Roj: **SAN 874/2024 - ECLI:ES:AN:2024:874**

Id Cendoj: **28079230032024100169**
Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**
Sede: **Madrid**
Sección: **3**
Fecha: **06/03/2024**
Nº de Recurso: **2006/2021**
Nº de Resolución:
Procedimiento: **Procedimiento ordinario**
Ponente: **JOSE FELIX MENDEZ CANSECO**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

A U D I E N C I A N A C I O N A L

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN TERCERA

Núm de Recurso: 0002006/2021

Tipo de Recurso: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Núm. Registro General: **19149/2021**

Demandante: D. Amadeo

Procurador: **Dª. MARÍA DE LA CONCEPCIÓN MORENO DE BARREDA ROVIRA**

Letrado: **Dª. SUSANA LÓPEZ MÁRMOL**

Demandado: **MINISTERIO DE JUSTICIA**

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.:D. JOSE FELIX MENDEZ CANSECO

S E N T E N C I A Nº :

Ilmo. Sr. Presidente:

D. JOSÉ FÉLIX MÉNDEZ CANSECO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DIAZ FRAILE

Dª. ISABEL GARCÍA GARCÍA-BLANCO

Dª. LUCÍA ACÍN AGUADO

Dª. ANA MARÍA SANGÜESA CABEZUDO

Madrid, a seis de marzo de dos mil veinticuatro.

Visto el recurso contencioso-administrativo que ante esta Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el **número 2006/2021,** se tramita a instancia de **Amadeo** representado por la Procuradora María de la Concepción Moreno de Barreda Rovira contra la resolución del Secretario General de la Administración de Justicia, dictada por delegación del Ministro, de 15 de marzo de 2021 por la que se deniega al recurrente la cancelación de los datos inscritos en el Registro Central de Delincuentes Sexuales (RCDS), y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

AN TECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El acto impugnado procede del Ministerio de Justicia y es la Resolución de fecha 15 de marzo de 2021.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo contencioso administrativo de esta Audiencia Nacional, después de admitido a trámite y reclamado el expediente administrativo, se dio traslado al recurrente para que formalizara la demanda, solicitando en el suplico la estimación del recurso.

TERCERO.- Presentada la demanda, se dio traslado de la misma al Abogado del Estado, con entrega del expediente administrativo para que la contestara y, formalizada dicha contestación, solicitó en el suplico que se desestimaran las pretensiones del recurrente y que se confirmaran los actos impugnados por ser conformes a Derecho.

CUARTO.- Co ntestada la demanda y fijada la cuantía por diligencia de ordenación de fecha 21 de julio de 2023 en Indeterminada, quedaron los autos conclusos para sentencia, señalándose para votación y fallo el día 20 de febrero de 2024 en el que, efectivamente, se votó y falló.

QU INTO.- En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido Ponente el Magistrado de esta Sección D. José Félix Méndez Canseco.

FU NDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpuso el presente recurso contra la resolución dictada por delegación del ministro de justicia de 15 de marzo de 2021, por la que se deniega al recurrente la cancelación de los datos inscritos en el Registro Central de Delincuentes Sexuales (RCDS), solicitada el 23 de febrero de 2021, ello con base en no haber transcurrido los 30 años desde la extinción de la condena, a tenor de lo establecido en el artículo 10.b) del Real Decreto 1110/2015, de 11 de diciembre, por el que se regula el Registro Central de Delincuentes Sexuales (BOE de 30 de diciembre de 2015).

SEGUNDO.- El hoy recurrente fue condenado por difusión material pornográfico entre menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección [art. 186 CP] a 6 meses de prisión el 7/06/2017, por el Juzgado de lo Penal nº 4 de Valencia, ejecutada por el Juzgado de lo Penal nº 13 de Valencia, procediendo a la remisión definitiva el 8/6/2019, siendo la comisión de los hechos de fecha 30/12/2015 y habiéndose extinguido su responsabilidad penal con fecha 24/1/2018.

