitación de acceso a estos puestos no está concebida como una pena, sino como una regulación de la actividad en protección de los menores afectados por la misma” (Informe del Consejo Fiscal, 2016:19).

Como señalé, aquí se encuentra la clave del debate sobre la constitucionalidad de la medida. Para evitar incurrir en la constante petición de principio a la que parecen aferrarse el legislador y los informes, que reside en afirmar que no se trata de una pena porque el legislador así lo establece, conviene examinar los rasgos característicos de esta medida.

Precisamente al analizar la naturaleza jurídica de los registros de delincuentes sexuales, el TEDH ha establecido una serie de criterios que la constituyen como concepto autónomo y permiten ir “más allá de las apariencias”, para constatar si una determinada medida constituye una pena. En primer lugar, como presupuesto de partida, que la medida se imponga tras una condena penal. Otros factores a considerar son: la caracterización de la medida en Derecho nacional, su naturaleza y fin, el procedimiento para su aplicación y, finalmente, su severidad (entre otras, *Adamson v. the United Kingdom* (dec.), no. 42293/98, 26 January 1999).

En este caso, el aspecto determinante es la cuestionable vinculación de la medida de inhabilitación a la comisión de un delito (MOLINA BLÁZQUEZ, 2016: 7). Es decir, como señala la Sentencia 37/2018, se produce una restricción de derechos como consecuencia de la comisión de ilícitos penales. Además, se trata de una medida más severa que la propia pena de inhabilitación especial prevista en el Código Penal. No obstante, el Derecho nacional no lo considera una pena y el procedimiento para su aplicación es de naturaleza administrativa.

Es también crucial tener en cuenta que el contenido de la medida es idéntico al de la inhabilitación especial y a la específica prevista para delincuentes sexuales

contenida en el artículo 192.3 del Código Penal. Estas últimas están consideradas inequívocamente penas<sup>28</sup>. Más allá de la distinta duración de la inhabilitación, lo único que diferencia a esta pena de la inhabilitación consecuencia del registro es su ubicación por parte del legislador en el Código Penal. Ambas constituyen una consecuencia aparejada a la comisión de un delito con idéntica afectación a los derechos del condenado.

Considerando la carga preventiva del registro, podría argumentarse que se trata de una medida de seguridad. Eso explicaría su conexión con el delito cometido, permitiendo primar el propósito de prevención. Es innegable la semejanza con la libertad vigilada, que podrá consistir, tal y como marca el artículo 106.1.i en “la prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza”.

Finalmente, otra posibilidad sería entender que no se trata de una pena ni una medida, sino de una consecuencia accesoria. Ello se derivaría no sólo del hecho de que constituya un efecto de la comisión de un delito, sino de su parecido con el registro de ADN regulado en el artículo 129bis, ubicado en el Título VI del Código Penal denominado “de las consecuencias accesorias”, donde se regulan otras consecuencias como el comiso.

El artículo 129bis establece la posibilidad de que el juez o tribunal determine el registro de ADN a condenados por determinados delitos entre los que se encuentran los sexuales, “cuando de las circunstancias del hecho, antecedentes, valoración de su personalidad, o de otra información disponible pueda valorarse que existe un peligro relevante de reiteración delictiva”<sup>29</sup>. Dada su ubicación, la inclusión de ADN en el registro se considera, no una pena, pero sí una consecuencia accesoria, no sin polémica. Así, autores como Ramón Ribas la concibe como una medida de seguridad, en tanto va dirigida a combatir la peligrosidad criminal de personas físicas (RAMÓN RIBAS, 2015: 890).

Desde luego, no se trata de un debate meramente terminológico. De su consideración de pena, medida de seguridad, consecuencia accesoria o simple medida de policía se derivan una serie de garantías, entre ellas, su imposición por parte de un juez o tribunal. Estamos, así, ante un verdadero fraude de etiquetas (SALAT PAISAL, 2016:10).

28 También la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Zaragoza 37/2018, de 19 de febrero señala esta similitud con la pena y medida de inhabilitación.

