

## **LAS CONSECUENCIAS SANCIONATORIAS APLICABLES A LOS DELINCUENTES SEXUALES TRAS LAS ÚLTIMAS REFORMAS LEGISLATIVAS\***

**Marc Salat Paisal\*\***  
Profesor de Derecho Penal  
Universidad de Lleida

**Resumen:** En el presente trabajo se aborda el análisis del nivel de cumplimiento por parte del Estado español de los requerimientos internacionales en materia de sancionatoria aplicables a delincuentes sexuales. La aprobación del Convenio de Lanzarote de 2007 y de la Directiva europea 2011/93/UE ha comportado la necesidad de adaptar el ordenamiento jurídico-penal de los distintos Estados europeos con el objetivo de introducir distintas medidas de obligatoria imposición a los sujetos que cometen delitos contra la libertad e indemnidad sexual siempre que la víctima del delito sea menor de edad. El objeto del presente trabajo consiste en determinar las concretas medidas reguladas por los dos instrumentos legislativos internacionales y como han sido observadas por parte del legislador español. Para ello, se realiza también un breve análisis de derecho comparado en el que se aborda la positivización de

---

Recibido: noviembre 2015. Aceptado: marzo 2016

\* Trabajo realizado en el marco del proyecto I+D sobre “Protección jurídico-penal de la libertad e indemnidad sexual de los menores” (DER2012-38559-C03-03).

\*\* Quisiera agradecer a la Profa. Carolina Villacampa los comentarios realizados al presente trabajo.

las distintas medidas por parte de Alemania, el Reino Unido, Francia e Italia.

**Palabras clave:** sanciones, delincuentes sexuales, inhabilitación especial, registro ADN, registro de delincuentes sexuales

**Abstract:** In this paper I analyze the level of compliance with international requirements applicable sanction regarding sex offenders by Spain. The approval of the Lanzarote Convention 2007 and the European Directive 2011/93 / EU have led to the need to adapt the legal and penal systems of the different European States with the aim of introducing the imposition of mandatory measures against sex offenders when the victim is a minor. The purpose of this work is to determine the specific measures governed by two international legal instruments and how they have been observed by the Spanish legislature government. Also, I make a brief analysis of comparative law in some States that had implemented these measures.

**Keywords:** sanctions, sex offenders, disqualification, DNA registration, registration of sex offenders

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Las exigencias derivadas de la legislación internacional. 2.1. La Directiva europea 2011/93/UE. 2.2. Disposiciones adoptadas por el Consejo de Europa. 3. La adecuación a las exigencias sancionatorias internacionales en el derecho comparado. 3.1. La inhabilitación para el ejercicio de actividades o profesiones que impliquen contacto con menores de edad. 3.2. El derecho de los empresarios a conocer los antecedentes penales por la comisión de delitos de carácter sexual y las inhabilitaciones para ejercer actividades que impliquen contacto con menores. 3.3. El registro de ADN. 3.4. La creación de un registro de delincuentes sexuales. 4. La regulación española. 4.1. La inhabilitación para el ejercicio de actividades o profesiones que impliquen contacto con menores de edad. 4.2. El derecho de los empresarios a conocer los antecedentes penales. 4.3. La creación de un registro para la obtención y el almacenamiento de los perfiles de ADN. 4.4. La creación de un registro de delincuentes sexuales. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía

## 1. Introducción

Durante el año 2015 el legislador español ha aprobado dos importantes disposiciones normativas que enmiendan el régimen de consecuencias penales que resultan de imposición a sujetos condenados por la comisión de delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Se trata de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que, entre otras, modifica la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante Ley 26/2015).

En el primer caso, la LO 1/2015 introduce en el Código Penal español una nueva consecuencia accesoria regulada en el reciente art. 129 bis CP, consistente en la obligación de que los condenados por determinados delitos graves proporcionen muestras biológicas y permitan la realización de análisis para la obtención de identificadores de ADN para que los mismos sean inscritos en la base de datos policial. Asimismo, la reforma del CP modifica el art. 192.3 CP, en el sentido de introducir una pena de inhabilitación especial para el ejercicio de cualquier profesión u oficio que conlleve contacto regular y directo con menores de edad de obligada imposición a los condenados por la comisión de determinados delitos de carácter sexual.

En el segundo caso, la Ley 26/2015 modifica el art. 13 de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor. Introduce a través de un nuevo apartado quinto la prohibición de que los condenados por delitos de carácter sexual ejerzan profesiones que impliquen contacto habitual con menores. A la par obliga al Gobierno español, a través de la disposición final decimoséptima, a dictar las disposiciones normativas necesarias para crear un registro de delinquentes sexuales.

Esta oleada normativa que el legislador español emprende en relación con el régimen de consecuencias jurídico-penales

frente a delincuentes sexuales no es casual. El resultado de las distintas reformas introducidas en el ordenamiento jurídico español es consecuencia de la confluencia de las presiones internacionales en materia de delincuencia sexual, en concreto en aquellos casos en que la víctima es menor de edad, y de la propia tendencia político-criminal en esta materia adoptada por el propio legislador español, que ha encontrado —una vez neutralizada la organización terrorista ETA— en los delincuentes sexuales un nuevo enemigo común contra el que luchar.

En el plano internacional, en relación con las sanciones aplicables a delincuentes sexuales en 2007 se aprobó el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre (en adelante Convenio de Lanzarote), ratificado por el Estado español en julio de 2010 (BOE nº274, de 12 de noviembre de 2010). A su vez, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa aprobó la resolución 1733 (2010) sobre medidas contra delincuentes sexuales. Finalmente, la Unión Europea aprobó la Directiva 2011/93/UE<sup>1</sup>, 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 (DOUE 13/12/2011). También, aunque no sea objeto de estudio en el presente trabajo, no es nada desdeñable la Recomendación CM/Rec (2014) 3 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, relativa a los delincuentes peligrosos, por la que se recomienda a los Estados miembros introducir medidas postpenitenciarias dirigidas a contrarrestar la peligrosidad criminal de los delincuentes imputables peligrosos en sus respectivos ordenamientos jurídicos.

---

1 Aunque en ocasiones es citada como 2011/92/UE, la referencia de la directiva fue corregida posteriormente a través de un *corrigendum* (DOUE de 21/01/2012).

Por su parte, el legislador español, siguiendo la estela iniciada por los Estados Unidos<sup>2</sup> y que ha impregnado la mayoría de las legislaciones de los Estados europeos del área de influencia para España<sup>3</sup>, ya desde las reformas de 2003, pero sobre todo a partir de la reforma de CP operada por la LO 5/2010, ha iniciado una política legislativa punitivista frente a cualquier sujeto condenado por la comisión de un delito de carácter sexual. En este sentido, a través de las reformas de 2003 se incluyó como delito la mera posesión de pornografía infantil o el proxenetismo no coercitivo de personas adultas y, entre otras cuestiones, se operó una elevación generalizada de los marcos penales de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. La reforma de 2010 estableció como obligatorio el periodo de seguridad de las penas de prisión imponibles a delincuentes sexuales condenados por delitos en los que la víctima fuera menor de 13 años, creó un nuevo capítulo al título VIII del libro II del CP, relativo a los delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de 13 años a la par que se incrementaron las penas de los delitos sexuales cometidos contra éstos e introdujo una nueva medida de seguridad de (casi)obligatoria imposición a sujetos imputables que hubieran cometido delitos sexuales: la medida de seguridad de libertad vigilada.

En este contexto, el presente trabajo tiene por objeto analizar las reformas operadas por la LO 1/2015 y la Ley 26/2015 en el sistema de sanciones penales aplicables a delincuentes sexuales. Para ello, se examinará el contenido de las obligaciones internacionales contraídas por España en esta materia. Posteriormente, se analizará cómo han influido en los ordenamientos jurídicos de los principales Estados europeos y finalmente cómo dichas obligaciones han sido adaptadas a nuestro Derecho interno por el legislador español.

- 
- 2 Ampliamente, véase VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, Valencia, 2015, pp. 79-106.
  - 3 SALAT PAISAL, M., *La respuesta jurídico-penal a los delincuentes imputables peligrosos: especial referencia a la libertad vigilada*, Cizur Menor, 2015,

## 2. Las exigencias derivadas de la legislación internacional

### 2.1. La Directiva europea 2011/93/UE

La Directiva europea 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, con la finalidad de prevenir la comisión de futuros delitos contra la libertad e indemnidad sexual exige, junto con la obligación de incriminar una serie de conductas contra la libertad e indemnidad sexual en las que la víctima sea menor de edad, que los Estados parte incorporen en sus respectivos ordenamientos jurídicos dos consecuencias jurídicas que afectan a los sujetos condenados por alguno de los delitos establecidos en la Directiva. Los concretos delitos son aquellos regulados en los artículos 3 a 7 de la citada Directiva y equivalen —aunque con peculiaridades— a los siguientes delitos en el ordenamiento jurídico-penal español: el delito de abusos sexuales a menores de 16 años (art. 183 CP), el delito de abusos sexuales a menores de edad entre 16 y 17 años (art. 181 CP), el delito de agresiones sexuales a menores entre 16 y 17 años (art. 178 CP), el delito de corrupción de menores (art. 183 bis CP), los delitos de pornografía infantil (art. 189 CP), los delitos de prostitución infantil (art. 188 CP) y el delito de *online child grooming* y embaucamiento para la obtención de material pornográfico (183 ter CP).

La primera de las consecuencias que la normativa europea establece es la relativa a que los sujetos condenados por alguno de los delitos indicados en la propia Directiva puedan ser inhabilitados para el ejercicio de actividades que impliquen el contacto directo y regular con menores de edad (art. 10.1 Directiva 2011/93/UE).

Aunque la Directiva no establece qué debe entenderse por «actividades», sí distingue entre aquellas actividades profe-

---

pp. 65-276, donde se muestra el incremento punitivo frente a los delincuentes peligrosos y en especial a los delincuentes sexuales que se ha producido desde los años 90 hasta la actualidad en Estados Unidos, Inglaterra y Alemania.

sionales y no profesionales, siendo las primeras las que deberían en todo caso quedar cubiertas por las inhabilitaciones. Respecto a las no profesionales, el legislador europeo concede un margen de discrecionalidad a los Estados miembros sobre el hecho de incluirlas o no como objeto de la inhabilitación<sup>4</sup>. Dada la diferenciación entre unas y otras, debe entenderse que las actividades profesionales son aquellas derivadas de la profesión o que son el empleo (por cuenta propia o ajena) de una persona y, por el contrario, son no profesionales aquellas actividades fruto del voluntariado. Resulta más difícil aún poder determinar qué debe entenderse por «contactos directos y regulares con menores». Ello queda claro en profesiones como profesor de primaria o secundaria, monitor de actividades extraescolares, pediatra, cuidador de menor, etc. Sin embargo, en no pocas profesiones puede llegar a ser harto complicado determinar si existe un contacto directo y regular con menores o, existiendo éste, si dicho contacto tiene entidad suficiente para que en caso de condena por la comisión de alguno de los delitos deba imponerse dicha inhabilitación. Así, por ejemplo, puede parecer disparatado que la inhabilitación también deba imponerse al conductor de autobús de una línea habitualmente usada por menores de edad para ir al colegio, al conserje de una escuela o al trabajador de una tienda de dulces a la que acostumbran a acudir menores de edad sin compañía de adultos. Ante tal situación deberán ser cada uno de los Estados miembros quienes dentro de los márgenes concedidos por la Directiva delimiten qué debe entenderse por contactos directos y regulares con menores<sup>5</sup>.

---

4 No fue hasta una versión más avanzada de la propuesta de Directiva cuando se decidió introducir de forma expresa la posibilidad de que la inhabilitación se aplicara también a actividades de voluntariado. Véase la propuesta inicial de Directiva presentada por la Comisión Europea presentada el 25 de marzo de 2009 (2009/0049 (CNS)).

5 Así se establece en el considerando 40 de la propia Directiva europea 2011/93/UE. En este mismo sentido, JACOBS, J. B. / BLITSA, D., “US, EU & UK Employment Vetting as Strategy for Preventing Convicted Sex Offenders from Gaining Access to Children”, *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, Paper 365, 2012, p. 15.

Por suerte, el texto europeo no obliga a los Estados miembros a establecer una inhabilitación especial de preceptiva imposición a todos y cada uno de los individuos condenados por alguno de los delitos antes mencionados, sino todo lo contrario. Únicamente debe, según la Directiva, imponerse una inhabilitación especial para el ejercicio de actividades que impliquen contacto con menores en aquellos casos en que se constate la existencia de un riesgo de comisión de nuevos delitos de la misma naturaleza. De hecho, la Directiva plantea la posibilidad de imponer con carácter potestativo la inhabilitación especial para el ejercicio de profesión u oficio solamente en aquellos casos en que quede acreditado tal riesgo de reincidencia. No se pronuncia, en cambio, sobre el resto de casos. Es decir, respecto de los supuestos en que no exista un riesgo de comisión de futuros delitos de la misma naturaleza.

La discrecionalidad con que se ha regulado la imposición de la inhabilitación debe influir en la falta de concreción en relación con las profesiones objeto de inhabilitación. De este modo, en aquellos supuestos límite, en que es difícil determinar si se produce un contacto directo y habitual entre el condenado y los menores, únicamente debería acordarse la imposición de una inhabilitación especial cuando quedara acreditado no sólo el riesgo de reincidencia, sino el aprovechamiento de su trabajo o empleo para la comisión del delito por el que fue condenado y el o los delitos respecto de los que se estime que existe un riesgo que pueda cometer en el futuro.

Finalmente, la duración de la inhabilitación podrá establecerse con carácter temporal o incluso permanente. De una interpretación literal del texto no parece posible inferir que los Estados estén obligados a prever una duración permanente pero tampoco que solo deba ser temporal. Literalmente el art. 10.1 de la Directiva establece: «A fin de evitar el riesgo de reincidencia en los delitos, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que una persona física que haya sido condenada por una infracción contemplada en los artículos 3 a 7

pueda ser inhabilitada, con carácter temporal o permanente, para el ejercicio de actividades, al menos profesionales, que impliquen contactos directos y regulares con menores».

A diferencia de lo que sucede en relación con las actividades que quedan englobadas por la inhabilitación, pues el texto legal diferencia entre las profesionales y las no profesionales, al establecer que únicamente las primeras son de obligatoria inclusión por parte de los Estados, el legislador europeo no hizo lo mismo respecto a la duración. En este caso, sólo se dice que la duración debe tener carácter temporal o permanente, sin concretar si los legisladores nacionales deben prever ambos tipos de duraciones o por el contrario se trata de un mandato alternativo. Esto es, que la prohibición se configura, bien con carácter temporal, bien con carácter permanente. Para una correcta interpretación parece necesario acudir al considerando 40 de la Directiva. En él se establece que la inhabilitación debe imponerse, por regla general, por un período temporal determinado pero que en aquellos casos en que resulte necesario la pena deberá tener una duración permanente. A pesar de que los considerandos deban tenerse en cuenta para interpretar los preceptos legales contenidos en el texto, estimo que el considerando citado se excede de su función, hasta el punto que realiza una interpretación extensiva *in malam partem* del art. 10.1 Directiva, prohibida por el principio de legalidad penal, pues obliga a que deba las inhabilitaciones se prevean también con carácter permanente. Parece más acertado interpretar que la Directiva permite prever que la duración de la inhabilitación se regule, bien únicamente con carácter temporal, bien con una duración indefinida. Luego, en este último caso deberá entenderse que si puede imponerse con carácter perpetuo deberá ser igualmente posible imponerse con carácter temporal. En este caso, para cumplir con las exigencias europeas —y a su vez no vulnerar el principio de dignidad humana de las penas— será suficiente con regular la pena de inhabilitación especial prevista en la Directiva con una duración temporal.

Paralelamente, la Directiva obliga a que los Estados miembros adopten las medidas necesarias para que los empresarios, en el momento de contratar a una persona —y no una vez ha sido contratada<sup>6</sup>— en un puesto que implique contacto directo y regular con menores puedan conocer de la existencia de antecedentes penales por alguno de los delitos establecidos en la propia Directiva o de la existencia de cualquier inhabilitación para ejercer actividades que impliquen contactos directos y regulares con menores de quienes pretenden contratar (art. 10.2 Directiva 2011/93/UE).