Alega, en síntesis, el demandante que la fecha de la comisión de los hechos es de 30 de diciembre de 2.015, la entrada en vigor del Real Decreto 110/2015, de 11 de diciembre, por el que se regula el Registro Central de Delincuentes Sexuales es el 29 de febrero de 2.016, según la Disposición final quinta, a los dos meses de su publicación en el BOE, es decir, dos meses después de la comisión de los hechos por los que fue condenado mi representado, por lo que no pueden acceder al nuevo Registro los hechos referidos a delitos cometidos con anterioridad a su creación, por lo que necesariamente debe de operar el principio de irretroactividad de las normas sancionadoras y restrictivas de derechos, de conformidad con el artículo 9,3 de la CE y vulneración del artículo 25.2 de la Constitución , y por tratarse de la aplicación retroactiva de una disposición no favorable.. Por lo que los datos de mi representado en dicho Registro Central de Delincuentes Sexuales nunca debieron ser incluidos

TERCERO.- El citado artículo 10.b), al regular la cancelación de los datos relativos a penas y medidas de seguridad impuestas en sentencia firme, señala:

b) Cuando la víctima fuera menor de edad y el condenado mayor de edad, la cancelación se realizará cuando haya transcurrido el plazo de treinta años, a contar desde el día en que se considere cumplida la pena de conformidad con el artículo 136 del Código Penal sin haber vuelto a delinquir...

El ahora recurrente fue condenado por sentencia firme el 7/6/2017 por difusión material pornográfico entre menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección. [Art. 186 CP], habiéndose extinguido su responsabilidad penal con fecha 24/1/2018. Siendo la víctima o víctimas menores de edad, resulta claro que el plazo establecido en el precepto no se ha cumplido, y la resolución se ajusta al mandato contenido en el Real Decreto regulador del RCDS.

Para resolver la cuestión planteada respecto de la invocada irretroactividad de la norma aplicada, hemos de atender al fundamento y finalidad de la norma aplicada. Al efecto, ha de tenerse en cuenta que el plazo establecido en el art. 10.b) fue introducido en el RD regulador del RCDS a instancia del Consejo Fiscal y del Consejo de Estado. Concretamente la Comisión permanente del Consejo de Estado emitió por unanimidad el

dictamen del 3 diciembre 2015 sobre el proyecto del RD. En el mismo se señala textualmente: "El Consejo de Estado comparte la preocupación que se refleja en las atinadas observaciones del Consejo Fiscal y entiende, como este, que la constancia de los datos anotados en el Registro Central de delincuentes sexuales por un tiempo superior al establecido para la cancelación de antecedentes penales puede resultar muy conveniente para proteger el interés superior de los menores de edad, sin ser contrario al principio de proporcionalidad. Téngase en cuenta, a este respecto, que el nuevo apdo. 5 del art. 13 de la LO uno/1996, el 15 enero, de protección jurídica del menor, incorporado por el apdo. 8 del art. único de la Ley 26/2015, configura, como requisito para el acceso y ejercicio a las profesiones, oficios y actividades que impliquen contacto habitual con menores, el no haber sido condenado por sentencia firme por ningún delito contra la libertad de indemnidad sexual o de trata de seres humanos. Este requisito no se vincula, como puede verse, a la existencia de antecedentes penales sino al hecho mismo de la condena. A juicio del Consejo de Estado, debería reconsiderarse la regulación proyectada en lo que concierne a la proyectada equiparación entre los requisitos temporales de la cancelación de los datos del Registro Central de delincuentes sexuales y de la cancelación de los antecedentes penales, al menos al objeto del cumplimiento del requisito indicado".