29 Artículo 129bis del Código Penal: “Si se trata de condenados por la comisión de un delito grave contra la vida, la integridad de las personas, la libertad, la libertad o indemnidad sexual, de terrorismo, o cualquier otro delito grave que conlleve un riesgo grave para la vida, la salud o la integridad física de las personas, cuando de las circunstancias del hecho, antecedentes, valoración de su personalidad, o de otra información disponible pueda valorarse que existe un peligro relevante de reiteración delictiva, el juez o tribunal podrá acordar la toma de muestras biológicas de su persona y la realización de análisis para la obtención de identificadores de ADN e inscripción de los mismos en la base de datos policial. Únicamente podrán llevarse a cabo los análisis necesarios para obtener los identificadores que proporcionen, exclusivamente, información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo”.

## 2. Vulneración de principios

### A) Principio de legalidad

La atribución de naturaleza de pena tiene un enorme impacto en la aplicación de principios como el de legalidad. Primero y principal, si efectivamente se trata de una pena o medida de seguridad, su regulación debía haberse llevado a cabo a través de Ley Orgánica. En todo caso, sea o no una pena, la inhabilitación es claramente una medida restrictiva de Derechos, por lo que debería estar sujeta a reserva de ley (MOLINA BLAZQUEZ, 2016: 6).

El Informe del CGPJ incidía en este aspecto ampliamente. En primer lugar, señalaba la conveniencia de que se hubiera recurrido a una ley, al menos ordinaria, para regular la materia, “en la medida en que se ven concernidos derechos de raigambre constitucional — intimidad y vida privada y autodeterminación informativa— que entran en liza y cuya confluencia debe ser resuelta mediante la aplicación de los principios constitucionales”. Al optar por un Real Decreto, señalaba que “se incurre en una deslegalización excesiva o en un exceso de habilitación que necesariamente ha condicionado el contenido de la norma proyectada que es objeto de informe, y condiciona asimismo una eventual posterior modificación, confiriendo al ejecutivo potestades normativas que, sin embargo, aparecen reservadas al poder legislativo” (Informe CGPJ, 2015:10).

A pesar de la dureza de estas afirmaciones, de las que, en última instancia, se derivaría la inconstitucionalidad de la norma, considera el informe que la reserva de ley sobre su configuración se satisface mediante su creación y determinación del contenido mínimo en la disposición adicional decimoséptima de la Ley de Protección de la Infancia, “sin perjuicio de que hubiera sido deseable que la regulación del tratamiento de los datos incorporados al mismo se contuviera en una norma con rango legal” (Informe CGPJ, 2015:19).

Por su parte, la Sentencia 37/2018 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Zaragoza percibía un problema a efectos de la reserva de ley, por entender que la inhabilitación requería su regulación con rango de ley (Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Zaragoza 37/2018, de 19 de febrero, f. de D. quinto).

En segundo lugar, también resulta controvertida la aplicación retroactiva de la inhabilitación. El Informe del CGPJ la consideraba posible al no tratarse de una pena, ya que la irretroactividad solo está prevista para normas penales, sancionadoras o restrictivas de derechos. Esto constituye una contradicción, al haber afirmado anteriormente la afección directa a derechos fundamentales, como la vida privada y la intimidad. Así, entendió que era constitucional “bien por tratarse de un supuesto de retroactividad impropia o de mera

retrospección o de retroconexión, que no se incardina en el ámbito prohibido de la retroactividad de la norma sancionadora no favorable o *in malam partem* que garantiza el artículo 9.3 de la Constitución” (Informe CGPJ, 2015: 3).

Para llegar a tal conclusión se basaba en la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2009, según la cual “la prohibición de retroactividad que se impone al legislador y a los tribunales de justicia no comprende todos los derechos, ni siquiera los adquiridos, sino que se refiere únicamente a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas o en la esfera general de protección de la persona y a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio de la persona” (STS 5059/2009, de 21 de julio, f. de D. tercero).

En la reciente Sentencia 37/2018 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Zaragoza se considera posible la aplicación retroactiva, ya que se trata de un requisito impuesto no sólo al acceso al puesto de trabajo, sino también para su ejercicio. En la medida en que un sujeto pretenda continuar ejerciendo una profesión con contacto regular con menores, habrá de acogerse al requerimiento del certificado del Registro Central de Delincuentes Sexuales (Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Zaragoza 37/2018, de 19 de febrero, f. de D. quinto).