Como se ha indicado, el texto legal exige que los Estados tomen alguna medida para que los empresarios puedan conocer de la existencia de condenas o inhabilitaciones especiales de los individuos que pretenden contratar, ya sea de forma retribuida o no. No obstante, nada se dice sobre el medio por el cuál debe articularse dicha obligación; cómo cada concreto Estado debe facilitar que los empresarios puedan conocer la antedicha información. Únicamente se establecen, a modo de ejemplo, dos posibles vías a través de las que se puede dar cumplimiento a la exigencia europea. Una primera, consistente en que sea el empresario quien directamente acceda a esta información. La segunda referida a que el empresario solicite dicha información al futuro trabajador. Tal extremo queda dilucidado con la lectura del considerando 40 de la Directiva, donde se establece que deberán ser los Estados parte quienes establezcan el modo de facilitar dicha información así como el concreto contenido a informar, además de determinar, tal como se ha indicado *supra*, qué debe entenderse tanto por actividades de voluntariado organizado como por contactos directos y regulares con menores.

El concepto de empresario, en cambio, sí que es definido por la norma. Así, según el mismo considerando 40, la noción

---

6 Así lo advierte JACOBS, J. B. / BLITSA, D., “US, EU & UK Employment Vetting as Strategy for Preventing Convicted Sex Offenders from Gaining Access to Children”, *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, Paper 365, 2012, p. 17.

de empresario también debe abarcar a las personas que están al frente de una organización dedicada a labores de voluntariado que guarden relación con la vigilancia o el cuidado de menores y que impliquen contactos directos y regulares con ellos. En el caso de actividades de voluntariado parece que a la exigencia de que exista un contacto directo y regular con un menor se añade que las actividades guarden relación con la vigilancia y el cuidado de menores, lo que limita su ámbito de aplicación. Resulta criticable, no obstante, la técnica legislativa seguida, pues si se pretendía ordenar un concepto legal de empresario hubiera sido más acertado que ello se hubiera establecido en la parte dispositiva de la Directiva y no en el preámbulo o considerandos.

A modo de recapitulación, la Directiva europea 2011/93/UE prevé, por un lado, la obligación de que los Estados miembros adapten sus ordenamientos jurídicos de modo que permitan inhabilitar a aquellos sujetos condenados por alguno de los delitos previstos por el propio texto normativo para el ejercicio de profesiones o actividades que impliquen un contacto directo y regular con menores de edad siempre y cuando ello se considere necesario. Por otro lado, se dispone que los Estados deban permitir que los empresarios puedan conocer si un individuo al que quieren contratar ha sido condenado por la comisión de alguno de los delitos previstos en la Directiva o si está inhabilitado para ejercer actividades que impliquen un contacto directo y regular con menores. La primera de las medidas no presenta más problemas que los arriba mencionados sobre la interpretación del concepto de «contacto directo y regular con menores». La segunda medida, en cambio, presenta mayores problemas, no sólo relativos a su implementación, sino sobre todo por la afectación de derechos fundamentales de los sujetos condenados que procede implicar.

La previsión de ambas medidas de forma conjunta resulta ciertamente chocante e incluso puede parecer contradictoria por las razones que a continuación se exponen. Por un lado, se obliga a que se prevea una inhabilitación especial que deberá impo-

nerse, siempre que exista riesgo de reincidencia, a los condenados por la comisión de alguno de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual mencionados. Por otro lado, debe permitirse que los empresarios conozcan no sólo de las inhabilitaciones para trabajar con menores en actividades en que se produzca un contacto directo y regular con menores que pueden derivar incluso de condenas por la comisión de delitos no previstos en la Directiva, sino también de las condenas por delitos contra la libertad e indemnidad sexual de menores de edad. Ante tal situación, ¿qué sentido tiene que exista o no inhabilitación, si los empresarios conocerán ya de cualquier condena contra la libertad e indemnidad sexual en que la víctima sea menor de edad? La previsión conjunta de ambas medidas puede intentar explicarse a través de los siguientes argumentos. Primero, porque la segunda de las obligaciones sólo exige que los Estados permitan que los empresarios puedan obtener, por las vías establecidas a tal efecto, la información antes mencionada, pero no que éstos estén obligados a solicitarla. Segundo, porque no prohíbe que una vez obtenida la información se contrate a los sujetos con antecedentes penales por la comisión de un delito de carácter sexual —no así, claro, en relación con los sujetos inhabilitados—, aunque ello en la práctica no va a ser tan sencillo, pues difícilmente va a contratarse a alguien que ha sido previamente condenado por un delito de carácter sexual. Tercero, porque el art. 10.2 de la Directiva exige que los empresarios conozcan no sólo de las inhabilitaciones derivadas de la comisión de los delitos previstos en los arts. 3 a 7 de la Directiva, sino de cualquier delito, por lo que el ámbito de aplicación es mayor<sup>7</sup>. A pesar de las razones —que existen— que justifican la previsión conjunta de ambas medidas, lo cierto es que continúa sin apreciarse la armonía lógica de dos medidas que están reguladas no sólo en el mismo instrumento legislativo, sino en el mismo precepto. Posiblemente tal discordancia se explique por el hecho de que

---

7 No así en un primer momento, pues sólo se refería a las inhabilitaciones de condenas por la comisión de alguno de los delitos previstos en la Directiva.

la segunda de las medidas fue introducida ulteriormente, en una versión muy posterior de la propuesta inicial de Directiva, como consecuencia de las enmiendas introducidas en el propio texto<sup>8</sup>.

Finalmente, la Directiva europea invita a los Estados miembros a que creen un registro especial de delincuentes sexuales; en concreto de los sujetos condenados por alguno de los delitos regulados en la misma. Debe advertirse que no existe obligación alguna de que los Estados creen un registro, sino una simple sugerencia (a modo de ejemplo), entre otras medidas que los Estados pueden adoptar, tal como se establece en el considerando 43 de la norma europea. Con todo, al haberse previsto en los considerandos y no en el articulado del texto legislativo, los Estados, incluso en el caso de haberse configurado como una medida de regulación preceptiva, no se hubieran visto obligados a crear un registro.

## **2.2. Disposiciones adoptadas por el Consejo de Europa**

Desde otro organismo internacional, el Consejo de Europa, se aprobó en 2007, y posteriormente fue ratificado por parte del Estado español, el Convenio para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, también conocido por su lugar de celebración: Convenio de Lanzarote.

Entre las distintas obligaciones que el Convenio impone a los Estados firmantes deben señalarse dos. La primera de ellas, relativa a evitar que los condenados por delitos de carácter sexual en los que la víctima sea menor de edad puedan ejercer profesiones que conlleven contacto habitual con menores, está regulada en el art. 5.3 del Convenio. La segunda, relativa a la obligación de recoger y almacenar los datos relativos a la identidad y perfil genético de las personas condenadas por los delitos tipificados con arreglo al Convenio, está prevista en el art. 37 del mismo Convenio.

---

8 Introduce en la versión de 26 de noviembre de 2010 (2010/0064 (COD)).

En relación con la primera de las obligaciones previstas, el texto insta a los Estados a que adopten las medidas necesarias para garantizar que los aspirantes a desempeñar profesiones cuyo ejercicio conlleve contacto habitual con menores no hayan sido condenados por actos de explotación o abuso sexual de menores. Por «actos de explotación o abuso sexual a menores» el texto legislativo se refiere a aquellas conductas típicas reguladas en los artículos 18 a 24 del Convenio que, con singularidades, coinciden con los delitos regulados en la Directiva 2011/93/UE.

A diferencia de lo que sucede con las previsiones contenidas en la Directiva europea, la obligación no alcanza a las actividades de voluntariado<sup>9</sup>. Tampoco se exige que las profesiones impliquen un contacto directo con menores; sólo que éste sea habitual, por lo que el ámbito de profesiones afectadas por la obligación parece que será más amplio.

Debe advertirse que a pesar que se diga que debe garantizarse que los aspirantes no hayan sido condenados por delitos de carácter sexual, lo cierto es que sería absolutamente imposible cumplir con el mandato proveniente del Consejo de Europa, pues no está al alcance de los Estados asegurar que nadie condenado por la comisión de un delito contra la libertad e indemnidad sexual se presente a un puesto de trabajo el cual implique un contacto habitual con menores de edad. En todo caso, de lo que se trata es de evitar que los finalmente contratados tengan antecedentes penales por la comisión de alguno de los delitos previstos en el propio Convenio.

La segunda de las medidas previstas en el Convenio de Lanzarote es la relativa a la obligación de que todos los Estados firmantes adopten las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para recoger y almacenar los datos relativos a la identidad y perfil genético de ADN de los condenados por los delitos previstos en el propio Convenio. El objetivo de la recogida y

---

9 Si bien tal circunstancia no queda meridianamente clara en el propio precepto, así se establece en las notas explicativas del art. 5 del propio Convenio, al decir que en ciertos Estados miembros la mencionada obligación puede también ser aplicada a actividades de voluntariado.

custodia de la identidad y el perfil genético de ADN debe ser la prevención y enjuiciamiento de los delitos tipificados en el Convenio y no otros, como el castigo de los sujetos condenados por estos delitos. Únicamente debe almacenarse el perfil genético de ADN y no una muestra de ADN, tal como se indica en las notas explicativas del art. 37 del Convenio. En cambio, nada se dice sobre qué debe interpretarse por datos identificativos. En su defecto los Estados tendrán plena competencia para determinar qué datos quedan integrados en el concepto de identificación, si bien para cumplir con las exigencias derivadas del Convenio será suficiente con aquellos datos mínimos necesarios para la identificación de la persona. Finalmente, debe advertirse que el Convenio no compele a los Estados firmantes a que creen un registro *ad hoc* y menos aún un registro de delincuentes sexuales, o más concretamente de sujetos condenados por alguno de los delitos previstos en el Convenio. El art. 37 únicamente establece que deberán adoptarse las medidas necesarias para que se recojan y almacenen los datos antes indicados. El modo de hacerlo es una cuestión interna de cada Estado. De hecho, en las notas explicativas del Convenio se establece taxativamente que: «*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*».

A pesar de la claridad con que se había manifestado el Convenio de Lanzarote respecto a la no exigencia de crear un registro de delincuentes sexuales *ad hoc*, en mayo de 2010 la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa dictó la Resolución 1733 (2010) por la que se emplaza a los 47 Estados miembros a que creen un registro específico de delincuentes sexuales. Si bien es cierto que las resoluciones del Consejo de Europa no tienen efectos vinculantes para los Estados, no cabe duda que este tipo de dictámenes o documentos influyen después en la política criminal de los distintos Estados parte.

La resolución es el colofón de una propuesta de resolución para la creación de un registro de delincuentes sexuales con un alcance mucho mayor. En un primer momento se planteó por parte de la Asamblea Parlamentaria la posibilidad de crear un registro de delincuentes sexuales a nivel europeo. El principal argumento esgrimido para la creación de un registro supranacional era el hecho que parte de los sujetos que cometen delitos de carácter sexual son reincidentes y que para la comisión de nuevos delitos viajan a países extranjeros a fin de evitar ser descubiertos, de modo que la creación de un registro con éstas características facilitaría la prevención de los delitos sexuales. Esta primera intención fue descartada por las dificultades asociadas principalmente a las diferencias entre unas y otras legislaciones, tanto en el propio ordenamiento penal —concretos tipos penales o edad de consentimiento sexual—, como en materia de protección de datos de carácter personal. Descartada la propuesta inicial, se consideró, no obstante, adecuado que los distintos Estados miembros crearan un registro nacional de delincuentes sexuales.

El registro, según la resolución, debería contener la información precisa y permanentemente actualizada de los sujetos condenados con el objetivo principal de poder compartir la información sobre estos sujetos entre los distintos Estados además de controlar y monitorizar a los sujetos condenados; en particular, señala la resolución, si viajan al extranjero. El acceso a la información contenida en el registro debería ser reservado a fin de preservar los derechos individuales de los sujetos registrados. No obstante, se permite la posibilidad, a pesar de su carácter privado, de dar a conocer información concreta a cualquier miembro de la sociedad en aquellos casos en que se considere necesario para la protección de uno o diversos menores. Luego, si se permite notificar la información contenida en el registro, más en los términos en que así se establece, no es posible entender que su contenido sea privado. De hecho, la propuesta del Consejo de Europa se inspiró en el modelo de registro de delincuentes

sexuales del Reino Unido<sup>10</sup> el cual, a pesar de que en un primer momento fue configurado con carácter privado, con el tiempo se ha ido ampliando la posibilidad de notificar la información contenida en el mismo, tal como se indicará *infra*.

La Resolución del Consejo de Europa justifica la necesidad de que los Estados miembros creen un registro de delincuentes sexuales por dos razones. En primer lugar, porque los delitos contra la libertad e indemnidad sexual son hechos abominables que causan un grave daño para sus víctimas. Al respecto, poco puede decirse más allá de que no debería integrarse todos y cada uno de los delitos considerados de carácter sexual dentro del mismo nivel. La Resolución, a pesar que en un primer momento sí que realiza este ejercicio de deslinde entre unas y otras conductas típicas, pues se refiere a los «abusos sexuales», acto seguido se olvida de la referencia explícita a los abusos para referirse únicamente a los «delincuentes sexuales». En segundo lugar, porque se cree —aunque no se afirma— que los delincuentes sexuales son de los delincuentes entre los que se constatan los índices de reincidencia más altos. Tal afirmación sólo puede criticarse. Primero, porque no puede permitirse que un documento que alienta a los Estados a crear un registro *ad hoc* de delincuentes sexuales se base en creencias en lugar de en datos empíricos. En segundo término, porque si se afirmara que los índices de reincidencia de los delincuentes sexuales son de los más altos, los datos empíricos desmienten tal aseveración. Así, conviene subrayar que en Estados Unidos, según datos oficiales del BUREAU OF JUSTICE STATISTICS, un 5,3% de los sujetos que fueron liberados de prisión por la comisión de un delito de carácter sexual en 1994 fueron arrestados en los 3 años siguientes<sup>11</sup>, mientras que en el caso de los sujetos condenados

---

10 Así se indica en el párrafo 12 del informe previo (Doc. 11400, Reference 3382 de 23 de noviembre de 2007) a la Resolución 1733 (2010) del Consejo de Europa, para reforzar las medidas contra los delincuentes sexuales.

11 LANGAN, P. A./ SCHMITT, E. L./ DUROSE, M. R., *Recidivism of sex offenders released from prison in 1994, 2003*, <http://bjs.ojp.usdoj.gov/index.cfm?ty=pbdetail&iid=1136> (última visita: 13 de agosto de 2015)

por un delito violento el porcentaje se eleva a un 61,7%<sup>12</sup>. Por otra parte, los datos aportados por diversos estudios criminológicos estiman que la reincidencia de la delincuencia sexual es aproximadamente de entre el 5% y el 15%<sup>13</sup>, siendo los condenados por delitos de violación y agresión sexual a menores los más reincidentes<sup>14</sup>. En Catalunya, un estudio del CENTRE D'ESTUDIS JURÍDICS I FORMACIÓ ESPECIALITZADA llega a la conclusión de que sólo un 5,8% del total de condenados por delitos sexuales reincide en la comisión de nuevos delitos sexuales<sup>15</sup>.

