UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

REGISTROS Y SISTEMAS DE NOTIFICACIÓN DE CONDENADOS POR DELITOS SEXUALES

Análisis del tratamiento jurídico penal post-penitenciario

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

VÍCTOR IGNACIO ALÉ MARTÍNEZ

Profesora guía: Rocío Lorca Ferreccio

Santiago, Chile

2017

§ REGISTROS Y SISTEMAS DE NOTIFICACIÓN DE CONDENADOS POR DELITOS SEXUALES

Análisis del tratamiento jurídico penal post-penitenciario

* * *

Tabla de contenidos

RESUMEN…….……...…….. ix
INTRODUCCIÓN……..…… 11

CAPÍTULO I: MARCO CONCEPTUAL DE LOS REGISTROS DE CONDENADOS POR DELITOS SEXUALES

** Alcances preliminares*

1. Sistema de delitos sexuales…… 14
1.1. Consideraciones respecto de la terminología «delitos sexuales»……..……..... 14
1.2. Modelos históricos de la regulación de delitos sexuales…… 16
1.3. Comportamientos sexuales punibles…… 18
1.4. Bien(es) jurídico(s) protegido(s)…… 19
2. Agresores («delincuentes») sexuales…….…… 24
2.1. Términos conceptuales y definiciones……... 24
2.1.1. Alcance terminológico del concepto «delincuente»……... 25
2.1.2. «Agresor» u «ofensor» sexual……..... 25
2.1.2.1. Conceptualización……... 25
2.1.2.2. Definiciones…….……... 25
2.1.2.2.1. Definiciones formales……..... 26
2.1.2.2.2. Definiciones operativas…… 26
2.2. Agresor sexual desde la perspectiva conductual……..... 28
2.3. Tipologías de agresores sexuales……....……..... 30
2.3.1. Según la víctima……....…….…..... 31
2.3.2. Según el comportamiento……..... 31
2.3.3. Según el sujeto activo (agresor sexual adulto)……... 32
2.3.4. Según ofensoras sexuales femeninas……..... 32
2.4. Agresores sexuales: una cuestión de género……... 33
2.5. Agresores sexuales juveniles…….. 35
2.6. Percepción de la comunidad acerca de los agresores sexuales……..... 37
2.6.1. El perfil del «delincuente» sexual……... 37
2.6.2. Factores que condicionan la percepción del perfil del «delincuente» sexual……..….. 38
2.6.2.1. Factor conceptual…… 39
2.6.2.2. Factor populismo punitivo……... 40
2.6.2.3. Factor «medios de comunicación»……....……..... 42
2.6.2.4. Factor rol de la víctima……....……. 46

3. Tratamiento político-criminal de la delincuencia sexual……..…….. 48
3.1. Medidas privativas de libertad……... 48
3.1.1. *Mandatory Sentencing Laws*…….…… 49
3.1.1.1. Definición……... 49
3.1.1.2. Críticas……..……..... 50
3.1.2. *Civil commitment*…..…….. 50
3.1.2.1. Definición y características…….. 50
3.1.2.2. Naturaleza jurídica y constitucionalidad.....…….. 52
3.1.2.3. Eficacia y críticas……...…… 53
3.1.3. Custodia de seguridad…….. 54
3.2. Medidas post-penitenciarias (no privativas de libertad)…….…… 56
3.2.1. Restricciones de residencia (*residency restrictions*)……..... 56
3.2.1.1. Definición…… 56
3.2.1.2. La teoría de las actividades rutinarias…… 57
3.2.1.3. Eficacia y críticas……..…… 58
3.2.2. Sistemas de monitorización GPS……..... 62
3.2.2.1. Definición……...…. 62
3.2.2.2. Clasificación……..... 62
3.2.2.3. Eficacia……... 63
3.2.2.4. Teoría del mosaico……...…. 63
3.2.2.5. Ventajas y críticas……... 64
3.2.3. Polígrafo……..… 65
3.2.4. Castración química……... 66
3.2.4.1. Definición……..……... 66
3.2.4.2. Naturaleza jurídica……... 67
3.2.4.3. Aplicación y normativas……..... 67
3.2.4.4. Eficacia…… 69
3.2.4.5. Críticas……..... 70
3.3. Otras medidas. Alcance respecto de la pena de muerte…… 70