Ahora bien, esta sentencia sí considera que existe un quebranto del principio de legalidad en un tercer sentido, al vulnerar el principio de jerarquía normativa. En concreto, denuncia la contradicción con el Código Penal desde múltiples puntos de vista: por establecer un plazo más dilatado que los de cancelación de antecedentes penales, por su solapamiento con la inhabilitación del 192.3 del CP o con la consecuencia accesoria del 129bis.

Así, en primer lugar, “se sustrae de la potestad de los Jueces y Tribunales la facultad de valorar las circunstancias y requisitos que el artículo 192.3 CP dispone para la imposición o no de la pena de inhabilitación especial”. Además, en segundo lugar, esta limitación se extiende a muchos más delitos de los incluidos en el Código Penal. En tercer lugar, el período de tiempo de limitación es mucho más extenso (Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Zaragoza 37/2018, de 19 de febrero, f. de D. quinto).

Como determina la Sentencia:

“También hay que tener en cuenta que la inhabilitación en el Código penal es siempre una pena o medida que se debe imponer de forma expresa en la correspondiente sentencia. Puede ser pena principal o pena accesoria, pero siempre se debe fijar en la sentencia. Sin embargo, en el sistema del Real Decreto 110/2015 se trata de una medida «tácita», que no hace falta que se plasme en la sentencia. No se trata de que el legislador no pueda fijar esta medida

de manera «tácita», sino que se trata de que mediante un Real Decreto se ha regulado esta materia desconociendo el contenido del Código Penal”.

### *B) Principio de proporcionalidad*

Dados los plazos establecidos para la cancelación de la inscripción en el Registro, se plantea, además, una posible vulneración del principio de proporcionalidad. Así lo entiende la Sentencia 37/2018, que constató su vulneración. Haciéndose eco de los argumentos expuestos por Molina Blázquez, son cuatro los motivos por los que este principio se considera infringido. Primero, porque no existe ninguna relación entre la gravedad del hecho y la reacción del ordenamiento jurídico. Segundo, porque el plazo de cancelación es idéntico sea cual sea el delito cometido por un adulto contra un menor. Tercero, porque no existe posibilidad alguna de cancelar los datos inscritos en el registro antes de que hay transcurrido dicho plazo. Y cuarto y último, porque no sólo no se comprueba si realmente la persona condenada es un peligro para los menores, sino que el ordenamiento jurídico ni siquiera da opción a dicha comprobación (Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Zaragoza 37/2018, de 19 de febrero, f. de D. quinto).

El informe del CGPJ consideraba que el plazo fijado es proporcional, pero esta valoración se hizo cuando el Proyecto se acogía a los plazos de cancelación de los antecedentes penales. Con todo, indica que una ampliación de los plazos (como la que efectivamente se llevó a cabo) “superaría un juicio de necesidad y de proporcionalidad cuando el grado de reincidencia y la especial gravedad de esta forma de delincuencia justificasen contemplar la rehabilitación del delincuente y la prevención especial más allá de los horizontes temporales sobre los que gravita la cancelación de los antecedentes penales”. Para ello, consideraba imprescindible fijar una serie de limitaciones a su funcionamiento, como la existencia de unos presupuestos y requisitos autónomos para obtener la cancelación de las inscripciones del registro y un límite temporal (Informe CGPJ, 2015: párrafo 65).

Por su parte, en la inhabilitación para delitos sexuales prevista en el artículo 192.3 del Código Penal, la duración de la pena se hace depender de la privación de libertad. Así, la inhabilitación lo será “por un tiempo superior entre tres y cinco años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, o por un tiempo de dos a diez años cuando no se hubiera impuesto una pena de prisión atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los delitos cometidos y a las circunstancias que con-

curran en el condenado”. Lo mismo ocurre con la inhabilitación por condena por un delito de odio del artículo 510.5, que hace depender su extensión de la privación de libertad impuesta, así como a la “gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente”. También es posible la gradación de la duración de la pena de inhabilitación para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales del artículo 337.3 del Código Penal. Se evidencia, por tanto, la vulneración del principio de proporcionalidad de la inhabilitación derivada de inscripción en el Registro Central de Delincuentes Sexuales.