- 
- 12 HUGHES, T. A./ WILSON, D. J., *Reentry in the United States*, 2002, <http://bjs.ojp.usdoj.gov/index.cfm?ty=pbdetail&iid=1138> (última visita: 13 de agosto de 2015).
  - 13 SMALL, J. A., "Who are the people in your neighborhood? Due process, public protection, and sex offender notification laws", *New York University Law Review*, vol. 74, 1999, pp. 1457, quien indica que el 8,9% de delincuentes sexuales son reincidentes o WRIGHT, R. G., "Sex offender post-incarceration sanctions: are there any limits?", *New English Journal on Criminal and Civil Confinement*, vol. 34, 2008, p. 26, que en un estudio de 17000 delincuentes sexuales en el estado de Illinois menos del 10% fueron arrestados (no condenados) por un delito sexual dentro de los 5 años siguientes a su liberación aunque casi el 50% por un delito en general. En otro estudio realizado en 17 estados el resultado fue que los sujetos condenados por un delito de carácter sexual volvían a ser arrestados el 4,5% de los sujetos que estaban en *probation*, véase MELOY, M. L., "The sex offender next door: an analysis of recidivism, risk factors and deterrence of sex offenders on probation", *Criminal Justice Policy Review*, vol. 16, 2005, p. 227. SAMPLE, L. A. / BRAY, T. M., "Are sex offenders different? An examination of rearrest patterns", *Criminal Justice Policy Review*, vol. 17, 2006.
  - 14 SMALL, J. A., "Who are the people in your neighborhood? Due process, public protection, and sex offender notification laws", *New York University Law Review*, vol. 74, 1999, pp. 1458; solo en referencia a los violadores y con índices de reincidencia igualmente muy bajos, véase SAMPLE, L. A. / BRAY, T. M., "Are sex offenders different? An examination of rearrest patterns", *Criminal Justice Policy Review*, vol. 17, 2006, p. 95, en el que se muestra un estudio realizado en el estado de Illinois sobre los índices de reincidencia de los delincuentes sexuales según el delito cometido. Puede comprobarse que el índice de reincidencia más elevado lo presentan los sujetos que han cometido un delito de pornografía infantil con un 10% de reincidencia.
  - 15 Véase VVAA, *Delitos sexuales y reincidencia*, Departament de Justícia, Generalitat de Catalunya, 2009, pág. 60.

Finalmente, en el mismo texto se dice que su creación facilitará la determinación del riesgo de reincidencia de los sujetos registrados a la vez que favorecerá el control del riesgo de reincidencia y la monitorización de estos sujetos. Sin embargo, aunque evidentemente son unos objetivos loables desde un punto de vista teórico, no se ha demostrado que la creación de este tipo de registros cumpla con ninguno de estos objetivos. Por el contrario, numerosos estudios empíricos realizados en Estados Unidos han demostrado que los registros de delincuentes sexuales, particularmente la notificación de los datos contenidos en los mismos, produce graves consecuencias sociales para los concretos individuos registrados<sup>16</sup>.

### 3. La adecuación a las exigencias sancionatorias internacionales en el derecho comparado

Muchos de los países del área de influencia jurídica de España prevén gran parte de las distintas medidas reguladas en la normativa internacional analizada. Así, países como el Reino Unido, Alemania, Italia o Francia regulan en lo esencial, aunque cada uno con sus propias particularidades, tanto las medidas derivadas del convenio de Lanzarote como de la Directiva 2011/93/UE. En todos ellos se prevé la posibilidad de imponer una inhabilitación especial para el ejercicio de actividades o profesiones que impliquen contacto con menores a los condenados

16 Así, el padecimiento de consecuencias psicológicas negativas, como estrés, aislamiento social o pérdida de amistades, e incluso consecuencias negativas para su vida diaria, como pérdida del trabajo o casa, ser acosados por extraños, o padecer daños en sus propiedades. Sobre ello, véase LEVENSON, J. S./ COTTER, L. P., “The effect of Megan’s Law on sex offender reintegration”, *Journal of Contemporary Criminal Justice*, vol. 21(1), 2005, pp. 52-58; LEVENSON, J. S./ D’AMORA, D. A./ HERN, A. L., “Megan’s Law and its impact on community re-entry for sex offenders”, *Behavioral Sciences and the Law*, vol. 25, 2007, pp. 594-598; TEWKSBURY, R., “Collateral consequences of sex offender registration”, *Journal of Contemporary Criminal Justice*, vol. 21, 2005, pp. 75-76. En lengua castellana, véase SALAT PAISAL, M., *La respuesta jurídico-penal a los delincuentes imputables peligrosos: especial referencia a la libertad vigilada*, Cizur Menor, 2015, pp. 171-173.

por la comisión de un delito de carácter sexual, la obligación de almacenar los perfiles genéticos de los condenados por delitos sexuales, o la posibilidad de que los empresarios puedan conocer de las condenas por delitos de carácter sexual y de las inhabilitaciones especiales para acceder a profesiones que impliquen un contacto con menores.

Por ello, resulta adecuado realizar un breve análisis descriptivo de cómo los distintos países de nuestro entorno jurídico han regulado las distintas medidas previstas en los dos instrumentos internacionales objeto de estudio en el presente trabajo. Con dicho fin, se compara la regulación jurídica de cada una de las diversas medidas en distintos Estados afectados igualmente por el Convenio y la Directiva europea.

### **3.1. La inhabilitación para el ejercicio de actividades o profesiones que impliquen contacto con menores de edad**

La inhabilitación para el ejercicio de actividades o profesiones que impliquen un contacto con menores de edad está prevista tanto en la Directiva europea (art. 10.1) como en el Convenio de Lanzarote (art. 5.3). La principal diferencia entre una y otra es su repercusión o alcance. La Directiva obliga a prever la posibilidad de imponer una especie de inhabilitación especial en los casos en que exista un riesgo de que el concreto sujeto a quien se le pretende imponer la misma vuelva a cometer en el futuro un nuevo delito de carácter sexual contra un menor de edad. En cambio, el Convenio exige que los Estados miembros prohíban a cualquier sujeto condenado por la comisión de cualquier delito contra la libertad e indemnidad sexual en el que la víctima sea un menor de edad que pueda trabajar —de forma remunerada— en un puesto que implique un contacto habitual con menores. Sin embargo, ambos instrumentos comparten el elemento principal: la prohibición de que los condenados por delitos de carácter sexual contra menores ocupen puestos de trabajo que impliquen un contacto con menores de edad. Es más, aquellos Estados que están sujetos a los dos instrumentos —como sucede

con los que se va a analizar, incluido el español— la obligación prevista en el art. 5.3 del Convenio de Lanzarote absorbe íntegramente, por su mayor amplitud<sup>17</sup>, la derivada del art. 10.1 de la Directiva 2011/93/UE.

Una vez advertidas las confluencias entre ambas exigencias internacionales es posible abordar el mencionado análisis comparado de la regulación estatal de algunos de los países que pueden influir en la actual política criminal española. En Alemania existen hasta tres vías para impedir que un condenado por la comisión de un delito de carácter sexual pueda ejercer una profesión o realizar actividades que impliquen contacto con menores. Por un lado, el § 25 de la *Jugendarbeitsschutzgesetz*<sup>18</sup> (JArbSchG) prohíbe a todos los condenados por delitos de carácter sexual, así como otros delitos como trata de personas (§ 232-233a StGB), el reclutamiento de nacionales para el servicio militar o paramilitar en otro país (§ 109 StGB) o el delito de abandono de menores (§171 StGB)<sup>19</sup>, trabajar en funciones de supervisión o educación de menores, tales como la de profesor de colegio o instituto o como cuidador de menores de edad. La prohibición rige *ope legis* por un periodo de hasta cinco años, a contar desde la sentencia condenatoria o desde la extinción de la ejecución de la pena de prisión en caso de haber sido condenado a ella.

Por otro lado, el § 70 StGB prevé una medida de seguridad no privativa de libertad consistente en la prohibición de ejercer profesiones u oficios. Dicha prohibición puede ser impuesta

---

17 Téngase en cuenta que la inhabilitación que propone el Convenio de Lanzarote no sólo es de imposición a un mayor número de sujetos, pues debe aplicarse a todos los condenados, sino que además debe aplicarse a un mayor número de profesiones, pues no exige, a diferencia de la Directiva, que el contacto sea directo; sólo que sea habitual.

18 Lo que equivaldría a ley de protección del empleo juvenil.

19 También a aquellos condenados por el delito de malos tratos a menores (§171 StGB), un delito de tráfico de drogas o a los condenados por la comisión de cualquier otro delito siempre que haya sido condenado a una pena de prisión de al menos dos años. En este sentido, véase el § 25 JArbSchG.

exclusivamente en los casos en que el delito se haya cometido abusando de la profesión u oficio del sujeto activo del delito; por lo que aquí interesa, el autor del delito contra la libertad e indemnidad sexual, siempre que además se acredite un riesgo de comisión de delitos de la misma naturaleza. En este caso, la duración de la prohibición es de 1 a 5 años, aunque como consecuencia de su naturaleza de medida de seguridad ésta puede variar, en función del grado de la peligrosidad del autor.

Finalmente y de acuerdo con el derecho germánico, es posible también imponer la prohibición de ejercer actividades o profesiones que el sujeto condenado pueda utilizar o abusar para cometer delitos [§ 68b (I)(4) StGB] como regla de conducta de la medida de seguridad de vigilancia de conducta (*Führungsaufsicht*) regulada en el § 68 StGB. Esta medida puede imponerse, entre otros, a los condenados por la comisión de delitos de carácter sexual en los que la víctima es un menor de edad, tal como exige la Directiva y el Convenio, y la misma puede ser impuesta por un periodo de tiempo de hasta cinco años pero que puede ser, incluso, indeterminado.

En el Reino Unido se prohíbe que todos los condenados por la comisión de cualquier delito contra bienes jurídicos individuales en el que la víctima sea un menor de edad puedan trabajar con menores. La *Safeguarding Vulnerable Groups Act 2006*<sup>20</sup> (SVGA 2006) establece la prohibición que determinadas personas puedan realizar trabajos, remunerados o no, en unas determinadas actividades reguladas en el anexo 4 de la SVGA 2006. Las actividades prohibidas son todas aquellas relacionadas con la educación o instrucción habitual de menores de edad, el cuidado o la supervisión de menores, el tratamiento de menores, la conducción de vehículos que tengan como la principal finalidad llevar a menores, cualquier actividad que se lleve a cabo en un

---

20 Modificada por la *Policing and Crime Act 2009* y la *Protection of Freedoms Act 2012*, que reduce la cantidad de puestos que trabajo vetados. Con anterioridad a la reforma, incluso era una actividad prohibida trabajar como pintor en un colegio.

hospital de menores o, entre muchos otros, en un centro de internamiento de menores. El art. 3 SVGA 2006 ordena la creación de una lista (*Children's Barred List*) en la que deben incluirse todos aquellos individuos que tienen vetado el ejercicio de las anteriores actividades con menores<sup>21</sup>. Los individuos que tienen vetado el ejercicio de estas actividades son todos aquellos incluidos en la primera parte del anexo 3 de la SVGA 2006. En ésta se incluye, entre otros, a todos los condenados por la comisión de un delito contra la libertad e indemnidad sexual. La inclusión de los sujetos en la misma, también conocida como *List 99*, tiene un carácter indefinido, si bien el órgano encargado de su gestión (*Disclosure Barring Service*) deberá eliminar la información de los sujetos incluidos en la mencionada lista tan pronto como, una vez pasado un determinado periodo de tiempo, se considere que ya no es necesario que continúen registrados en ella.

El Código Penal italiano prevé una pena accesoria consistente en la inhabilitación para el ejercicio de actividades públicas (Art. 29 CP italiano). Dicha inhabilitación, según se desprende de los arts. 600 septies.2 y 609 nonies CP italiano, es de obligatoria imposición a los condenados por la comisión de un delito contra la libertad o indemnidad sexual, siempre que sean condenados a una pena de prisión de 3 años o más. La pena accesoria deberá imponerse por un periodo de entre tres y cinco años en aquellos delitos castigados con penas de prisión de hasta cinco años, o con carácter perpetuo en los casos de condenas a penas de prisión de más de cinco años.

Finalmente, Francia prevé expresamente la prohibición para ejercer actividades profesionales o de voluntariado que conlleven contacto habitual con menores (art. 222-45.3<sup>a</sup> CP francés). Dicha prohibición debe imponerse con carácter obligatorio y por un tiempo de hasta diez años, o incluso indefinido, a todos aquellos que cometan delitos contra la libertad, contra

---

21 La misma ley prevé además, aunque no afecte al tema de trabajo, existe otra lista de aquellas personas que tienen prohibido ejercer actividades que impliquen un contacto habitual con grupos de personas vulnerables.

la libertad e indemnidad sexual, delitos de tráfico de drogas y también cuando cometan delitos de abandono de familia o menores<sup>22</sup>.

### **3.2. El derecho de los empresarios a conocer los antecedentes penales por la comisión de delitos de carácter sexual y las inhabilitaciones para ejercer actividades que impliquen contacto con menores**

En Alemania los responsables de los centros educativos, ya sean públicos o privados, están obligados a solicitar a los aspirantes a un puesto de trabajo que implique un contacto directo con menores<sup>23</sup> un certificado ampliado de antecedentes penales en el que conste que no tienen antecedentes, tal como se indica en el § 72a *Sozialgesetzbuch VIII* (SGB VIII). En el mencionado certificado ampliado de antecedentes penales, además de constar aquellos delitos más graves —que de hecho son los que se inscriben en el certificado ordinario de antecedentes penales—, deben constar también el resto de delitos menos graves, en los que se incluyen los casos en que la pena de prisión ha sido suspendida o los delitos cometidos cuando el individuo era menor de edad<sup>24</sup>. Los centros de titularidad pública, una vez obtenida una copia del certificado de antecedentes penales, no pueden contratar a ninguna persona que tenga antecedentes por la comisión de delitos contra la libertad e indemnidad sexual. En el caso de los centros de titularidad privada, la ley les concede el derecho-obligación de poder solicitar un certificado ampliado de antecedentes penales, pero no obliga a que éstos no puedan contratar a alguien condenado por la comisión de un delito de esta

---

22 Respecto a este último grupo de delitos, véase el art. 227-29 CP francés.

23 En esta definición se incluyen un elevado número de trabajos como el de profesor de escuela, conductor de bus escolar, monitor deportivo, socorrista de piscina, etc. en este sentido, véase MORGENSTERN, C., “Judicial Rehabilitation in Germany – the Use of Criminal Records and the Removal of Recorded Convictions”, *European Journal of Probation*, vol. 3(1), 2011, p. 27.

24 Véase § 30 y 30a de la *Bundeszentralregistergesetz*.

naturaleza. Este mismo régimen, aplicable a los centros educativos de titularidad privada, rige respecto del resto de empresarios y organizaciones de voluntariado que pretendan contratar a personas para puestos de trabajo que impliquen un contacto directo y habitual con menores (art. 72a SGB VIII). Además, en estos casos la Administración deberá decidir qué actividades quedan incardinadas en el concepto de actividades que impliquen un contacto directo y habitual con menores, de acuerdo con las funciones a desarrollar, la intensidad del contacto con menores de edad y la duración del contrato.

En el Reino Unido tanto los empresarios como las organizaciones de voluntariado están obligados a solicitar un certificado de antecedentes penales a todos los aspirantes a acceder a determinados puestos de trabajo. Los puestos de trabajo o actividades que quedan comprendidas en la obligación son aquellas reguladas en el art. 5 y anexo 4 SVGA 2006 y coinciden con los lugares o puestos de trabajo que los condenados por delitos de carácter sexual no pueden desempeñar mencionadas anteriormente (profesor de colegio, cuidador de menores, pediatra, conductor de autobús escolar, etc.). En estos casos, los aspirantes a alguno de los puestos de trabajo (remunerado o no) incluidos en el anexo 4 SVGA 2006, previa solicitud por parte del empresario, deberán presentar un certificado de idoneidad donde conste que no tienen antecedentes penales por la comisión de delitos de carácter sexual y que tampoco están incluidos en la lista de personas que tienen vetado el acceso a actividades o puestos de trabajo que impliquen un contacto con menores (*Children's Barred List*)<sup>25</sup>. La legislación británica tipifica como conductas penalmente relevantes, castigadas incluso con penas de prisión, bien que los empresarios no soliciten a los aspirantes a la

---

25 Ampliamente sobre la regulación británica del derecho de los empresarios a conocer de los antecedentes penales de los solicitantes de trabajo, véase BLITSA, D., "US, EU & UK Employment Vetting as Strategy for Preventing Convicted Sex Offenders from Gaining Access to Children", *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, Paper 365, 2012, pp. 21-33.

realización de actividades que impliquen un contacto con menores un certificado de antecedentes penales, bien que contraten a un trabajador a sabiendas que tiene antecedentes penales por la comisión de delitos contra la libertad e indemnidad sexual o que está incluido en la *Children's Barred List*.