CAPÍTULO II: REGISTROS DE AGRESORES SEXUALES Y SISTEMAS DE NOTIFICACIÓN

1. Concepto y definición…… 73
2. Finalidad nuclear y sub-propósitos funcionales…….. 75
3. Tipologías registrales……..…….…….…….. 76
3.1. Según técnica legislativa……....…….. 76
3.2. Según quiénes pueden acceder al Registro……..... 77
3.3. Según la forma de acceso al Registro……..... 78
3.3.1. Notificación comunitaria…….. 78
3.3.2. Formas de notificación…….. 79
3.3.2.1. Notificación activa……..…… 79
3.3.2.1.1. Modelo de notificación según peligrosidad del agresor registrado…… 79
3.3.2.1.2. Modelo de notificación predefinida en regulaciones jurisdiccionales……. 81
3.3.2.1.3. Modelo de notificación por el mismo agresor……..…..... 82
3.3.2.2. Notificación pasiva…… 83
3.3.2.3. Relevancia de la distinción……. 83
4. Naturaleza jurídica de los Registros……..……..…. 85
4.1. ¿Naturaleza civil o punitiva?..... 85

4.1.1. Naturaleza civil de los registros y notificaciones…… 87
4.1.1.1. Adam Walsh Act……..…….... 87
4.1.1.2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos……..... 88
4.1.1.3. Resolución Corte Suprema EE.UU: Smith *v.* Doe (voto mayoría)…… 88
4.1.1.3.1. Cuestión a resolver……..…….. 88
4.1.1.3.2. Antecedentes de hecho……..……..... 89
4.1.1.3.3. Opinión de la Corte…….…… 90
4.1.1.3.4. Resolución…….…….. 96
4.1.2. Naturaleza punitiva……... 98
4.1.2.1. Aplicación del test «Kennedy v. Mendoza-Martínez»…...……... 98
4.1.2.1.1. Efectiva incapacidad o restricción……..…….....…... 99
4.1.2.1.2. Sanciones comprendidas históricamente como «castigos»……..... 101
4.1.2.1.3. Finalidad de la norma…….. 105
4.1.2.1.4. Aplicación exclusiva al comportamiento criminal tipificado…..... 105
4.1.2.1.5. Ley excesiva en relación a un propósito alternativo……..… 106
4.1.2.1.6. Conclusión del examen……..... 108
4.1.2.2. Sanción vergonzosa…… 109
4.1.2.2.1. Alcances conceptuales……....……..… 109
4.1.2.2.2. Clasificación……... 110
4.1.2.2.3. Registros Públicos como sanciones vergonzosas……..... 110
4.2. Dado su carácter punitivo, ¿pena o medida de seguridad?..... 113
4.2.1. Sistema de penas y medidas de seguridad…… 113
4.2.2. El Registro y la notificación comunitaria como medida de seguridad……... 114
4.3. Las consecuencias del Derecho Penal: fines punitivos de los Registros Públicos..……..…... 119
4.3.1. Justificación de la reacción penal……..... 120
4.3.2. Teorías de la pena……..……....…...……..…… 121
4.3.2.1. Teorías absolutas…… 121
4.3.2.1.1. Teoría de la expiación…… 122
4.3.2.1.2. Teoría de la retribución……...…… 122
a. Teoría de Kant……... 123
b. Teoría de Hegel…… 124
c. La retribución en los Registros Públicos……...…… 125
4.3.2.2. Teorías relativas……..…… 126
4.3.2.2.1. Prevención general negativa……... 127
4.3.2.2.2. Prevención general positiva……..... 129
4.3.2.2.3. Prevención especial……...…… 130
a. Prevención especial positiva……... 131
b. Prevención especial negativa……..... 132

CAPÍTULO III: ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO

* *Alcances preliminares*
1. Evolución Histórica…….. 135
2. Derecho Comparado…….. 137
2.1. Estados Unidos…….. 137
2.1.1. Características generales…… 137
2.1.2. Evolución normativa……...…….. 142
2.1.2.1. «Community Protection Act» (1990)…… 142
2.1.2.2. «Jacob Wetterling Act» (1994)……... 143
2.1.2.3. «Megan's Law» (1996)……...…… 147