### *C) Principio de reinserción social*

La inscripción en el registro y su consiguiente efecto inhabilitante se produce tras el cumplimiento de la condena. Por ello, se cuestiona, adicionalmente, la infracción del principio de reinserción social. Para el CGPJ, este principio no se encuentra comprometido, por considerar que “no se trata de una pena ni una medida de seguridad de naturaleza penal propiamente dicha, sino de una información archivada para la consecución de las finalidades legítimas” (Informe CGPJ, 2015:15). De nuevo, el informe parece olvidar que su valoración debe recaer también —o principalmente— sobre la inhabilitación resultante de la inscripción. Molina Blázquez cuestiona estos argumentos, constatando la vulneración del principio, dado que los plazos de cancelación son más largos que para la cancelación de antecedentes penales y que el registro no es un mero archivo de información (MOLINA BLÁZQUEZ, 2016: 6).

Como señalé, no es infrecuente la petición de un certificado de antecedentes penales para el acceso a un puesto de trabajo, si bien en muchos casos no se trata de una exclusión directa siendo posible una valoración según el tipo de delito cometido<sup>30</sup>. Así, la intensidad de la inhabilitación (prohibición absoluta de acceso y ejercicio), así como su extensión (hasta 30 años) permiten diferenciarla y valorar su incidencia en las posibilidades de reinserción de quien ya ha cumplido con la pena impuesta por el juez.

## VI. CONCLUSIONES

### **1. La adopción del registro y la inhabilitación no es el resultado de obligaciones internacionales**

Aunque la adopción de esta medida se presenta como imperativa y consecuencia de las obligaciones internacionales adquiridas por España, en realidad no era así.

30 Al respecto, el trabajo desarrollado por Larrauri y Rovira plasmado en <https://www.upf.edu/web/antecedentespenales/efectos-en-el-mundo-del-trabajo> (último acceso, 18 de julio de 2018).

El registro específico era solo una de las distintas posibilidades existentes y el control imperativo de acceso se podía llevar a cabo a través de medios existentes. Se recurre así, de nuevo, como motivo de reforma a “esta coartada ya tan cansina como falaz de la armonización y transposición de la normativa europea e internacional” (GONZÁLEZ CUSSAC, 2015: 18), que efectivamente opera como excusa para emprender reformas que exceden las directrices provenientes de los documentos internacionales y que tienen más bien fines simbólicos.

## 2. Derecho Penal del enemigo contra delincuentes sexuales

La inhabilitación consecuencia del registro constituye un nuevo paso en la demonización de los delincuentes sexuales. Para Salat Paisal, este endurecimiento en materia sexual responde a una confluencia de presiones internacionales y la propia tendencia político-criminal adoptada por el legislador español (SALAT PAISAL, 2016a: 284). Como señala certeramente Cuerda Arnau, en materia sexual, las últimas reformas han supuesto una “inversión de las directrices que guiaron la regulación original de esta materia en el Código Penal de 2015” (CUERDA ARNAU, 2017: 2). Así, los condenados por delitos sexuales se enfrentan a sanciones adicionales, que se prorrogan incluso tras el cumplimiento de su pena.

## 3. Carácter superfluo de la medida

Incluso aceptando la conveniencia de la adopción de la medida, como se ha estudiado, nuestro ordenamiento disponía ya de suficientes medios para impedir el ejercicio de profesiones de contacto con menores a delincuentes sexuales. Por una parte, la información del Registro Central de Delincuentes Sexuales ya se encontraba disponible en el Registro de Penados, el Registro Central de Sentencias de Responsabilidad Penal de los Menores o la Base de Datos Nacional del Ministerio de Interior sobre identificadores obtenidos a partir de ADN.

Por otra, la inhabilitación podía lograrse por otras vías. Más allá de su posible regulación administrativa, destaca la inhabilitación especial, la inhabilitación específica para delincuentes sexuales del artículo 192.3 e incluso la libertad vigilada del artículo 192.1. Es decir, existen penas y medidas de seguridad que podrían cubrir la función asignada a esta presunta “medida de policía”. La flagrante desconsideración del legislador del

ordenamiento denota una profunda irresponsabilidad y no puede más que ser calificado como lamentable.