En Italia se ha aprobado recientemente el Decreto legislativo núm. 39, publicado el 4 de marzo de 2014, de aplicación de la Directiva europea 2011/93/UE, por el que, entre otras cuestiones, introduce en su artículo 2 un nuevo artículo 25 bis al *Tes-to unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di casellario giudiziale, di anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dei relativi carichi pendenti*, aprobado a través del Decreto del Presidente de la República núm. 313, de 14 de noviembre de 2002. La incorporación de este nuevo art. 25 bis a la ley que regula, entre otros, el registro de antecedentes penales obliga a los empresarios que deseen emplear a una persona para ocupar puestos o desempeñar actividades —profesionales o de voluntariado— que impliquen un contacto directo y regular con menores a solicitar ante las autoridades el certificado de antecedentes penales de dicho individuo con el fin de verificar la existencia de condenas por la comisión de un delito de trata de personas, de prostitución de menores, de pornografía infantil, de posesión de material pornográfico infantil, de promoción del turismo sexual o de un delito de *child grooming*<sup>26</sup>; o la existencia de una condena de inhabilitación para el ejercicio de actividades que impliquen el contacto directo y regular con menores de edad. La legislación italiana no prohíbe la posterior contratación de un individuo a pesar de constatar por parte del empleador la existencia de antecedentes penales. Evidentemente, en los supuestos en que se constate que el sujeto en cuestión esté cumpliendo una pena de inhabilitación la solución será distinta, pues la propia pena impuesta impide la posibilidad de realizar actividad alguna que implique el ejercicio de este tipo de actividades.

---

26 Sorprende que el legislador italiano no haya incluido en este listado el delito de abusos o agresión sexual a un menor que sí que está mencionado en la Directiva 2011/93/UE y en el Convenio de Lanzarote.

Finalmente, en Francia existen tres regímenes distintos en función de si el empleador es o no una administración pública<sup>27</sup>. La Administración Pública está obligada a comprobar automáticamente si un sujeto tiene antecedentes por la comisión de un delito de carácter sexual o está inhabilitado para ejercer actividades que conlleven un contacto habitual con menores. En concreto, tanto las autoridades educativas como los directores generales de las agencias regionales de sanidad deben, con carácter previo a contratar a un individuo para un puesto que conlleve contacto habitual y directo con menores, acceder al registro de delincuentes sexuales francés (*Fichier judiciaire automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes*), a fin de comprobar que ese concreto sujeto no tiene antecedentes penales (art. R53-8-24 *Code Procédure Pénale*). Por otra parte, las organizaciones de voluntariado en aquellos casos en que pretendan incorporar a personas para un puesto que conlleve un contacto directo y habitual con menores deben exigir a éstas que les faciliten una copia del certificado de antecedentes penales<sup>28</sup>. En este certificado, llamado de tipo 3 (*bulletin* n° 3)<sup>29</sup>, no obstante, no constan todas las condenas, sino solamente aquellas condenas más graves, entre las que se incluyen las penas de prisión de más de dos años de duración y las inhabilitaciones o medidas de vigilancia socio-judicial impuestas<sup>30</sup>. Finalmente, la legislación francesa establece un último régimen más limitado al resto de empresarios de carácter privado a quienes únicamente

---

27 Sobre ello, véase HERGOZ-EVANS, M., “Judicial rehabilitation in France: Helping with the desisting process and acknowledging achieved desistance”, *European Journal of Probation*, vol. 3(1), 2011, p. 8.

28 Así se indica en la *Circulaire* n° 2001-306 de 3 de julio de 2001, relativa a la *prévention des violences et maltraitements notamment sexuelles dans les institutions sociales et médico-sociales accueillant des mineurs ou des personnes vulnérables*.

29 Sobre los diferentes tipos de certificados de antecedentes penales existentes en Francia, véase HERGOZ-EVANS, M., “Judicial rehabilitation in France: Helping with the desisting process and acknowledging achieved desistance”, *European Journal of Probation*, vol. 3(1), 2011, p. 8.

30 Al respecto véase, el art. 777 *Code Procédure Pénale*.

se les concede el derecho —que no obligación— de solicitar un certificado de tipo 2<sup>31</sup> a las personas que opten a un puesto de trabajo que implique un contacto directo y habitual con menores (art. 776 *Code Procédure Pénale*).

### 3.3 El registro de ADN

Los cuatro ordenamientos jurídicos que se analizan prevén la obtención de muestras de ADN y posterior custodia de los perfiles genéticos de los condenados por la comisión de delitos contra la libertad e indemnidad sexual, tal como se exige por parte del art. 37 del Convenio de Lanzarote.

La legislación alemana establece que puede obtenerse una muestra biológica tanto de los condenados<sup>32</sup> por la comisión de cualquier delito como de los acusados por la presunta comisión de delitos graves o de delitos contra la libertad sexual a fin de obtener el perfil de ADN, la cual únicamente puede utilizarse para facilitar la identificación de los autores de futuros delitos (§ 81g StPO)<sup>33</sup>. La obtención de la muestra biológica puede conseguirse, bien de forma voluntaria, a través del consentimiento escrito, por parte del sujeto, bien en contra de su voluntad. En este segundo caso, cuando la muestra se ha obtenido en contra de la voluntad del afectado, su recolección deberá ser ordenada por el juez a través de resolución motivada o, en casos excepcionales y de urgencia, por parte del Ministerio Público. Las muestras biológicas, no obstante, deberán ser destruidas tan pronto como haya sido conseguido el objetivo pretendido: la obtención del

---

31 En este tipo de certificado de antecedentes penales, regulado en el art. 775 *Code Procédure Pénale*, no están incluidas aquellas condenas cuya ejecución ha sido suspendida, las condenas por delitos menores, así como las condenas por delitos o penas ya prescritas.

32 Quedan incluidos también aquellos absueltos por ser declarados inimputables, tal como se indica en el § 81 StPO.

33 Véase la decisión de inadmisión del TEDH en el caso *Peruzzo y Martens c. Alemania*, de 4 de junio de 2013 la cual avala el sistema de obtención de muestras de ADN alemán.

perfil de ADN. Este en cambio, deberá ser registrado durante un periodo de tiempo concreto. Así, los perfiles de ADN en el caso de acusados deberán suprimirse una vez absueltos. En el caso de condenados, en cambio, los perfiles deberán constar por un tiempo indefinido, aunque una vez pasados 10 años deberá evaluarse si continúa siendo necesario almacenar el concreto perfil de ADN, de acuerdo con los objetivos pretendidos con ello y la gravedad y naturaleza de los hechos cometidos (§ 32 *Bundeskriminalamtgesetz*).

El Reino Unido creó ya en 1995 el primer registro nacional de ADN en todo el mundo<sup>34</sup>. En este país, la policía tiene la potestad de tomar una muestra biológica de todos los detenidos o sospechosos de haber cometido un hecho delictivo, tal como se recoge en los arts. 62 y 63 de la *Police and Criminal Evidence Act 1984* (PACE 1984)<sup>35</sup>. Aunque la legislación británica establece que las muestras biológicas deben obtenerse con el previo consentimiento por escrito del sujeto afectado, a renglón seguido se establecen una serie de excepciones a la regla general<sup>36</sup>. Así, aquellas muestras consideradas de carácter no íntimo<sup>37</sup>, como la toma de cabello, saliva o de mucosa bucal, pueden también obtenerse sin el consentimiento del afectado en aquellos casos en que un sujeto es investigado por la presunta comisión de un

---

34 “DNA: timeline of the national DNA database”, *The Telegraph*, 7 de mayo de 2009. <http://www.telegraph.co.uk/news/politics/5289062/DNA-timeline-of-the-national-DNA-database.html>

35 Modificada periódicamente por, entre otras, la *Criminal Justice and Public Order Act 1984*, la *Criminal Evidence Act 1997*, la *Criminal Justice and Police Act 2001*, la *Criminal Justice Act 2003*, la *Serious Organised Crime and Police Act 2005*, la *Crime and Security Act 2010*, la *Protection of Freedoms Act 2012* y la *Anti-social Behaviour, Crime and Policing Act 2014*.

36 Introducidas a través de la *Criminal Justice Act 2003*.

37 Se consideran muestras de carácter íntimo: la sangre, el semen, o cualquier otra muestra líquida, el pelo púbico, una impresión dental, o cualquier otra muestra tomada en una parte íntima con un algodón, a excepción de la boca. Se considera una muestra que no tiene el carácter de íntima aquella tomada de las uñas o de debajo las uñas, saliva, una muestra de piel, una muestra tomada de la boca del sujeto o una muestra de cabello, excepto el genital. Al respecto, véase el art. 65 PACE 1984.

delito (art. 63 PACE 1984). El Reino Unido, tal como sucede en Alemania, establece que las muestras biológicas obtenidas deben ser eliminadas una vez obtenido el perfil genético de ADN (arts. 63R y 64ZA PACE 1984). El perfil genético de los condenados por la comisión de cualquier delito castigado con pena de prisión<sup>38</sup>, incluidos los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, deberá ser almacenado en la base de datos nacional de ADN (NDNAD) por un periodo de tiempo indefinido (arts. 63D y 63I PACE 1984). Hasta no hace mucho, los perfiles de ADN de los sujetos que finalmente eran absueltos o que directamente no eran acusados por la comisión de ningún delito también debían permanecer en la base de datos nacional con carácter perpetuo<sup>39</sup>. No obstante, a raíz de la sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos *S. y Marper contra el Reino Unido*, de 4 de diciembre de 2008, que declaró que la legislación británica vulneraba el art. 8 Convenio Europeo de Derechos Humanos, se acabó aprobando una modificación de la legislación entonces vigente a través de la *Protection of Freedoms Act 2012*, la cual establece que, con carácter general, el perfil de ADN de un sujeto sospechoso de haber cometido un delito debe almacenarse hasta la conclusión de la investigación criminal en curso (art. 63E PACE 1984). No obstante, se prevén una serie de excepciones que pueden resumirse en dos. Por un lado, en los casos en que los sujetos afectados tienen antecedentes por la comisión de delitos graves el perfil genético deberá almacenarse permanentemente. Por otro lado, en los casos en que un sujeto, a pesar de no tener antecedentes penales, es arrestado o acusado por un delito castigado con penas de prisión o incluido en el anexo de la

---

38 Para ser más concretos, tanto los condenados por la comisión de un delito castigado con pena de prisión como aquellos otros delitos incluidos en el anexo de la *The National Police Records (Recordable Offences) Regulations 2000*, donde se incluyen hasta un total de 52 delitos más.

39 Sobre el régimen de almacenamiento de los perfiles de ADN en Inglaterra y Gales, véase BEARD, J. / LIPSCOMBE, S., "Retention of fingerprints and DNA data", *House of Commons*, 2013.

*The National Police Records (Recordable Offences) Regulations* 2000, deberá conservarse por un periodo de tres años<sup>40</sup>.

Italia regula todo lo relativo con la obtención de muestras de ADN en la Ley 85/2009, de 30 de junio<sup>41</sup>. Según la citada ley, debe incluirse en la base de datos de ADN italiana el perfil de ADN de los condenados por sentencia firme por la comisión de un delito doloso (art. 9.1 L 85/2009). Para ello debe extraerse, dentro del respeto de la dignidad y la privacidad del afectado, una muestra biológica de la mucosa bucal por parte del personal de la policía capacitado para ello (art. 9.4 L 85/2009). La toma de la muestra debe ser autorizada por el juez o tribunal a través de resolución motivada, debiendo notificarse al afectado que tiene derecho a ser asistido por un abogado, tal como se recoge en el art. 224 bis *Codice di Procedura Penale*. A diferencia de la regulación inglesa, en Italia el perfil de ADN no puede conservarse con carácter indefinido, sino por un periodo máximo de 40 años.

Finalmente, el Estado francés permite también el almacenamiento de los perfiles de ADN de determinados sujetos. Como en Alemania, el ordenamiento jurídico galo permite la toma de muestras biológicas únicamente respecto de aquellos sujetos imputados o condenados por la comisión de delitos concretos: aquellos regulados en el art. 706-55 *Code de Procédure Pénale*, entre los que se incluyen los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, contra la libertad individual, de lesa humanidad, contra la vida, tortura, tráfico de drogas, trata de personas, robo, delitos de terrorismo o de traición. La muestra biológica para la obtención del perfil genético puede ser obtenida con o sin el

---

40 Ampliable, previa autorización judicial, por un periodo de dos años más. Al respecto, véase el art. 63F PACE 1984, de acuerdo con las modificaciones introducidas por la *Protection of Freedoms Act* 2012.

41 Ampliamente sobre la legislación italiana, véase SCAFFARDI, L., “L’uso del DNA in ambito investigativo penale nell’Unione Europea: tutti per uno o ognuno per sé?”, *Rivista dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, núm 4, 2012, pp. 1-20.

consentimiento de la persona afectada<sup>42</sup>, bajo apercibimiento de que en caso de negarse a ello será castigado con hasta 2 años de prisión (art. 706-56 *Code de Procédure Pénale*). En este caso, los perfiles de ADN deberán almacenarse en la base de datos de ADN francesa por un tiempo, por regla general, de entre 25 y 40 años (art. R53-14 *Code de Procédure Pénale*).

### 3.4. La creación de un registro de delincuentes sexuales

La última de las medidas demandadas desde organismos internacionales y que es objeto de estudio en el presente trabajo es la derivada de la recomendación realizada por el Consejo de Europa, relativa a la creación de un registro de delincuentes sexuales por parte de cada uno de los Estados miembros.

De los cuatro ordenamientos jurídicos analizados solamente el Reino Unido y Francia han creado un registro de delincuentes sexuales. De hecho, en toda la Unión Europea, hoy por hoy<sup>43</sup>, no hay ningún otro país que haya regulado un registro *ad hoc* de delincuentes sexuales.

En el Reino Unido se prevé la obligación de que todos los sujetos condenados a delitos sexuales en los que la víctima haya sido un menor de edad tengan que notificar ciertos datos personales a la policía para que sean introducidos en un registro de delincuentes sexuales. La primera vez que se estableció la obligación de crear un registro de delincuentes sexuales en el que constasen los datos de todos aquellos condenados por la comisión de un delito de carácter sexual fue a través de la *Sex Offenders Act 1997* (SOA 1997). Sin embargo, con anterioridad, los cuerpos de policía ya recopilaban ciertos datos de los sujetos

---

42 En el caso de sujetos imputados únicamente podrá obtenerse una muestra sin el consentimiento del afectado en aquellos casos en que el delito presuntamente cometido esté castigado con una pena de prisión de más de 10 años, tal como se infiere del art. 706-56 *Code de Procédure Pénale*.

43 Dejará de ser así dentro de poco tiempo, pues España creará un registro de delincuentes sexuales en un breve periodo de tiempo, a mucho tardar a principios de 2016.

condenados por un delito sexual en sus áreas de actuación, aunque lo hacían sin ninguna base legal y su nivel de actualización y rigor no era el más adecuado<sup>44</sup>. La finalidad principal de su introducción, se dijo, era poder poseer información personal permanentemente actualizada de los sujetos condenados a delitos sexuales con el objetivo de prevenir la futura comisión de delitos por parte de estos mismo sujetos y, al mismo tiempo, gracias a la mayor información y fiabilidad de los datos del registro, facilitar la identificación de los autores de los delitos cometidos<sup>45</sup>.

El registro se constituyó como una medida de naturaleza civil dirigida a la protección de la sociedad y no como un castigo para el delincuente, pues tal y como se indica en el preámbulo de la SOA 1997, su finalidad es la de evitar futuros delitos por parte de quien ya ha sido condenado. Esto implica principalmente que su imposición retroactiva —porque *de facto* así debe considerarse— no vulnera el principio de irretroactividad de las leyes penales como tampoco la prohibición de *non bis in idem*. Dicha naturaleza ha sido discutida por el TEDH en dos casos: *Ibbotson c. United Kingdom* (1998) y *Adamson c. United Kingdom* (1999). En éstos, se planteó la posible vulneración del artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos al imponerse la obligación de someterse al registro de delincuentes sexuales a sujetos que habían cometido delitos con anterioridad a la entrada en vigor de la SOA 1997. En ambos casos el tribunal desestimó las pretensiones, pues consideró que el registro de delincuentes sexuales regulado en el Reino Unido no era una pena<sup>46</sup>.

Posteriormente, en 2003, se aprobó la *Sexual Offences Act 2003* (SOA 2003). La nueva ley derogó, entre otras, la SOA

---

44 Véase HOME OFFICE, DEPARTMENT OF HEALTH, DEPARTMENT OF EDUCATION AND SCIENCE WELSH OFFICE, *Working together: under the Children Act 1989: a guide to arrangements for inter-agency co-operation for the protection of children from abuse*, 1991, pp. 50-51.