2.1.2.4. «Pam Lychner Sexual Offender Tracking and Identification Act» (1996)… 148
2.1.2.5. «Jacob Wetterling Improvements Act» (1997)…….... 150
2.1.2.6. «Protection of Children from Sexual Predators Act» (1998)…….... 150
2.1.2.7. «Campus Sex Crimes Prevention Act» (2000)…….... 151
2.1.2.8. «PROTECT Act» (2003)……...…… 151
2.1.2.9. «Jessica's Law» (2005)…… 152
2.1.2.10. «Adam Walsh Act» (2006)……...…… 154
2.1.2.10.1. Alcances generales……...… 154
2.1.2.10.2. Niveles de riesgo, duración y período de verificación……..... 156
2.1.2.10.3. Información mínima requerida en el Registro....…….... 158
2.1.2.10.4. Acceso público a la información del Registro vía internet..... 159
2.1.2.10.5. Incumplimiento del registrado…….. 160
2.1.2.10.6. Incumplimiento de la implementación del Registro……..... 160
2.1.2.10.7. Registro de agresores sexuales adolescentes……..... 161
2.1.2.10.8. Programa de notificación Kanka y Zapp…….. 161
2.1.2.10.9. *Civil Commitment*…….....…….. 162
2.1.2.10.10. S.M.A.R.T.……..... 163
2.1.2.11. «International Megan's Law» (2016)…….…….. 163
2.2. Chile…….. 165
2.2.1. Panorama estadístico de la delincuencia sexual en Chile……...……..... 165
2.2.2. Ley Nº20.594……...……..... 168
2.2.2.1. Antecedentes de la ley…… 168
2.2.2.2. Historia de la ley…… …… 169
I. Primer trámite constitucional: Cámara de Diputados…… 170
1.1. Mensaje del Ejecutivo…….. 170
1.1.1. Fundamentos de la iniciativa……...…….…….... 170
1.1.2. Contenido del proyecto……..……...….. 171
1.2. Informe de Comisión de Seguridad Ciudadana…… 172
1.2.1. Discusión general del proyecto……...…...…..... 172
1.2.2. Discusión particular……...…….…… 174
1.3. Discusión en Sala…… 174
1.4. Informe de Comisión de Constitución……..... 175
1.4.1. Intervenciones de académicos de Dº Penal…….....… 175
1.4.2. Discusión particular del proyecto……..…..……..... 177
1.5. Discusión en sala…… 178
II. Segundo trámite constitucional: Senado…….. 180
2.1. Primer Informe de Comisión de Constitución…… 180
2.2. Discusión en Sala……....…… 183
2.3. Segundo Informe de Comisión de Constitución……...….. 185
2.4. Discusión en Sala……....…… 190
III. Tercer Trámite Constitucional. Cámara de Diputados……..... 192
IV. Trámite finalización: Cámara de Origen al Ejecutivo…….. 192
V. Publicación en el Diario Oficial……...……..... 192
2.2.2.3. Contenido de la Ley…… 193
2.2.2.3.1. Modificaciones al Código Penal…… 193
2.2.2.3.2. Modificaciones al D.L. 645 de 1925……..... 196
2.2.2.4. Funcionamiento del Registro…….. 199
2.2.2.5. Proyectos de modificación…….. 202
2.2.2.5.1. Boletín 8703-07…… 202
2.2.2.5.2. Boletín 8437-07…… 202

2.2.2.5.3. Boletín 9474-07…….. 204
2.2.2.6. Jurisprudencia…… 204
2.2.2.6.1. Dictamen 39765-2014…… 204
2.2.2.6.2. Dictamen 23559-2015…… 205
2.2.2.7. Aplicación retroactiva…… 206
2.3. Argentina……..…….....…….... 208
2.4. España…….....…...…….....…….... 209
2.5. Reino Unido…….....…….. 211
2.6. Francia……..…….. 217
2.7. Canadá……..……...…….... 218
2.8. Otros Países..……..…….... 218

3. Comparativas funcionales de los Registros…… 221
3.1. Momento en el que se debe realizar la inscripción en el Registro……..... 221
3.2. Lugar en donde se debe realizar la inscripción en el Registro…..…….....…….... 222
3.3. Duración y frecuencia de la inscripción en el Registro……..……..…….. 222
3.4. Consecuencias del incumplimiento de las obligaciones de Registro……...…… 224
3.5. Sistemas de determinación de riesgo asociado……....…… 225
3.6. Información contenida en el Registro……....…….. 227