## 4. Hasta la pena y más allá: las sanciones invisibles

Es posible cuestionar la naturaleza de la inhabilitación regulada en el RD 1110/2015. El legislador opta por no integrarla en el Código Penal y por configurarla como automática, no sometida al arbitrio de un juez. Sin embargo, constituye una restricción de derechos, vinculada a la comisión de un delito, idéntica a las inhabilitaciones previstas en el Código Penal. Parece así integrarse en lo que se denominan penas invisibles o “tácitas”, ya que el condenado no sabe de ellas hasta un momento posterior a su condena (DÍEZ RIPOLLÉS, 2017: 19).

Esta corriente de endurecimiento postpenitenciario tampoco es una novedad. Aunque ha pasado relativamente desapercibido, la reforma de 2015 elevó los plazos de cancelación de los antecedentes penales (en el caso de las penas menos graves, de 3 años pasaron a 5 años de duración en el caso de penas iguales o superiores a 3 años, para las penas graves, el plazo se duplicó, pasando de 5 a 10 años), sin justificación alguna y con enormes consecuencias a efectos de cuestiones de la importancia de la agravante por reincidencia o de la suspensión de la pena, pero también, en otro plano, para el incremento de la población penitenciaria<sup>31</sup>.

Como apunta Tamarit Sumalla, este aumento de los plazos “responde a una concepción de rehabilitación menos comprometida con el objetivo de facilitar la reinserción social de los penados y más atenta a aquellas demandas sociales de poder conocer los antecedentes de los individuos condenados a penas más graves” (2015: 938). En este contexto, el registro aparece como el último eslabón en el control de condenados que ya han cumplido la pena que les fue impuesta por un juez y que, sin embargo, se enfrentan a medidas restrictivas de derechos.

## 5. La medida vulnera principios penales

Más allá de las objeciones a la medida del Registro Central de Delincuentes Sexuales, indudablemente, y sumando otro rasgo característico de la política criminal actual, la técnica legislativa empleada ha sido sumamente defectuosa. Sirva como ejemplo el recurso a una ley ordinaria y a un Real Decreto para modificar una Ley Orgánica y regular una medida restrictiva de Derechos. Efectivamente, las infracciones a los principios de legalidad y proporcionalidad son, quizás, las más evidentes.

31 Así lo denunció Díez Ripollés en su comparecencia ante el Congreso de los Diputados, Comparecencia para informar en relación con el proyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, X Legislatura, 2014, núm. 527, p. 6.

Pero también se constata una vulneración del principio de reinserción de forma automática y sin intervención judicial, al imponer medidas restrictivas de derechos más allá del cumplimiento de la pena impuesta en la sentencia. Resulta plenamente aplicable la referencia de Díez Ripollés a la “revalorización de la estigmatización social como mecanismo de control” que emerge tras los registros policiales y penales (2017: 19).

Para garantizar el respeto de los principios, una inhabilitación de hasta 30 años habría de acordarla un juez, atendiendo a la gravedad del delito cometido y las circunstancias particulares del caso.

### 6. La prevención general como estandarte

Este tipo de acciones preventivas se convierten, fácilmente, en una pendiente resbaladiza (¿por qué limitar el acceso a estos empleos de contacto con menores solo a delincuentes sexuales? ¿Y otros delitos como, por ejemplo, aquellos que atentan contra la vida? ¿Por qué sólo limitar empleos con menores? ¿Y otros colectivos vulnerables como los dependientes?). Así lo demuestra la experiencia estadounidense, donde los excondenados constituyen ciudadanos de segunda clase, desprovistos de gran cantidad de derechos. Son numerosos los estudios que reflejan las dificultades de estas personas para acceder al mercado laboral, precisamente por el habitual control de antecedentes penales para casi cualquier tipo de trabajo (Jacobs/ Larrauri, 2016; Rovira, 2016).

Nadie duda que la protección de los menores es un fin legítimo del ordenamiento y que, en este sentido, es necesario controlar que aquellas personas que ocupan puestos en contacto con menores sean idóneas para ello. Esa idoneidad puede incluir cuestiones de relevancia penal como la condena por determinados delitos, pero también ha de incluir aspectos extrapenales (¿es adecuado que una persona racista, homófoba o colérica sea docente?). La prevención, en definitiva, es algo mucho más complejo que lo que pretende transmitir el legislador con la adopción de esta propagandística medida y una verdadera apuesta por el principio de reinserción social de las penas requiere una acción legislativa experta y meditada.