45 HOME OFFICE, *Sentencing and supervision of sex offenders: a consultation document*, London, p. 8.

46 Sobre el concepto de pena según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, véase la STEDH en el caso *Welch v. United Kingdom* (1995).

1997, por lo que a partir de su entrada en vigor<sup>47</sup> el registro de delincuentes sexuales se encuentra regulado en la segunda parte de la SOA 2003<sup>48</sup>. Los sujetos registrados deben notificar sus datos personales a la policía en un plazo máximo de 3 días, ya sea como consecuencia de la notificación inicial derivada de la condena penal o por la modificación de alguno de los datos previamente notificados<sup>49</sup> cuya veracidad deberá comprobarse anualmente por parte de la policía. Además, entre otras obligaciones, deben notificar todo viaje al extranjero que tenga una duración superior a un día<sup>50</sup> o la dirección de cualquier lugar dentro del Reino Unido donde el sujeto registrado pase más de seis días en un periodo de 12 meses<sup>51</sup> o informar de todas las cuentas y tarjetas bancarias de que disponen a la policía<sup>52</sup>.

Aunque en un primer momento no se previó la posibilidad de notificar al resto de la sociedad los datos contenidos en el registro de delincuentes sexuales, este punto de partida quedó anulado con la aprobación de la *Criminal Justice and Immigration Act 2008*. En ella se establece que en aquellos casos en que exista una causa razonable para creer que un sujeto con antecedentes penales por la comisión de un delito de carácter sexual en que la víctima sea menor de edad pueda cometer un nuevo delito sexual contra otro menor de edad causando un grave daño físico o psicológico a la víctima la policía deberá notificar, si ello es útil para la protección de dicho menor, la información relativa a

---

47 El 1 de mayo de 2004. Véase el art. 2 *The Sexual Offences Act 2003 (Commencement) Order 2004*.

48 Véase los artículos 80 y ss. SOA 2003.

49 Lo que deberá hacerse presencialmente en la comisaría de policía que así se establezca. En este sentido, véase los artículos 83 y 87 SOA 2003.

50 Véase el artículo 86 SOA 2003 y *The Sexual Offences Act 2003 (Travel Notification Requirements) Regulations 2004* y *The Sexual Offences Act 2003 (Notification Requirements) (England and Wales) Regulations 2012*.

51 Véase el artículo 84 SOA 2003.

52 LIPSCOMBRE, *Registration and management of sex offenders under the Sexual Offences Act 2003*, 2012, pp. 8-10. (<http://www.parliament.uk/briefing-papers/SN05267> ; última visita: 9 de septiembre de 2015).

los antecedentes penales del delincuente a personas concretas<sup>53</sup>. Paralelamente a la introducción de esta nueva supuesto de notificación, en 2008 el Gobierno británico inició una prueba piloto dirigida a la notificación de la información contenida en el registro. La prueba se inició en cuatro áreas de Inglaterra<sup>54</sup> y consistía en la posibilidad de ofrecer información durante el periodo de un año sobre determinados sujetos a aquellos que así lo solicitaran. El único requisito era que sólo se podía pedir información de personas que tuvieran contacto no supervisado con menores<sup>55</sup>. Durante este periodo se gestionaron un total de 315 solicitudes. Los autores del informe indicaron que la prueba piloto había ayudado a gestionar la protección de los menores<sup>56</sup> por parte de la policía y que había sido un éxito en todos los aspectos<sup>57</sup>. El segundo paso fue ampliar a 18 áreas la posibilidad de solicitar dicha información, lo que actualmente ya se ha extendido a toda la Gran Bretaña<sup>58</sup>.

Otro modelo distinto al previsto en el Reino Unido es el regulado en Francia. En el país galo existe desde 2005 un registro de delincuentes sexuales y violentos llamado «*Fichier judiciaire automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes*» (FIJAIS) que fue creado por la ley núm. 2004-204, de 9 de marzo de 2004 de reforma del *Code de Procédure Pénale*.

---

53 Véase CARD, R./ GILLESPIE, A./ HIRST, M., *Sexual offences*, Bristol, 2008, pp. 482-483; THOMAS, T., *The registration and monitoring of sex offenders: a comparative study*, New York, 2011, pp. 125-126.

54 Cambridgeshire, Cleveland, Hampshire y Warwickshire. En este sentido, véase LIPSCOMBE, S., *Sarah's Law: the child sex offender disclosure scheme*, London, 2012, p. 6.

55 KEMSHALL, H. / WOOD, J., *Child Sex Offender Review (CSOR) Public Disclosure Pilots: a process evaluation*, Home Office, London, 2010.

56 KEMSHALL, H. / WOOD, J., *Child Sex Offender Review (CSOR) Public Disclosure Pilots: a process evaluation*, Home Office, London, 2010, p. 4.

57 KEMSHALL, H. / WOOD, J., *Child Sex Offender Review (CSOR) Public Disclosure Pilots: a process evaluation*, Home Office, London, 2010, p. 5; LIPSCOMBE, S., *Sarah's Law: the child sex offender disclosure scheme*, London, 2012, p. 7.

El registro de delincuentes sexuales francés, que está gestionado por el servicio del registro de antecedentes penales y controlado por un magistrado, tiene la finalidad de prevenir la reiteración delictiva de los delitos de carácter violento o sexual establecidos en la mencionada ley así como facilitar la identificación de los autores de delitos con antecedentes penales por la comisión de delitos de carácter violento o sexual.

Con dicho fin, la ley, con carácter general, obliga a que los sujetos condenados<sup>59</sup> por la comisión de un delito de homicidio o asesinato a un menor precedido o acompañado por un delito de violación, torturas o actos de barbarie o los condenados por un delito de agresión sexual, proxenetismo o de prostitución de menores informen sobre su identidad y domicilio a la autoridad judicial para que ésta los incluya en el registro de delincuentes sexuales<sup>60</sup>. La incorporación de los datos en el registro solamente se configura como potestativa en aquellos supuestos en que la pena a imponer derivada de la comisión de alguno de los delitos mencionados sea igual o inferior a cinco años de prisión<sup>61</sup>.

Además, los sujetos están obligados a informar a las autoridades policiales durante un periodo determinado de tiempo de todos los cambios de residencia en un plazo máximo de 15 días, así como de dar testimonio con carácter anual de su dirección, ya sea bien a través de correo postal certificado o bien acudien-

---

58 KEMSHALL, H./ WEAVER, B., “The sex offender public disclosure pilots in England and Scotland: lessons for ‘marketing strategies’ and risk communication with the public”, *Criminology and Criminal Justice*, vol. 12, 2012, p. 550; LIPSCOMBE, S., *Sarah’s Law: the child sex offender disclosure scheme*, London, 2012, p. 8. En el mismo sentido, HARRISON, K., *Dangerous, risk and the governance of serious sexual and violent offenders*, New York, 2011, p. 85-86.

59 Véase el art. 706-53-2 *Code de Procédure Pénale* donde se indica que no solo deben registrarse las personas condenadas por sentencia firme sino que también en los casos que no es firme, cuando se dicte una sentencia absoluta debido a la declaración de inimputabilidad del autor o incluso en determinados casos durante la instrucción del proceso penal.

60 Confróntese arts. 706-53-1 y 706-47 *Code de Procédure Pénale*.

61 Véase el art. 706-53-2 *in fine* CPPf.

do personalmente a la comisaria de su domicilio. No obstante, dichas cargas se ven intensificadas en los supuestos en que los sujetos son condenados a una pena de prisión de 10 o más años, de modo que los sujetos afectados deben acudir semestralmente y en persona ante la autoridad competente a fin de dar cuenta de su domicilio. La duración del periodo durante el cual deberán soportar dichas cargas dependerá de la gravedad del delito cometido. Así pues, en aquellos casos en que se cometa un crimen y por tanto la pena aplicable en abstracto sea superior a 10 años de prisión dicha duración será de 30 años (art. 131-1 *Code Pénale*). En el resto de supuestos, el sujeto estará sometido a las obligaciones derivadas del registro durante un periodo de 20 años. Es posible, no obstante, según establece el *Code de Procédure Pénale*, la cancelación de los datos personales contenidos en el registro de delincuentes sexuales con anterioridad a los mencionados periodos en aquellos casos en que, previa petición por el interesado, la conservación de dicha información no resultara necesaria para la finalidad del registro debido a la naturaleza del delito, la edad de la persona en el momento de la comisión del mismo, el tiempo transcurrido y la ausencia de un riesgo de comisión de futuros delitos.

La principal diferencia entre el registro de delincuentes sexuales francés y el previsto en el Reino Unido es la configuración del primero como un registro de carácter privado y que, por tanto, no permite el acceso a los datos personales de los individuos registrados por parte de la ciudadanía. En este sentido, el art. 706-53-7 del *Code de Procédure Pénale* establece que únicamente tendrán acceso a los datos contenidos en el registro las autoridades judiciales, los oficiales de la policía judicial en el seno de procedimientos referidos a alguno de los delitos que implican la obligación de registrarse, la administración penitenciaria en el seno de sus competencias, así como determinados cargos de la administración pública<sup>62</sup>. Éstos últimos únicamente podrán consultar el fichero en relación con un determinado indi-

---

62 Confróntese arts. 706-53-7 y R53-8-24 CPPF.

viduo con el objetivo de controlar que dichos sujetos no realicen actividades u ocupaciones que impliquen contacto con menores de edad, de modo que en caso de incumplimiento por parte del registrado deberá avisarse al empresario afectado para que tome las medidas necesarias<sup>63</sup>.

La acomodación del registro de delincuentes sexuales francés a los derechos humanos ha sido avalada por el TEDH en diversas ocasiones<sup>64</sup>. En todos los casos, el Tribunal ha considerado que el registro de delincuentes sexuales respeta los arts. 7 y 8 del CEDH, relativos al principio de irretroactividad de las penas y al derecho al respecto de la vida privada y familiar. En concreto, considera que no se ha producido una vulneración del principio de irretroactividad de las penas en tanto que el registro de delincuentes sexuales francés no puede, por más que se aplique a sujetos condenados por delitos, considerarse una pena y, en consecuencia, no está sujeto a dicho principio. La finalidad del registro, sigue el Tribunal, es evitar la reincidencia de los sujetos condenados a la vez que facilitar las investigaciones penales, con lo que debe considerarse como una medida policial y no penal. Por su parte, considera que el registro permite un justo equilibrio entre los intereses del sujeto afectado a su derecho a la privacidad y los intereses colectivos de evitación de comisión de nuevos delitos que atentan contra el bien jurídico libertad e indemnidad sexual contra menores de edad, puesto que el registro no tiene un carácter público y que el periodo durante el cual uno debe estar registrado, a pesar de ser considerable, puede ser aminorado a través de la cancelación de los datos.

Finalmente, aunque no sea un miembro ni de la Unión Europea ni tampoco del Consejo de Europa, es imperioso hacer

---

63 En este sentido, véase la *Circulaire interministérielle* n° DJEPVA/DJE-PVAA3/DS/DSMJ/2011/326 de 5 de agosto de 2011. Igualmente, véase THOMAS, T., *The registration and monitoring of sex offenders: a comparative study*, New York, 2011, pp. 83-84.

64 Véase las SSTEDH (Sección 5ª) *B.B. c. Francia*, *Gardel c. Francia* y *M.B. c. Francia*, de 17 de diciembre de 2009.

una breve mención al Estado paradigmático en lo que a la prevención de un registro de delincuentes sexuales se refiere: Estados Unidos<sup>65</sup>. En este país se aprobó la primera ley de registro de delincuentes sexuales en 1990 por parte del estado de Washington. Posteriormente en 1994 se aprobó en el estado de Nueva Jersey la primera ley de registro de delincuentes sexuales que habilitaba la posibilidad de notificar el contenido del mismo a la sociedad en general. Actualmente, además de las distintas leyes estatales, la ley federal marco es la *Adam Walsh Act (AWA)* 2006. Según la propia ley federal, los sujetos a los cuales les sea de aplicación la AWA deben ser registrados y, con ello, ofrecer una serie de datos a las autoridades competentes en todos aquellos estados en que el sujeto resida, trabaje o estudie, antes de la finalización de la pena privativa de libertad que estén cumpliendo, o en un plazo máximo de tres días en el caso de no estar condenado a una pena privativa de libertad. En concreto, se establece que los sujetos deberán ofrecer su nombre completo y, si es el caso, sus alias, número de la seguridad social, domicilio, nombre y dirección de la empresa donde trabajen o estudien, matrícula y descripción de los vehículos que utilicen o sean de su propiedad, así como cualquier otra información que sea requerida por el Fiscal General de los Estados Unidos<sup>66</sup>. Además, el § 118 de la AWA

---

65 Un análisis de las leyes de registro norteamericanas en lengua castellana, véase FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C., “Registros de delincuentes sexuales y prevención del delito. Análisis de la experiencia estadounidense”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV, 2014, pp. 383-422; SALAT PAISAL, M., *La respuesta jurídico-penal a los delincuentes imputables peligrosos: especial referencia a la libertad vigilada*, Cizur Menor, 2015, pp. 150-176; SALAT PAISAL, M., “Medidas post-penitenciarias aplicables a los delincuentes sexuales: una visión desde el Derecho norteamericano”, en *Revista Penal*, núm. 35, 2015, pp. 190-195.

66 En este sentido, el Fiscal General ha utilizado su potestad para incluir en los registros la siguiente información: la fecha de nacimiento, los números de teléfono que tenga el sujeto, el correo electrónico así como los alias utilizados en internet, una copia del pasaporte o, entre otras, ofrecer información de los lugares que habitualmente frecuenta (restaurantes, parques, bibliotecas, etc.). Además, los estados deberán asegurarse de que la siguiente información esté incluida en los registros: descripción física del sujeto, el

establece que todos los estados deben facilitar la consulta de la información contenida en los registros estatales a los ciudadanos a través de un portal web.

#### **4. La regulación española**

Llegados a este punto es momento de afrontar el último y principal objetivo del presente trabajo, consistente en el análisis de las, aunque tardías, recientes reformas operadas por el legislador español dirigidas a adaptar el ordenamiento jurídico a las exigencias internacionales derivadas de la Directiva 2011/93/UE y el Convenio de Lanzarote en materia de sanciones penales a delincuentes sexuales. Esto es, las introducidas a través de la reforma del Código Penal de 2015 y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

##### **4.1. La inhabilitación para el ejercicio de actividades o profesiones que impliquen contacto con menores de edad**

La prohibición de ejercer actividades o profesiones que impliquen un contacto con menores de edad ha sido doblemente regulada por parte del legislador español. Por una parte, la LO 1/2015 ha modificado el art. 192.3 CP y por otra, la Ley 26/2015 ha introducido un nuevo apartado quinto en el art. 13 de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor.

Empezando por la primera, el nuevo art. 192.3 CP prevé una inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido, que conlleve contacto regular y directo con menores de edad<sup>67</sup>. La inhabilitación debe imponerse a todos

---

precepto penal infringido, los antecedentes penales incluidos los arrestos, los periodos de *probation*, libertad condicional o supervisión postpenitenciaria, una fotografía actual del sujeto, huellas, muestra de ADN, una fotocopia del carnet de conducir o de un carnet de identificación y cualquier otra información que considere el Fiscal General.

67 Si bien su naturaleza es de pena principal, bien podría tildarse de pena accesoria especial o *sui generis*, pues su imposición está vinculada a deter-

aquellos condenados por la comisión de alguno de los delitos regulados en los capítulos II bis y V del Título VIII, relativo a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Esto es, por alguno de los delitos tipificados en los arts. 183 a 183 ter y 187 a 189 CP. El tiempo de duración de la prohibición variará según el sujeto sea condenado a pena de prisión o no. En caso negativo, la inhabilitación tendrá una duración de entre 2 y 10 años. En cambio, si el sujeto es condenado a pena de prisión la inhabilitación durará un periodo de entre 3 y 5 años superior al tiempo de duración de la pena de prisión. El juez en el momento de concretar la duración de la pena deberá tener en cuenta la gravedad del delito, el número de delitos cometidos y las circunstancias personales del condenado.