Tal y como apunta el Consejo de Estado, el RCDS no se vincula necesariamente al Registro Central de Penados, cuya cancelación se regula en el CP, ya que el origen del RCDS se vincula, más bien, a las normas nacionales e internacionales relativas a la protección de la infancia y la adolescencia. El RCDS, y el RD que lo regula se ampara en la Ley 26/2015, de 28 julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Dicha Ley, en su disposición final 17ª prevé que el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Justicia, dictará en el plazo de seis meses desde su publicación las disposiciones reglamentarias oportunas relativas a la organización del Registro Central de Delincuentes Sexuales. Tal como señala la Exposición de Motivos del RD: "El principio inspirador al que responde el Registro Central de Delincuentes Sexuales se estructura sobre la base del derecho fundamental del menor a que su interés superior sea prioritario, como proclama la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia. En este contexto no sólo se plasman los compromisos adquiridos por España en el seno de la Unión Europea y del Consejo de Europa, sino que además permite la equiparación a los países de nuestro entorno en la extensión de la protección que dispensan a los niños contra la explotación y el abuso sexual." El Real Decreto efectúa, junto con otras normas, la incorporación de importante normativa supranacional, en especial, el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, de 25 de octubre de 2007, satisfaciendo el compromiso adquirido de contribuir eficazmente al objetivo común de proteger a los niños contra la explotación y el abuso sexual; la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y explotación sexual de los menores y la pornografía infantil; y la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. Como señala la Exposición de Motivos del RD, a lo largo de toda la regulación del mismo late la protección del interés del menor como último fin de la norma, en consonancia con la jurisprudencia sentada por el TC en la Sentencia 185/2012 de 17 octubre, sometiéndose al mandato constitucional que recibe el Poder Público del art. 39 de la CE: velar por la protección integral de los niños de conformidad con los convenios internacionales. La Convención de los Derechos del Niño parte del principio de que el interés del niño ha de considerarse superior a los demás intereses en juego y su exigibilidad no queda a criterio de los Estados. Por ello, la LO 8/2015 de 22 julio en su art. 2 declara que todo menor tiene derecho a que su interés superior se ha valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernen. Con arreglo a estos principios, y persiguiendo el interés de los menores como primordial y preferente, el RD regulador del registro incorporó el art. 10 b). En relación al mismo, la repetida Exposición de Motivos señala lo siguiente: "Si la víctima tuviera la condición de menor de edad, se considera conveniente seguir un régimen distinto en relación con los límites temporales establecidos para la cancelación de los antecedentes penales y ampliar la duración de la inscripción hasta 30 años, atendiendo a la especifica función y finalidad de las inscripciones de este registro, que no se constituyen como una pena sino como una medida para la protección de la infancia y adolescencia. Ello no se opone a los principios de proporcionalidad, necesidad o reinserción pues no impide que los antecedentes penales sean cancelados en el plazo establecido legalmente, sin que dichas inscripciones sean consideradas a efectos de reincidencia."

CUARTO.- Las normas reguladoras de la cancelación de las inscripciones en el Registro Central de Delincuentes Sexuales carecen de naturaleza penal y se vinculan al interés de los menores. Las normas del RD limitan el acceso al RCDS a los órganos judiciales, al Ministerio Fiscal cuando ello resulte necesario para el cumplimiento de sus funciones y a la Policía Judicial en el ámbito de sus competencias.

Por otra parte, las inscripciones en el Registro Central de Delincuentes Sexuales se encuentran vinculadas a las previsiones de la Ley de Protección Jurídica del Menor que, en su modificación realizada en 2015 (Ley 26/2015), establece como requisito para el ejercicio de profesiones o actividades que impliquen contacto

habitual con menores el no haber sido condenado por delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Por ello, la permanencia de las inscripciones por un plazo muy superior al de la cancelación de antecedentes penales (en los casos de víctimas menores) resulta imprescindible para el cumplimiento de la medida legal indicada. También podemos poner de manifiesto que las inscripciones en el RCDS, en el caso específico indicado por el art. 10. b, por un período superior al establecido para la cancelación de los antecedentes penales, no implica la consideración de esta inscripción a los efectos de reincidencia, y no impide tampoco la cancelación de los antecedentes penales.