CAPÍTULO IV: CONSIDERACIONES CRÍTICAS
A. Alcances preliminares
B. Problemas metodológicos de los estudios en la materia
1. Críticas a los fundamentos……..……..…… 229
1.1. Fundamentos criminológicos……..…… 229
1.1.1. Positivismo criminológico en los Registros……..…….. 229
1.1.1.1. Criminología……..……... 229
1.1.1.2. Escuela Positiva……..…….. 230
1.1.1.2.1. Cesare Lombroso……..……... 232
1.1.1.2.2. Enrico Ferri……..……... 234
1.1.1.2.3. Raffaele Garofalo……....……... 235
1.1.2. Fundamento determinista del Registro…… 236
1.1.3. El mito de la reincidencia…… 242
1.1.3.1. Concepto «reincidencia»…….. 242
1.1.3.2. Metodología de medición……....…… 242
1.1.3.3. Evaluación del riesgo de reincidencia para agresores sexuales……...…….. 244
1.1.3.3.1. Predicción del riesgo……...……... 244
1.1.3.3.2. Instrumentos actuariales……...…… 246
a. Rapid Risk Assessment for Sex Offence Recidivism…..… 246
b. Sex Offender Risk Appraisal Guide……....…….. 246
c. STATIC-99…….. 247
1.1.3.3.3. Otros instrumentos……... 248
a. Manual de Valoración del Riesgo de Violencia Sexual (SVR-20).. 248
b. Minnesota Sex Offender Screening Tool-Revised…… 249
1.1.3.4. Evidencia empírica de la reincidencia de agresores sexuales…… 250
1.2. Fundamentos político-criminales……..…… 258
1.2.1. La «Sociedad del riesgo» y el modelo de la «Seguridad Ciudadana»…….…… 258
1.2.2. La teoría del etiquetamiento……..…….. 261
1.2.3. Proceso de formación de las leyes en materia de delitos sexuales…….....…….. 262

1.2.4. Grupos de presión y la exclusión de los expertos……... 263
1.2.5. Comprensión individualista de la delincuencia sexual……...…… 265
1.2.6. Conclusión……...…… 268

2. Críticas funcionales: Examen de idoneidad de los Registros y sistemas de notificación

** Alcances preliminares*

2.1. Premisas que sostienen la (supuesta) eficacia de los Registros Públicos..…… 270
2.2. Supuesto hipotético de eficacia de los Registros…...…… 271
2.2.1. Efectos co-laterales en los agresores sexuales, familiares, víctimas y la comunidad……... 272
2.2.1.1. Agresor sexual…….. 272
2.2.1.1.1. Barreras de reintegro……..... 272
a. Barreras comunitarias……..... 272
b. Barreras individuales……. 273
c. Barreras estructurales…… 273
d. Barreras formales……..... 274
2.2.1.1.2. Estudios acerca de los efectos……..... 274
2.2.1.1.3. Casos concretos…..…… 277
2.2.1.1.4. Subversión del (debido) carácter privado de los antecedentes…… 279
2.2.1.1.5. Registro de agresores sexuales adolescentes……...… 282
2.2.1.1.6. Conclusión……...……...…... 283
2.2.1.2. Familiares del registrado…..…… 284
2.2.1.3. Víctimas……...…… 286
2.2.1.4. Comunidad……...……... 287
2.2.2. Contravención del orden normativo constitucional……..... 288
2.2.2.1. Afectación al derecho a la intimidad del condenado…… 288
2.2.2.2. Afectación a la dignidad humana……...…... 290
2.2.2.3. Aplicación retroactiva y ley *ex post facto*……...…. 291
2.2.2.3.1. Corte Suprema de Estados Unidos...…… 292
2.2.2.3.2. Cortes Supremas (Estado)……...…... 293
a. New Hampshire……. 293
b. Maine……..... 293
2.2.2.3.3. Corte de Apelaciones: Maryland……..... 293
2.2.2.4. Principio de Legalidad……..... 294
2.2.2.5. Debido Proceso…… 294
2.2.2.5.1. Concepto……...……... 294
2.2.2.5.2. Jurisprudencia…….…….... 296
2.2.3. La teoría del mosaico y los sistemas de notificación……...… 298
2.3. Los Registros Públicos no son eficaces para prevenir la reincidencia del delito..…… 299
2.3.1. Falsa sensación de seguridad……..... 300
2.3.2. Problemas relativos a la gestión y diseño de los Registros……...…… 302
2.3.2.1. Implementación…… 302
2.3.2.2. Inclusión axiomática en las categorías del riesgo asociado……..... 303
2.3.2.3. Sobrecarga del sistema por sobrepoblación de registrados..……... 306
2.3.2.4. Gestión de la seguridad por parte de la comunidad……..... 307
2.3.3. Evidencia empírica de la (in)eficacia de los Registros……..... 308
2.3.4. Disminución de las tasas de abuso sexual en EE.UU……...…... 315
2.4. Conclusión respecto de la eficacia de los Registros……...… 317
2.5. Comentario del Registro de inhabilidades chileno……..... 318
2.6. Propuesta modelo explicativo del déficit de eficacia……..... 321
2.7. Panorama general de críticas elaboradas sobre los sistemas de registro y notificación.....…… 324