La nueva pena de inhabilitación regulada en el art. 192.3 CP responde a la transposición del art. 10.1 de la Directiva 2011/93/UE. Aunque tal afirmación pueda parecer un tanto precipitada, pues el nuevo art. 13.5 de la LO de Protección Jurídica del Menor también prohíbe el acceso de los condenados por delitos sexuales a profesiones que impliquen contacto con menores de edad. No obstante, son diversos los argumentos para inferir que el art. 192.3 CP deriva del art. 10.1 de la Directiva europea y que la primera parte del art. 13.5 LO de Protección Jurídica del Menor es la respuesta al art. 5.3 del Convenio de Lanzarote. Así, en primer término, el estilo de redacción del art. 192.3 CP coincide con el de la Directiva y el del art. 13.5 LO 1/1996 con el del Convenio. En segundo lugar, el primero limita el acceso a las profesiones que conlleven un contacto habitual y directo con menores, tal como se establece en la Directiva y, en cambio, el segundo únicamente, como después se verá, se refiere a las que conlleven un contacto habitual con menores, tal como se indica en el Convenio.

---

minados delitos y su duración se determina en relación con la de la pena de prisión. Sobre el concepto la accesoriadad especial, véase VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El proceso de armonización de las penas de inhabilitación en el seno de la Unión Europea”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 17, 2007, p. 134.

Sin embargo, el texto resultante peca por exceso y por defecto. Por exceso por diversos motivos. Primero, porque la Directiva europea no obliga a que la inhabilitación especial deba imponerse a todos y cada uno de los condenados por alguno de los delitos previstos en el propio texto, sino sólo en aquellos casos en que exista un riesgo de reincidencia. Segundo, pues el nuevo art. 192.3 CP prevé la inhabilitación para profesiones u oficios sean o no retribuidas. Tercero, porque se prevé que la inhabilitación especial para el ejercicio de profesiones u oficios se imponga también a aquellos que cometan un delito de prostitución en el que la víctima sea una persona adulta previsto en el art. 187 CP y este es un delito no previsto por el texto europeo. Asimismo, el nuevo art. 192.3 CP peca por defecto al no haber contemplado dentro del ámbito de aplicación de la pena aquellos delitos descritos en los arts. 3.5 y 3.6 de la Directiva 2011/93/UE, relativos a los abusos y agresiones sexuales a menores de entre 16 y 17 años, al estar éstos regulados en los arts. 180 a 182 CP<sup>68</sup>.

Junto con las incongruencias de la nueva redacción del art. 192.3 *in fine* CP en relación con la Directiva europea, deben plantearse otras cuestiones de orden interno. Empezando por la más general, el legislador no ha señalado nada sobre la compatibilidad entre la nueva inhabilitación especial para el ejercicio de cualquier profesión u oficio que conlleve contacto regular y directo con menores y la genérica, de imposición con carácter potestativo, inhabilitación especial para empleo o cargo público o ejercicio de la profesión u oficio, por lo que será posible la imposición de ambas penas conjuntamente. Sin embargo, aunque la legislación permite tal posibilidad únicamente tendría sentido imponer ambas penas en aquellos casos en que la genérica in-

---

68 Si se entiende que la Directiva exige que la duración de la inhabilitación deba ser indefinida, luego la regulación española en este extremo también debe entenderse defectuosa. No obstante, si se entiende, como así se hace en este trabajo, que la Directiva posibilita una alternativa, entonces el art. 192.3 CP en este sentido es respetuoso con las exigencias derivadas del art. 10.1 Directiva 2011/93/UE.

habilitación especial resultante en la prohibición de ejercer un determinado oficio o profesión tenga un alcance distinto del de la nueva pena de inhabilitación.

Por otro lado, descendiendo a cuestiones dudosas de orden interno más concretas debe criticarse el hecho que el legislador español no haya concretado qué debe entenderse por «profesión u oficio que conlleve contacto regular y directo con menores de edad». Esta crítica puede extrapolarse también, como después se verá, al art. 13.5 de la LO de Protección Jurídica del Menor. La propia Directiva europea establecía que debían ser los Estados miembros quienes delimitasen las profesiones, oficios y actividades objeto de prohibición. Así pues, debería haberse delimitado, en pos de la seguridad jurídica, qué profesiones y oficios quedan integrados en dicho concepto. Aunque crear una lista con las profesiones y oficios objeto del 192.3 *in fine* CP al estilo de la legislación británica puede llevar a que el legislador descuide la incorporación de otras que también implican un contacto directo y regular con menores, no hacerlo supone la práctica imposibilidad de saber si una profesión queda o no integrada en la prohibición. También debe advertirse que el legislador español ha acotado la inhabilitación a profesiones y oficios y no en cambio a un concepto más genérico, cual es el de «actividades», como sí hace la Directiva. Luego, a pesar de la referencia explícita al carácter retribuido o no de las profesiones u oficios, parece difícil, de acuerdo con la definición tanto de profesión<sup>69</sup> como de empleo<sup>70</sup>, que las actividades de voluntariado queden integradas en la inhabilitación.

Por último, debe reprobarse la extraña fórmula que el legislador ha establecido a modo de criterios a tener en cuenta en el momento concretar la duración de la nueva pena. Resulta obvio que el fundamento de su imposición, a pesar de su previsión

---

69 Según el diccionario de la RAE profesión es: empleo, facultad u oficio que alguien ejerce y por el que percibe una retribución.

70 Por oficio, en cambio, el diccionario de la RAE entiende: «ocupación habitual».

como pena, es evitar el riesgo de comisión de nuevos delitos de la misma naturaleza. Por tanto, la duración de la inhabilitación debería justificarse en el mayor o menor riesgo de reincidencia. Es más, incluso si se opta por aceptar los criterios establecidos por el legislador para determinar la duración de la misma no se alcanza a comprender el segundo de ellos según el cual deberá valorarse el número de los delitos cometidos. ¿A qué delitos se refiere? ¿Quizá a los objeto de condena y no en cambio los cometidos con anterioridad a la misma? ¿Pero se refiere a todos los delitos o sólo a los que conllevan la imposición de la inhabilitación especial? Nada se dice al respecto, aunque cabe entender que sólo deberían tenerse en cuenta aquellos que afectan a la pena de inhabilitación en cuestión y no otros delitos objeto de enjuiciamiento.

Ante tal situación, para cumplir con las exigencias derivadas del art. 10.1 Directiva 2011/93/UE hubiera sido suficiente con la inhabilitación especial genérica prevista en la primera parte del art. 192.3 CP. Otra posibilidad, acorde con la política criminal iniciada en la LO 5/2010 y que se ha visto en parte confirmada en la reforma del CP de 2015, sería la de eliminar la actual previsión establecida en el art. 192.3 CP y, en su lugar, introducir la inhabilitación especial para el ejercicio de determinadas actividades profesionales como prohibición incardinada en la propia medida de seguridad de libertad vigilada. Es más, puesto que la inhabilitación especial exigida por la Directiva debe aplicarse únicamente en aquellos casos en que se aprecie que existe un riesgo de reincidencia, sería más acorde con el sistema de sanciones penales por el que ha optado el legislador que la vía elegida para dar cumplimiento a las exigencias europeas fuera a través de su incorporación en la medida de seguridad de libertad vigilada (art. 106.1 CP). De hecho, la inhabilitación prevista en el nuevo apartado 3º del art. 192 CP cabe dentro en «la prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza» propia de la medida de seguridad de libertad vigilada [art. 106.1.i) CP], por lo que no era necesario efectuar ninguna modificación legal.

Continuando con la segunda de las medidas, el legislador español ha aprobado, junto con la inhabilitación especial prevista en el art. 192.3 CP, un nuevo precepto que limita el ejercicio de profesiones o actividades que impliquen un contacto con menores. En este caso nos referimos a la previsión establecida en el art. 13.5 LO de Protección Jurídica del Menor que establece como requisito para el acceso y ejercicio de 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, así como por trata de seres humanos.

La primera de las cuestiones que plantea el nuevo art. 13.5 LO 1/1996 es la relativa a su naturaleza. Formalmente, la previsión contenida no supone ninguna consecuencia para los condenados por delitos sexuales o de trata de personas. De hecho, introduce un requisito para el acceso a determinadas profesiones consistente en demostrar documentalmente la ausencia de antecedentes penales por alguno de los delitos mencionados en el propio precepto. Tal requisito afecta a todo individuo, haya cometido o no algún delito, que pretenda acceder a alguna de las profesiones, oficios o actividades que impliquen contacto habitual con menores. Incluso esta clase de requisitos son habituales para el acceso a la función pública, a determinadas profesiones liberales u otros trabajos, como empleado de bingo o en seguridad privada<sup>71</sup>. No obstante, su previsión tiene a su vez un efecto negativo para los condenados por alguno de los ilícitos penales establecidos: la imposibilidad de trabajar en oficios o actividades que impliquen contacto habitual con menores durante el tiempo que tengan antecedentes penales por la comisión de alguno de estos delitos. Luego, quienes efectivamente se ven afectados por la introducción del requisito de acceso a estas profesiones son los condenados por la comisión de un delito de carácter sexual o de trata de seres humanos. En tal caso,

---

71 LARRAURI, E./ JACOBS, J. B., “Reinserción laboral y antecedentes penales”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 13-09, 2011, p. 9 y ss.

a pesar de que formalmente deba entenderse que el nuevo art. 13.5 LO 1/1996 establece un simple criterio de acceso a unas determinadas profesiones —como puede ser el tener un título académico superior— materialmente debe considerarse como una sanción<sup>72</sup>, y más concretamente como una sanción de naturaleza penal, pues su efecto sólo se dirige a sujetos que cometen delitos. Esta sanción, que incluso se impone sin la intervención de un juez o tribunal, tiene materialmente un efecto prohibitivo del ejercicio de las profesiones o actividades que impliquen contacto con menores.

Debe entonces plantearse si el establecimiento del nuevo requisito de acceso a profesiones que impliquen contacto con menores vulnera la reserva de ley orgánica establecida en el art. 81.1 CE al haberse éste regulado a través de ley ordinaria. La respuesta, a falta de un análisis profundo al respeto, debe ser negativa, pues no parece que afecte de forma directa a alguno de los derechos fundamentales objeto de reserva (arts. 15 a 29 CE)<sup>73</sup>. No obstante, la formulación del art. 13.5 LO 1/1996 posiblemente vulnera el principio de taxatividad, pues en realidad la ley no establece ninguna prohibición, sino que la misma se deriva de un requisito de acceso a determinadas profesiones.

Una vez abordadas estas primeras cuestiones más genéricas, pasamos ahora a analizar el contenido concreto del art. 13.5 LO 1/1996. En relación con las profesiones afectadas, en este caso y siguiendo lo establecido en el art. 5.3 Convenio de Lanzarote, la prohibición o requisito de acceso se aplica a las profesiones, oficios o actividades que impliquen un contacto habitual con menores, sin que se exija que además deba ser regular o habitual. No queda claro, en cambio, si también deben quedar

---

72 En este sentido, véase LARRAURI, E./ JACOBS, J. B., “Reinserción laboral y antecedentes penales”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 13-09, 2011, p. 21.

73 Sobre la afectación y alcance de la reserva de ley orgánica en materia penal, véase JARIA I MANZANO, J., “El marco constitucional del Derecho penal”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Derecho penal constitucional*, Valencia, 2015, pp. 148-154 y en concreto pp. 151-152.

incluidas las actividades de voluntariado. El art. 5.3 del Convenio de Lanzarote, tal como se ha indicado *supra*, únicamente se refiere a profesiones y no a actividades de voluntariado. El legislador español indica de forma expresa tanto las profesiones u oficios como las actividades, pero no dice nada, a diferencia de lo establecido en el art. 192.3 CP, de si deben o no ser remuneradas.

Igualmente, la regulación relativa a los delitos afectados presenta algunas incongruencias. En este sentido, los delitos la comisión de los cuales implica *de facto* la imposibilidad de ejercer tales actividades se extiende a los exigidos por el Convenio de Lanzarote, pues el art. 13.5 LO 1/1996 no sólo abarca los delitos contra la libertad e indemnidad sexual en que la víctima es menor de edad, sino también los delitos de trata de seres humanos y al menos otros de delitos de carácter sexual. De hecho, resulta complicado saber qué exactos delitos quedan englobados, pues el precepto establece literalmente que: «[...] 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».

Así pues, la clave está en determinar si el precepto, cuando se refiere a las distintas categorías de delitos contra la libertad e indemnidad sexual, lo hace a modo ilustrativo o lo hace con la finalidad de acotar los concretos delitos que quedan comprendidos por la prohibición. Si se aplica un criterio de interpretación restrictiva<sup>74</sup>, debe entenderse que sólo quedan englobados los concretos delitos de carácter sexual indicados, con lo que quedan fuera los regulados en el art. 183 ter CP: el delito de *online child grooming* o propuesta sexual telemática y el llamado delito de embaucamiento. Si lo que se trataba era de englobar todos los delitos contra la libertad e indemnidad sexual no tiene sentido

---

74 Criterio más acertado en el caso de normas sancionadoras, tal como han indicado las SSTC 254/1988, de 21 diciembre, o 59/2010, de 4 de octubre.

que específicamente se diga cuales se incluyen. En tal caso y tal como sucede con el art. 192.3 CP, el legislador ha vuelto a legislar de forma defectuosa, al no incluir delitos previstos en el Convenio y en cambio incorporar otros no previstos<sup>75</sup>. Esto debe criticarse no tanto por su inclusión, ya que España no estaba internacionalmente impedida de hacerlo, sino porque con su afán punitivista el legislador no cumple correctamente con las exigencias internacionales.

En este caso, el propio art. 13.5 LO de Protección Jurídica del Menor establece el mecanismo a través del cual se pretende garantizar el cumplimiento del requisito de acceso a las profesiones, actividades u oficios que conlleven un contacto habitual con menores y a su vez transpone el art. 10.2 Directiva 2011/93/UE. Aunque se hará referencia a él más adelante, sí puede avanzarse que consiste en la obligatoriedad de acreditar a todo aquel que pretenda acceder a tales profesiones la ausencia de antecedentes penales por la comisión de alguno de los delitos mencionados a través de la aportación de una certificación negativa del registro central de delincuentes sexuales.

Finalmente, antes de proceder al análisis de la transposición por parte del legislador español de la medida prevista en el art. 10.2 de la Directiva 2011/93/UE, relativa al derecho a que los empresarios en el momento de contratar a un individuo para determinados puestos de trabajo puedan conocer de los antecedentes penales por la comisión de delitos de carácter sexual, es ineludible realizar una breve reflexión de conjunto de las dos medidas vistas hasta ahora. En este sentido, el legislador español ha actuado como una simple máquina de transcribir en lugar de hacer un ejercicio de reflexión y transposición de las exigencias internacionales. A continuación expongo las razones que me conducen a la anterior afirmación. Por un lado, tenemos el art. 192.3 CP, que obliga a imponer por un tiempo determinado una pena de inhabilitación consistente en la prohibición

---

75 Todos aquellos delitos contra la libertad sexual en los que la víctima es una persona mayor de edad.

de ejercer profesiones u oficios que impliquen contacto habitual y directo con menores a todos los condenados por la comisión de alguno de los delitos previstos en los arts. 183 a 183 ter y 187 a 189 CP. Por otro lado, está el art. 13.5 LO de Protección Jurídica del Menor, consistente en exigir como requisito para el acceso a determinadas profesiones el no haber sido condenado por alguno de los delitos antes mencionados. En lo que aquí interesa, la mencionada exigencia provoca que los condenados por determinados delitos contra la libertad e indemnidad sexual y por el delito de trata de personas no puedan trabajar en profesiones o actividades que impliquen contacto habitual con menores mientras los antecedentes penales por la comisión de dichos delitos no sean cancelados. Es obvio que la previsión de ambas medidas supone en la práctica una duplicidad en la regulación de una misma sanción: la prohibición de ejercer determinadas actividades cuando éstas impliquen un contacto con menores. Por si no fuera suficiente con ello, ambas medidas además no coinciden ni con el tiempo de duración de la prohibición, ni con los delitos que conducen a su imposición, ni tampoco con las profesiones objeto de prohibición, lo que en la práctica implicará graves problemas interpretativos. En principio parece que la previsión contenida en el art. 192.3 CP deba quedar anulada en favor de la prevista en el art. 13.5 LO de Protección Jurídica del Menor. Lo cierto, no obstante, es que ello puede que no sea así. La inhabilitación especial regulada en el Código Penal tendrá pleno sentido en aquellas actividades de voluntariado no comprendidas por el art. 15.3 de la LO 1/1996, como también en los casos de condena por la comisión de un delito de *online child grooming* o de embaucamiento (art. 183 ter CP). Incluso, en los casos en que sea de aplicación la prohibición derivada del requisito de acceso establecido en el art. 13.5 LO 1/1996, la inhabilitación especial prevista en el art. 192.3 CP tendrá también un impacto importante. Así, además del efecto simbólico que evidentemente tiene toda pena, el hecho de imponer una pena de inhabilitación añadida puede afectar el cómputo del plazo de cancelación de los antecedentes penales, lo que indirectamente

provocará un aumento de la duración de la prohibición de acceso a profesiones que impliquen contacto habitual con menores, regulada en el art. 13.5 de la mencionada Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.