En definitiva, la norma cuya aplicación se discute no tiene, indudablemente, una naturaleza penal y su aplicabilidad se fundamenta exclusivamente en el interés prioritario del menor. La Abogacía General del Estado, en informe de 11 octubre 2016, sobre una consulta del Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas, abordó una cuestión muy vinculada a la que se plantea en el presente recurso. Se consultaba, entre otras cosas, sobre la aplicabilidad de la medida, antes referida, establecida en el apdo. 5 del art. 13 de la Ley de Protección Jurídica del Menor (prohibición de ejercicio de profesiones vinculadas a menores a los condenados por ciertos delitos) a personas que, con anterioridad a la Ley que establecía esta prohibición venían ya ejerciendo dicha profesión. Se planteaba por tanto la regularidad de la aplicación retroactiva de esta norma que, como decimos, se vincula totalmente a la inscripción en el registro que ahora se examina. Las consideraciones contenidas en dicho informe son, en gran parte, trasladables a la cuestión que se plantea en este recurso: "cabe muy fundadamente entender que la apreciación de la existencia de una muy cualificada exigencia de bien común o interés general que justifica la aplicación del artículo 13.5 de la LOPJM a quienes hubiesen sido condenados por delitos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 26/2015 ha sido ya realizada por el legislador en atención a las consideraciones que al respecto se incluyen en el preámbulo del Real Decreto 1110/2015, de 11 de diciembre. En dicho preámbulo se hace una referencia a la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. La citada Ley reconoce estar inspirada, principalmente, en el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario, principio fundamental en la materia que se ha introducido de manera expresa en el artículo 2 de la LOPJM en los siguientes términos: "Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir". De acuerdo con la Exposición de Motivos de la Ley 8/2015, el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial se define desde un contenido triple: constituye no solamente un derecho sustantivo, sino también una norma de procedimiento, y, por lo que a los efectos del presente informe interesan, "un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor". La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, parte de ese mismo principio fundamental: el interés del niño ha de considerarse superior a los demás intereses en juego. Así, el artículo 3.1 de la Convención dispone lo siguiente: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". El legislador español, previa ratificación de los instrumentos internacionales que comprometen a España en la observancia del principio fundamental del interés superior del niño, ha incorporado, por tanto, al ordenamiento jurídico tal principio, disponiendo de manera expresa que tal interés prevalezca sobre cualquier otro interés legítimo que pueda concurrir (artículo 2 de la citada Ley Orgánica 8/2015). En razón de todo ello, es procedente considerar que la aplicación retroactiva de la previsión contenida en el artículo 13.5 de la LOPJM sí está justificada en la apreciación, por parte del legislador, de la concurrencia de una muy cualificada exigencia de interés general, entendiendo que tal interés general se identifica, en este caso concreto, con la necesidad de proteger el interés superior del menor, de la infancia, como parte esencial de la sociedad, garantizando su preponderancia sobre cualquier otro que pueda concurrir. Desde otro punto de vista, si bien complementario del anterior, no cabe olvidar que, como se ha dicho, el legislador ha sancionado en la Ley Orgánica 8/2015 el interés primordial del menor como principio de carácter interpretativo, que obliga a atribuir a las disposiciones jurídicas, en el supuesto de que admitan diversos sentidos, el que mejor responda a los intereses del menor. Pues bien, es indudable que, aplicando ese canon hermenéutico a la previsión incluida en el artículo 13.5 de la LOPJM, se llega fundadamente a la conclusión de que la inhabilitación debe alcanzar también a quienes fueron condenados por sentencia firme por los delitos que en él se establecen cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 26/2015, pues tal interpretación protege mejor el superior interés del menor que el criterio de considerar que no procede la aplicación retroactiva del repetido precepto legal. En suma, no cabe duda de que las claras previsiones de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la Ley

Orgánica 8/2015 sobre la primacía o prevalencia del interés del menor sobre cualquier otro interés legítimo que concurra con él constituyen una declaración del legislador que, aunque no se haga expresa y formalmente en el artículo 13.5 de la LOPJM para disponer, con base en ello, la aplicación de la medida dispuesta por esta norma legal en el caso de delitos cometidos con anterioridad a su entrada en vigor, equivale a esa declaración si se tiene en cuenta, además, que es criterio mantenido reiteradamente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que puede y debe darse eficacia retroactiva a aquellas normas que condenen como incompatibles a sus fines situaciones anteriormente constituidas (sentencias del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1934, 17 de diciembre de 1941, 5 de julio de 1986, 9 de abril de 1992 y 20 de abril de 2009). Teniendo en cuenta la imprescindible vinculación entre la pervivencia de las inscripciones en el RCDS y la aplicación de las medidas establecidas en la LOPJM, debemos llegar a la conclusión de que la aplicación retroactiva del artículo 10.b) del RD 1110/2015 es plenamente regular. La solución contraria dejaría, de facto, sin contenido las indicadas previsiones legales.

En consecuencia, no es de apreciar vulneración alguna de los artículos 9.3 y 25 de la Constitución, ni el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente ni indefensión según - artículos 24.1 y 14 de la Constitución. Y tampoco consta vulneración alguna del artículo 35 de la ley fundamental española, que garantiza también el derecho al trabajo.

Las alegaciones del demandante carecen, por lo tanto, de virtualidad anulatoria y deben rechazarse, con desestimación el presente recurso.

De conformidad con lo previsto en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional, habiendo sido desestimadas todas las pretensiones de la parte recurrente y no concurriendo las circunstancias expresadas en el apartado 1 de dicho precepto, el recurrente debe ser condenado al pago de las costas causadas.

FA LLAMOS

Que **desestimamos** el presente recurso interpuesto por Amadeo .

Condenamos al recurrente al pago de las costas.

"La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su **no**tificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta."

Así por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