### BIBLIOGRAFÍA

ALONSO RIMO, A., “La publicidad de los antecedentes penales como estrategia de prevención del delito”, *Revista General de Derecho Penal*, 17, 2012.  
CUERDA ARNAU, M.L., “Irracionalidad y ausencia de evaluación legislativa en las reformas de los delitos sexuales contra menores”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19, 2017.

DE LA MATA BARRANCO, N., *Derecho Penal europeo y legislación española: las reformas del Código Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.  
DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “El abuso del sistema penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-01, 2017.  
DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “Sanciones adicionales a delincuentes y exdelincuentes. Contrastes entre los Estados Unidos de América y los países nórdicos europeos”, *Indret*, 4, 2014.  
FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C., “Intimidad y publicidad de los antecedentes penales. Los registros para delincuentes sexuales”, en Doval Pais, A. (Dir.), *Nuevos límites penales para la autonomía individual y la intimidad*, Aranzadi, 2015, 211-244.  
FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C., “Registros de delincuentes sexuales y prevención del delito. Análisis de la experiencia estadounidense”, *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXIV, 2014, 383-422.  
GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.  
JACOBS, J./ LARRAURI, E., “¿Son las sentencias públicas? ¿Son los antecedentes penales privados? Una comparación de cultura jurídica de Estados Unidos y España”, *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, 4, 2010.  
JACOBS, J./LARRAURI, E., “European Criminal Records & Ex-Offender Employment”, *Oxford Handbooks Online*, New York: Oxford University Press, 2016.  
LARRAURI, E., “¿En qué empleos se exigen antecedentes penales?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15, 2013. Información actualizada en la web <https://www.upf.edu/web/antecedentespenales/certificado-de-antecedentes-penales>  
MOLINA BLÁZQUEZ, M. C., “A propósito de la constitucionalidad del Real Decreto 110/2015 que regula el Registro de Delincuentes Sexuales”, *La Ley Penal: revista de Derecho Penal, procesal y penitenciario*, 119, 2016.  
RAMÓN RIBAS, E., “Artículo 129bis”, en Quintero Olivares, G., *Comentarios al Código Penal español*, 7ª ed., 2015, 890-896.  
RAMOS VÁZQUEZ, J.A., *Política criminal y cultura del abuso sexual a menores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.  
REDONDO, S./MANGOT, A., “Génesis delictiva y tratamiento de los agresores sexuales: una revisión científica”, *e-Eguzkilore. Revista Electrónica de Ciencias Criminológicas*, 2, 2017.

- ROVIRA SOPENA, M., “Antecedentes penales y mercado laboral”, tesis doctoral disponible en <https://www.tdx.cat/handle/10803/392632>.
- SALAT PAISAL, M., “El registro de delincuentes sexuales español: su regulación jurídica y su efecto en la prohibición para desempeñar profesiones que impliquen contacto habitual con menores”, *Revista General de Derecho Penal*, 2016b.
- SALAT PAISAL, M., “Las consecuencias sancionatorias aplicables a los delincuentes sexuales tras las últimas reformas legislativas”, *Estudios Penales y Criminológicos*, XXXVI, 2016a.
- TAMARIT SUMALLA, J.M., “Artículo 136”, en Quintero Olivares, G., *Comentarios al Código Penal español*, 7ª ed., 2015, 938-942.
- URBANO BERISTAIN, A., “Artículo 129bis”, en Gómez Tomillo, M., *Comentarios prácticos al Código Penal*, 1ª ed., 2015
- <https://www.upf.edu/web/antecedentespenales>
- Dictamen del Consejo de Estado al Proyecto de Real Decreto por el que se regula el Registro Central de Delincuentes Sexuales de 3 de diciembre de 2016.
- Informe del Consejo Fiscal al Proyecto de Real Decreto por el que se regula el Registro Central de Delincuentes Sexuales de 16 de octubre de 2015.
- Informe del Consejo General del Poder Judicial a Proyecto de Real Decreto por el que se regula el Registro Central de Delincuentes Sexuales de 13 de octubre de 2015.