Si el legislador, en lugar de transcribir las distintas medidas que venía obligado a regular en el ordenamiento jurídico español, hubiera hecho un previo ejercicio de interiorización, a buen seguro que ahora no nos encontraríamos con una incoherente duplicidad de regulaciones. Una posibilidad hubiera sido que regulara las exigencias derivadas del art. 10.1 de la Directiva y el art. 5.3 del Convenio de forma unitaria a través de la incorporación de una pena de inhabilitación especial en el Código Penal o utilizar para ello la medida de libertad vigilada. En tal caso, el art. 15.3 LO 1/1996 funcionaría como mero mecanismo de control de la pena de inhabilitación prevista en el art. 192.3 CP. Es decir, para acreditar la ausencia de impedimentos para ejercer las profesiones u oficios indicados.

#### **4.2. El derecho de los empresarios a conocer los antecedentes penales**

El derecho de los empresarios a conocer los antecedentes penales por la comisión de delitos de carácter sexual y las inhabilitaciones para ejercer actividades que impliquen contacto con menores prevista en el art. 10.2 Directiva 2011/93/UE ha sido regulado en el art. 13.5 LO de Protección Jurídica del Menor. En éste, tal como se ha avanzado anteriormente, se prevé que quienes pretendan acceder a profesiones, oficios o actividades que impliquen un contacto habitual con menores<sup>76</sup> deberán aportar una certificación negativa del registro central de delincuentes sexuales.

---

76 Aquí pueden hacerse extensivas las críticas realizadas *supra* en relación con la falta de concreción del concepto de profesiones, oficios o actividades que impliquen un contacto habitual y regular con menores.

Como fácilmente puede comprobarse, la regulación española excede con creces de las exigencias europeas. El motivo más obvio por el cual se excede de lo previsto en el art. 10.2 de la Directiva europea radica en que la medida no se prevé como un derecho de los empresarios, sino como una obligación de las personas que pretendan trabajar en puestos que conlleven un contacto habitual con menores. Además, el derecho español, a diferencia del europeo, prohíbe que se contrate a los sujetos con antecedentes penales por alguno de los delitos previstos en el propio art. 13.5 LO 1/1996.

En relación con los delitos afectados, el derecho español no cumple correctamente con las exigencias europeas. En principio los sujetos deberán acreditar que no tienen antecedentes penales a través de la certificación negativa del registro de delincuentes sexuales. No obstante —aunque no queda claro, pues en el momento de escribir estas líneas aún no se ha aprobado el Real Decreto de creación del registro<sup>77</sup>— parece lógico que únicamente deban constar en el registro los delitos de carácter sexual establecidos en el propio art. 13.5 LO 1/1996 y no el resto de delitos contra la libertad e indemnidad sexual; esto es, los previstos en el art. 183 ter CP. También plantea problemas el hecho que entre los delitos objeto de prohibición para el acceso a las mencionadas profesiones se encuentre el delito de trata de personas. En estos casos, al no ser éste un delito contra la libertad e indemnidad sexual, parece lógico que tampoco esté previsto en el futuro registro de delincuentes sexuales y, por tanto, a pesar de la prohibición quedará fuera de cualquier tipo de control. Asimismo, la Directiva europea prevé que puedan conocerse no solo las condenas derivadas de delitos de carácter sexual,

---

77 Véase la Disposición transitoria cuarta de la Ley 26/2015 por la que se establece que hasta que no entre en funcionamiento el registro central de delincuentes sexuales la certificación negativa será emitida por el registro central de antecedentes penales. Al respecto, debe advertirse que, aunque nada se diga, también durante este periodo transitorio la certificación únicamente se realizará respecto de los delitos que quedan afectados por el propio art. 13.5 LO de Protección Jurídica del Menor.

sino también cualquier inhabilitación especial para el acceso a actividades, retribuidas o no, que conlleven contacto habitual y regular derivada de la comisión de cualquier tipo de delito, sea o no de carácter sexual. En este caso, se entiende que si es un registro específico sólo constarán las condenas derivadas de los delitos incluidos y por tanto no el resto de condenas, a pesar de que las mismas prohibían a un sujeto trabajar en profesiones que impliquen contacto habitual y directo con menores.

Otro defecto importante de la normativa española reside en que no prevé ante quién debe aportarse la certificación negativa de antecedentes penales incluidos en el Registro de delincuentes sexuales. A pesar de que pueda intuirse que tal certificación deberá entregarse al empresario que pretenda contratar al sujeto en cuestión, tal extremo parece que debería haberse clarificado.

Es importante también determinar cuál es la naturaleza jurídica de la obligación consistente en presentar una certificación negativa de antecedentes penales para poder acceder a alguna de las profesiones indicadas en el art. 13.5 LO 1/1996. Aunque posiblemente ello requiera de un examen más detallado, en tanto su objetivo es procurar la efectividad del criterio de acceso a profesiones que impliquen contacto habitual con menores, debe entenderse que su naturaleza sea administrativa. Así las cosas, desde el momento en que entre en vigor la modificación introducida al art. 13 LO 1/1996 a través de la Ley 26/2015, deberá exigirse la presentación de un certificado de los antecedentes penales en el que deberán constar, si existen, todos los delitos, sin importar el momento de comisión de los mismos, pues no será de aplicación el principio de irretroactividad previsto en el art. 25.1 CE.

Con todo, para cumplir con las exigencias derivadas del art. 10.2 Directiva 2011/93/UE y el art. 5.3 Convenio de Lanzarote no era necesario crear un registro especial de delincuentes sexuales. En su lugar, hubiera sido suficiente con posibilitar que los empresarios pudieran conocer las condenas o las inhabilita-

ciones impuestas para poder trabajar con menores, al estilo de Italia o Alemania. En este sentido, el grupo parlamentario Unión Progreso y Democracia (UPyD) presentó el 29 de abril de 2014 una proposición no de Ley en el Congreso de los Diputados en la que se solicitaba al Gobierno español que modificase las normas necesarias para que toda persona que desee acceder a un empleo en el que exista un contacto regular con menores de edad deba presentar un certificado de antecedentes penales en el que conste exclusivamente la existencia de condenas por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, de manera que en caso de tener antecedentes no pueda optar a dicho trabajo. La propuesta presentada por UPyD sin embargo, traspasa las exigencias de la Directiva, pues extiende la obligación derivada de la Directiva a todos los delitos de carácter sexual con indiferencia de que las víctimas sean o no menores de edad, pese a que la Directiva únicamente se refiere a los delitos específicamente establecidos en el propio texto legislativo: el delito de abusos sexuales a menores, el delito de explotación sexual a menores, el delito de pornografía infantil o el delito de online *child grooming*. Tal opción, con las consideraciones realizadas en relación con los delitos afectados, hubiese resultado suficiente para cumplir con las exigencias europeas. De hecho, la alternativa por la se ha decantado el legislador español, similar al modelo francés, sobre todo en lo relativo a la creación de un registro especial de delincuentes sexuales, es económicamente muy costosa y no aporta más, en lo que a cumplimiento de la Directiva se refiere, que la opción que se acaba de exponer.

A lo dicho cabe añadir que las obligaciones contraídas por España en este sentido parecen de antemano criticables. La consecuencia derivada del requisito para acceder a profesiones que conlleven contacto habitual con menores, y por consiguiente la obligación de aportar un certificado de antecedentes penales, puede llegar a vulnerar el principio de resocialización establecido en el art. 25.2 CE. Sobre todo en relación con aquellos sujetos que a pesar de haber cumplido con la condena impuesta y estar completamente reinsertados no puedan optar a dicho trabajo por

tener antecedentes penales por la comisión de delitos de naturaleza sexual.

### **4.3. La creación de un registro para la obtención y el almacenamiento de los perfiles de ADN**

Las obligaciones derivadas del art. 37 Convenio de Lanzarote han sido reguladas en el nuevo art. 129 bis CP. Este nuevo precepto establece que pueden obtenerse los identificadores de ADN de determinados condenados<sup>78</sup> para su inscripción en la base de datos policial. En el caso de condenados por la comisión de un delito contra la libertad e indemnidad sexual el perfil de ADN obtenido deberá, además, ser incorporado en el futuro registro de delincuentes sexuales (DF 14 de la Ley 26/2015). Tal como está previsto en la regulación alemana, el art. 129 bis CP únicamente prevé tal posibilidad respecto de determinados condenados. En el caso español, los sujetos afectados son todos los 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. Asimismo, será necesario que, juntamente con la condena por la comisión de alguno de los anteriores delitos graves, se aprecie, de las circunstancias del hecho, antecedentes, valoración de la personalidad del condenado, o de otra información disponible, un peligro relevante de reiteración delictiva. Sólo en estos casos, el juez o tribunal podrá acordar —sin estar obligado a ello— la toma de muestras biológicas del condenado para que

---

78 En relación con la obtención de perfiles genéticos durante el proceso penal deberá acudirse a la LO 10/2007, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, además de otros concretos preceptos de la LECrim. Sobre ello, véase DE HOYOS SANCHO, M., “Obtención y archivo de identificadores extraídos a partir del ADN de sospechosos: análisis de la regulación española a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 35, 2010, pp. 93-116.

las mismas sean analizadas a fin de obtener los identificadores o perfil de ADN en el que conste exclusivamente la información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo. Esta muestra biológica puede obtenerse, según establece el nuevo art. 129 bis CP, bien con el consentimiento del condenado, bien sin su consentimiento y por tanto forzosamente. En este último supuesto deberá acudir a las medidas coactivas mínimas e indispensables para su obtención; medidas que además deberán ser, en todo caso, proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con la dignidad del condenado.

La regulación española no cumple con lo establecido en el art. 37 Convenio de Lanzarote tanto por exceso como por defecto. En el primer caso por el hecho de que tipos delictivos afectados son más amplios que los contemplados por el Convenio. En cambio, la legislación española es defectuosa en el sentido que no abarca a todos los delitos de carácter sexual, pues sólo pueden obtenerse muestras de ADN en caso de ser condenado por un delito grave, castigado con pena de prisión superior a 5 años, y cuando exista un riesgo relevante de reiteración delictiva.

Además de las deficiencias que presenta la nueva consecuencia accesoria<sup>79</sup> prevista en el art. 129 bis CP por lo que al cumplimiento con las obligaciones internacionales respecta, a nivel interno deben también realizarse una serie de consideraciones de carácter crítico<sup>80</sup> de entre las que cabe destacar dos.

---

79 Aquí no es posible discutir sobre la verdadera naturaleza del nuevo art. 129 bis CP. Al respecto, véase RAMON RIBAS, E., “De las consecuencias accesorias”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código Penal español*, 7ª ed., Cizur Menor, 2016; HERNÁNDEZ GARCÍA, J./ RAMÍREZ ORTIZ, J. L., “Las consecuencias procesales de la reforma”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentario a la Reforma Penal de 2015*, Cizur Menor, 2015, pp. 288-296.

80 Ampliamente, véase HERNÁNDEZ GARCÍA, J./ RAMÍREZ ORTIZ, J. L., “Las consecuencias procesales de la reforma”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentario a la Reforma Penal de 2015*, Cizur Menor, 2015, pp. 288-296. véase también, ROIG TORRES, M., “Obtención y registro de los identificadores del ADN (art. 129 bis)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Valencia, 2015, pp. 435-450.

Por un lado, las deficiencias que presenta el catálogo de delitos previsto. Éste es impreciso y por tanto vulnerador del principio de taxatividad, al preverse la toma de muestras biológicas también de los condenados por cualquier otro delito grave que conlleve un riesgo grave para la vida, la salud o la integridad física de las personas. Por otro lado, debe criticarse la ausencia de previsión alguna en relación con el tiempo de conservación tanto de las muestras biológicas como de los perfiles de ADN de los condenados. A diferencia de las regulaciones del resto de países analizados, España no establece absolutamente nada en relación con si deberán constar por un periodo determinado o con carácter indefinido. Ante tal ausencia normativa, se podría acudir a la LO 10/2007, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, en la que se establece como tiempo máximo el de la cancelación de antecedentes penales (art. 9 LO 10/2007). No obstante, el propio art. 9 de la mencionada ley establece que tales plazos de cancelación sólo son aplicables a los perfiles de ADN que hayan sido obtenidos bajo alguno de los supuestos habilitadores establecidos en la misma ley. Por tanto será imposible aplicar los plazos en los casos en que los perfiles se hayan obtenido como consecuencia de la consecuencia accesoria prevista en el CP.

#### **4.4. La creación de un registro de delincuentes sexuales**

Aunque propiamente no existe ninguna norma internacional que obligue a que el Estado español deba crear un registro especial de delincuentes sexuales, hemos visto que tanto la Directiva europea 2011/93/UE como especialmente la Resolución 1733 (2010) del Consejo de Europa alientan a los distintos Estados a establecer un registro en el que consten los datos de los sujetos que cometan delitos de carácter sexual. A su vez, España también se ve influida por otros países, en especial europeos, como Francia y el Reino Unido, pero también Estados Unidos, que como se ha visto *supra* también han regulado sus propios registros de delincuentes sexuales.

Ante tal estado de cosas, España finalmente parece que creará un registro especial de delincuentes sexuales. Por ahora la Disposición final decimoséptima de la Ley 26/2015 obliga a que el Gobierno español dicte en el plazo de seis meses desde la publicación de la misma Ley —el 29 de julio de 2015— las disposiciones reglamentarias oportunas relativas a la organización del registro central de delincuentes sexuales<sup>81</sup>.

Según la citada Disposición final, el registro deberá contener al menos los datos relativos a la identidad y al perfil genético de las personas condenadas por, dice textualmente la ley, «los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, en los que incluyen la agresión sexual y abuso sexual, acoso sexual, exhibicionismo y provocación sexual, prostitución y explotación sexual y corrupción de menores». Otra vez, tal como ha hecho en relación con el art. 13.5 LO de Protección Jurídica del Menor, el legislador ha vuelto a indicar qué concretos delitos deben incluirse en el mencionado registro, por lo que debe considerarse —como se ha hecho en relación con la «prohibición absoluta»— que sólo deberán quedar incluidos los delitos expresamente mencionados y no el resto de delitos contra la libertad e indemnidad sexual<sup>82</sup>. Entiendo además que la afirmación relativa a que el registro deberá contener el perfil genético de los condenados por alguno de los delitos mencionados debe conectarse con la nueva consecuencia accesoria regulada en el art. 129 bis CP, de modo que únicamente en los casos en que el juez o tribunal acuerde obtener el perfil de ADN del condenado —necesidad de cometer determinados delitos graves y de acreditar un riesgo relevante de reiteración delictiva por parte del condenado— y el delito sea coincidente con aquellos que implican la obligatoriedad de registrarse será cuando deberá integrarse en el nuevo registro de

---

81 En el momento que se escriben estas líneas (octubre 2015) se ha aprobado ya el Proyecto de Real Decreto por el que se regula el registro central de delincuentes sexuales.

82 Por lo que parece del Informe del CGPJ sobre el Proyecto de RD por el que se regula el registro central de delincuentes sexuales el ejecutivo ha entendido, contrariamente a lo aquí defendido, que el legislador en la DF 17ª de la Ley 26/2015 se refiere a todos los delitos contra la libertad e indemnidad sexual.

delincuentes sexuales<sup>83</sup>. Asimismo, debe advertirse que resulta extraño que la Ley no incluya en el registro la información de los condenados por un delito de trata de personas<sup>84</sup>. Si la comisión de un delito de tal naturaleza implica, según el art. 13.5 LO de Protección Jurídica del Menor, la imposibilidad material para ejercer profesiones, oficios o actividades que impliquen contacto habitual con menores y el modo de controlar tal extremo es a través de la presentación de una certificación negativa del registro de delincuentes sexuales, no cabe duda que será imposible controlar que los condenados por un delito de trata de personas trabajan o no en los puestos prohibidos. En consecuencia, si la comisión de tales delitos no accede al registro el legislador bien debería de eliminar tal delito de la previsión establecida en el mencionado art. 13.5 LO 1/1996 o bien debería establecer que también se incorporará en el registro la información de los sujetos que cometan un delito de trata de personas. No lo que es posible es introducir *ex novo* el delito de trata de personas como delito objeto del nuevo registro de delincuentes sexuales vía Real Decreto, pues ello resultaría en una vulneración del principio de legalidad.

Aunque el legislador se decidiera a corregir los distintos defectos técnicos de la regulación del futuro registro de delincuentes sexuales, existen múltiples argumentos para censurar su creación. Al primero de ellos ya me he referido anteriormente. Si la finalidad del registro es controlar el cumplimiento de la inhabilitación prevista en el art. 13.5 LO de Protección Jurídica del Menor, no es necesario crear un registro *ad hoc*<sup>85</sup>. En su lugar, sería suficiente, puesto que no estamos obligados interna-

---

83 En un sentido similar, véase el Informe del CGPJ sobre el Proyecto de RD por el que se regula el registro central de delincuentes sexuales que considera que debería concretarse que la inclusión del código identificador de perfil genético se ha de llevar a cabo sólo cuando así lo haya acordado el órgano judicial.

84 También lo advierte el Informe del CGPJ sobre el Proyecto de RD por el que se regula el registro central de delincuentes sexuales.

85 Tampoco, como hemos visto *supra*, para cumplir con las exigencias derivadas del art. 10.2 Directiva 2011/93/UE.

cionalmente a crearlo, con modificar la regulación del registro central de penados<sup>86</sup> a fin que fuera posible permitir solicitar certificaciones, bien de todo tipo de condenas, bien de las condenas por delitos contra la libertad e indemnidad sexual. En segundo lugar, porque ya existe un registro general: el registro central de penados, en el que se inscriben todas las resoluciones firmes por la comisión de un delito que impongan penas o medidas de seguridad. En tercer lugar, porque la creación de un nuevo registro especial tiene un elevado coste económico, sin que su creación aporte valor añadido alguno que lo justifique. Finalmente, otro argumento para rechazar la creación de un registro de delincuentes sexuales consiste en el riesgo (fundado) de que el mismo pase de ser un instrumento de naturaleza administrativa a un instrumento de naturaleza penal. La propia DF 17ª Ley 26/2015 no cierra las puertas a que el registro sea absolutamente confidencial. Es más, se establece que deberá regularse el acceso a la información contenida en el registro para asegurarse en todo caso su confidencialidad, pero esto no implica más que quien obtenga la información no pueda después hacerla pública. A su vez, la Resolución del Consejo de Europa establece también que la información contenida en los registros nacionales pueda notificarse a determinados sujetos en aquellos casos en que esto resulte útil para prevenir la comisión de futuros delitos. Además, tenemos el ejemplo de lo que ha pasado en derecho comparado. Tanto Estados Unidos como el Reino Unido crearon en un primer momento un registro de delincuentes sexuales de carácter privado y fue en un momento posterior cuando se permitió la posibilidad de notificar su contenido al resto de la sociedad. Así, lo que en un primer momento fue concebido con el objetivo de reducir la reincidencia podría acabar produciendo el efecto completamente contrario al esperado, al conducir a la estigmatización del sometido al registro<sup>87</sup> y mermar su derecho

86 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.

87 En este sentido, véase Salat Paissal, M., *La respuesta jurídico-penal a los delincuentes imputables peligrosos: especial referencia a la libertad vigilada*, Cizur Menor, 2015, pp. 171-173.

a la resocialización establecido en el art. 25.2 CE. Pero además, la notificación y publicidad de los datos personales de los condenados supondría una ofensa directa al derecho al honor y a la dignidad de las personas afectadas absolutamente intolerable desde el punto de vista de la Constitución española<sup>88</sup>.

## 5. Conclusiones

En los últimos años ha crecido la preocupación a nivel internacional por el fenómeno de la delincuencia sexual; en particular en los casos en que las víctimas son menores de edad. Ya no sólo se exige a los Estados miembros, de la Unión Europea o del Consejo de Europa, la incriminación de determinadas conductas y el establecimiento de determinadas penas mínimas para cada uno de los tipos penales, ahora además se pretende armonizar otras sanciones penales de carácter postpenitenciario dirigidas a prevenir la reincidencia de los sujetos condenados. Por un lado, las medidas establecidas en la Directiva europea son de corte más tímido. Esto en parte debe celebrarse, pues la competencia legislativa en materia penal continúa siendo de los Parlamentos nacionales. No obstante, esta misma falta de concreción de las medidas establecidas en la Directiva 2011/93/UE provoca que, tal como se ha visto en el breve análisis de derecho comparado, no exista una verdadera armonización entre los distintos ordenamientos jurídicos. Al mismo tiempo, ello produce

---

88 En este mismo sentido, véase ALONSO RIMO, A., “La publicidad de los antecedentes penales como estrategia de prevención del delito”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 17, 2012, pp. 15-26; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., “Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, núm. 1, 2009, p. 208; PÉREZ TRIVIÑO, J. L., “El renacimiento de los castigos avergonzantes”, *Isonomía*, núm. 15, 2001, pp. 194 y ss.; JACOBS, K. B./ LARRAURI, E., “¿Son las sentencias públicas? ¿Son los antecedentes penales privados? Una comparación de la cultura jurídica de Estados Unidos y España”, *Indret*, 4/2010, pp. 20 y ss., donde se realiza una interesante comparativa entre la visión española con la norteamericana sobre los derechos en juego y su afectación con una posible publicación de los antecedentes penales de un sujeto.

una mayor dificultad para conseguir uno de los principales objetivos de la Directiva: cual es la cooperación entre los distintos Estados. Así, por ejemplo, un ciudadano alemán que cometa un delito de carácter sexual es condenado también a una inhabilitación especial para desarrollar trabajos que conlleven contacto con menores de edad siempre que consista en funciones de supervisión de los mismos. En España, en cambio, el art. 192.3 CP inhabilita a todos los condenados por la comisión de un delito sexual (no, por ejemplo, los regulados en los arts. 180 a 182 CP, a pesar que la víctima sea menor de edad) para desempeñar un trabajo que conlleve contacto habitual con menores. Tal disparidad normativa provoca que un español condenado en España por la comisión de un delito el delito de agresión sexual a un menor de 16 años no esté inhabilitado para ejercer de profesor en una escuela de educación primaria en Alemania.

Sin embargo, difícilmente puede pretenderse que los distintos Estados europeos armonicen sus legislaciones en materia de consecuencias postpenitenciarias aplicables a delincuentes sexuales si ni entre los distintos instrumentos europeos existe tal armonización. En este sentido, existe una discordia importante entre la inhabilitación profesional prevista en la Directiva y la prevista en el Convenio de Lanzarote. Por otro lado, la prohibición regulada en el Convenio de Lanzarote es absolutamente excesiva, pues provoca que difícilmente un condenado por la comisión de alguno de los delitos regulados en el propio Convenio pueda trabajar en cualquier profesión que pueda implicar un contacto con menores, sin necesidad de que el mismo sea de carácter intenso e indiferentemente del riesgo o no de reiteración delictiva del sometido a la medida.

A nivel comparado, se ha constatado que los ordenamientos jurídicos que han sido brevemente analizados cumplen, de forma más o menos fiel, con las distintas obligaciones derivadas de los dos instrumentos legislativos internacionales objeto de estudio en el presente trabajo. Empero, solamente el Reino Unido cumple, e incluso podría tildarse de excesivamente punitivo,

con las exigencias internacionales derivadas de la Directiva y el Convenio. El resto de Estados observan las obligaciones derivadas de la Directiva, pero no la «prohibición absoluta» prevista en el art. 5.3 del Convenio de Lanzarote.

Finalmente, a nivel español se ha confirmado algo que ya era una sospecha, pues el legislador español, tal como nos tiene acostumbrados, ha transpuesto las obligaciones comunitarias tarde e inadecuadamente. La regulación española presenta, en todas y cada una de las medidas objeto de análisis, deficiencias importantes. Así, cada una de las distintas medidas que han sido incorporadas en el ordenamiento jurídico español a través de la aprobación de la reforma del CP mediante la LO 1/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia han cumplido sólo en parte las exigencias europeas. Las mayores deficiencias se manifiestan en relación con los delitos que provocan la imposición de alguna de las medidas, bien la inhabilitación prevista en el art. 192.3 CP o en el art. 13.5 de la LO de Protección Jurídica del Menor, bien en la obtención del perfil de ADN prevista en el art. 129 bis CP. Aún resulta más grave la falta de coherencia entre las distintas medidas aprobadas. Es difícil de explicar cómo el legislador introduce, en marzo de 2015, una nueva inhabilitación especial de imposición obligatoria a los condenados por la comisión de determinados delitos sexuales y al cabo de cuatro meses, julio de 2015, aprueba una nueva ley que impone como requisito para poder acceder a profesiones que conlleven contacto habitual con menores el no haber sido condenado por determinados delitos, lo que *de facto* tiene como consecuencia la introducción una nueva prohibición que afecta a distintos sujetos y profesiones. Las mismas contradicciones se presentan entre el registro de delincuentes sexuales y la recolección del perfil de ADN de determinados condenados. Ante tal laberinto legislativo será necesario que nuevamente el legislador ponga en marcha la maquinaria para modificar las recientes reformas aprobadas a fin de adaptar la legislación internacional de forma coherente a las demandas provenientes de Europa y no en bloques, como lo ha hecho hasta ahora.

## 6. Bibliografía

- ALONSO RIMO, A., “La publicidad de los antecedentes penales como estrategia de prevención del delito”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 17, 2012.
- BEARD, J./ LIPSCOMBE, S., “Retention of fingerprints and DNA data”, *House of Commons*, London, 2013.
- CARD, R./ GILLESPIE, A./ HIRST, M., *Sexual offences*, 2ª ed., Jordan Publishing, New York, 2008.
- DE HOYOS SANCHO, M., “Obtención y archivo de identificadores extraídos a partir del ADN de sospechosos: análisis de la regulación española a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 35, 2010, pp. 93-116.
- FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C., “Registros de delincuentes sexuales y prevención del delito. Análisis de la experiencia estadounidense”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV, 2014, pp. 383-422.
- HARRISON, K., *Dangerous, risk and the governance of serious sexual and violent offenders*, Routledge, New York, 2011.
- HERGOZ-EVANS, M., “Judicial rehabilitation in France: Helping with the desisting process and acknowledging achieved desistance”, *European Journal of Probation*, vol. 3(1), 2011, pp. 4-19.
- HERNÁNDEZ GARCÍA, J./ RAMÍREZ ORTIZ, J. L., “Las consecuencias procesales de la reforma”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentario a la Reforma Penal de 2015*, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 241-296.
- HOME OFFICE, DEPARTMENT OF HEALTH, DEPARTMENT OF EDUCATION AND SCIENCE WELSH OFFICE, *Working together: under the Children Act 1989: a guide to arrangements for inter-agency co-operation for the protection of children from abuse*, London, 2011.
- HOME OFFICE, *Sentencing and supervision of sex offenders: a consultation document*, London, 1996.
- HUGHES, T. A./ WILSON, D. J., *Reentry in the United States*, 2002, (<http://bjs.ojp.usdoj.gov/index.cfm?ty=pbdetail&iid=1138>).

- JACOBS, J. B./ BLITSA, D., “US, EU & UK Employment Vetting as Strategy for Preventing Convicted Sex Offenders from Gaining Acces to Children”, *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, Paper 365, 2012, pp. 1-36.
- JACOBS, J. B./ LARRAURI, E., “¿Son las sentencias públicas? ¿Son los antecedentes penales privados? Una comparación de la cultura jurídica de Estados Unidos y España”, *Indret*, 4/2010, 2010, pp. 1-52.
- JARIA I MANZANO, J., “El marco constitucional del Derecho penal”, QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Derecho penal constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 135-190.
- KEMSHALL, H./ WEAVER, B., “The sex offender public disclosure pilots in England and Scotland: lessons for ‘marketing strategies’ and risk communication with the public”, *Criminology and Criminal Justice*, vol. 12, 2012, pp. 549-565.
- KEMSHALL, H./ WOOD, J., *Child Sex Offender Review (CSOR) Public Disclosure Pilots: a process evaluation*, Home Office, London, 2010.
- LANGAN, P. A./ SCHMITT, E. L./ DUROSE, M. R., *Recidivism of sex offenders released from prison in 1994*, 2003, (<http://bjs.ojp.usdoj.gov/index.cfm?ty=pbdetail&iid=1136>).
- LARRAURI, E./ JACOBS, J. B., “Reinserción laboral y antecedentes penales”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 13-09, 2011
- LEVENSON, J. L./ COTTER, L. P., “The effect of Megan’s Law on sex offender reintegration”, *Journal of Contemporary Criminal Justice*, vol. 21(1), 2005, pp. 49-66.
- LEVENSON, J. L./ D’AMORA, D. A./ HERN, A. L., “Megan’s Law and its impact on community re-entry for sex offenders”, *Behavioral Sciences and the Law*, vol. 25, 2007, pp. 587-602.
- LIPSCOMBE, S., *Sarah’s Law: the child sex offender disclosure scheme*, London, 2012.
- *Registration and management of sex offenders under the Sexual Offences Act 2003*, 2012, (<http://www.parliament.uk/briefing-papers/SN05267>).

- MELOY, M. L., “The sex offender next door: an analysis of recidivism, risk factors and deterrence of sex offenders on probation”, *Criminal Justice Policy Review*, vol. 16, 2005, pp. 211-236.
- MORGENSTERN, C., “Judicial Rehabilitation in Germany – the Use of Criminal Records and the Removal of Recorded Convictions”, *European Journal of Probation*, vol. 3(1), 2011, pp. 20-35.
- PÉREZ TRIVIÑO, J. L., “El renacimiento de los castigos avergonzantes”, *Isonomía*, núm. 15, 2001, 193-207.
- RAMON RIBAS, E., “De las consecuencias accesorias”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): *Comentarios al Código Penal español*, 7ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2015.
- ROIG TORRES, M., “Obtención y registro de los identificadores del ADN (art. 129 bis)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 435-450.
- SALAT PAISAL, M., “Medidas post-penitenciarias aplicables a los delincuentes sexuales: una visión desde el Derecho norteamericano”, en *Revista Penal*, núm. 35, 2015, pp. 182-206.
- *La respuesta jurídico-penal a los delincuentes imputables peligrosos: especial referencia a la libertad vigilada*, Aranzadi, Pamplona, 2015.
- SAMPLE, L. L./ BRAY, T. M., “Are sex offenders different? An examination of rearrest patterns”, *Criminal Justice Policy Review*, vol. 17, 2006, pp. 83-102.
- SCAFFARDI, L., “L’uso del DNA in ambito investigativo penale nell’Unione Europea: tutti per uno o ognuno per sé?”, *Rivista dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, núm 4/2012, 2012, pp. 1-20.
- SMALL, J. A., “Who are the people in your neighborhood? Due process, public protection, and sex offender notification laws”, *New York University Law Review*, vol. 74, 1999, pp. 1451-1493.

- TEWKSBURY, R., "Collateral consequences of sex offender registration", *Journal of Contemporary Criminal Justice*, vol. 21, 2005, pp. 67-81.
- THOMAS, T., *The registration and monitoring of sex offenders: a comparative study*, Routledge, New York, 2011.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C., "El proceso de armonización de las penas de inhabilitación en el seno de la Unión Europea", *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 17, 2007, pp. 111-135.
- *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- VVAA, *Delitos sexuales y reincidencia*, Departament de Justícia, Generalitat de Catalunya, 2009.
- WRIGHT, R. G., "Sex offender post-incarceration sanctions: are there any limits?", *New English Journal on Criminal and Civil Confinement*, vol. 34, 2008, pp. 17-50.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., "Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, núm. 1, 2009, pp. 199-212.