CAPÍTULO V: PROPUESTAS

* *Alcances preliminares*

1. Propuestas de reformulación de los Registros……..... 330

1.1. Registro de acceso restringido…… 330

1.2. Clasificación de los agresores sexuales según factores de riesgo……..……...… 330

1.3. Limitación temporal y posibilidad de remoción..…… 331

1.4. Los adolescentes no deberían ser afectos a un sistema registral……..... 332

2. Propuestas sustitutivas a los Registros.……..…… 332

2.1. Criminología que aborde el fenómeno delictivo sexual…….....… 333

2.2. *Situational Prevention Model to sexual offending*……..…..... 334

2.3. Políticas de intervención que permitan el tratamiento del agresor…….....…… 334

2.3.1. Tratamientos «intra-carcelarios»…… 338

2.3.2. Tratamientos «extra-carcelarios»…… 342

2.4. Reintegración y supervisión comunitaria……..……...… 343

2.5. Desde el punto de vista de la víctima……..... 345

CONCLUSIONES.……..……..……..…… 346

* Comentario final…… 346

* Conclusiones temáticas……..… 349

BIBLIOGRAFÍA CITADA.……..…….. 363

§ Resumen

El presente trabajo pretende hacer revisión de los Registros y sistemas de notificación de individuos condenados por delitos sexuales, a través de una metodología analítica que comprende aristas normativas, criminológicas, político-criminales y de fundamentación punitiva.

En el (I) **PRIMER CAPÍTULO** se establecerá el marco conceptual del objeto de estudio a partir del examen de sus presupuestos básicos. Para ello, (i) se hará revisión del sistema de *delitos contra la libertad* e *indemnidad sexual* y sus justificaciones históricas, con el propósito de comprender la constelación de conductas que son tipificadas y sancionadas por el Derecho Penal. Luego, (ii) se identificarán los factores que configuran el *perfil criminógeno* de los sujetos que se ven afectos a este tipo de mecanismos: los denominados «delincuentes sexuales». Por último (iii) se efectuará una exposición de las *medidas político-criminales* que en la actualidad se erigen como las principales herramientas para dar tratamiento a la delincuencia sexual.

En el (II) **SEGUNDO CAPÍTULO** se llevará a cabo un análisis conceptual, histórico y normativo de los Registros y sistemas de notificación de agresores sexuales. En primer lugar, se estudiarán las conceptualizaciones y tipologías registrales junto a la «notificación comunitaria». En armonía con ello, se buscará dilucidar cuál es la naturaleza jurídica de los Registros Públicos y el fundamento que legitima la imposición de la «pena» o de la «medida de seguridad», según se concluya. Luego, se hará revisión del origen y la evolución histórica de los mecanismos en cuestión, analizando las propuestas normativas desarrolladas en el derecho comparado y especialmente en Estados Unidos, para luego evaluar la recepción que ha tenido este fenómeno jurídico-penal en nuestro país.

En el (III) **TERCER CAPÍTULO**, se expondrán las consideraciones críticas respecto de los Registros Públicos. Estas serán abordadas desde dos prismas: en primer lugar, mediante la identificación de sus fundamentos: (i) en términos criminológicos, donde cabe dilucidar cuál es la comprensión que subyace a este tipo de sistemas en lo que compete a la etiología del comportamiento delictual y (ii) en términos político-criminales, con el objetivo de extraer la lógica que rige al esquema registro-notificación comunitaria. En segundo lugar, desde una perspectiva funcional, se sostendrá la falta de idoneidad de estos mecanismos. Para ello, resultará necesario evaluar el *impacto* que producen los Registros, desde las consecuencias fenoménicas negativas en la

sociedad (las que se extienden tanto al registrado, a su familia, a la víctima y la comunidad) así como la tensión constitucional que generan en los ordenamientos jurídicos. Luego, se examinará la (in)eficacia de estas herramientas para satisfacer las finalidades que justifican su implementación, a saber, la prevención de la reincidencia de los ofensores sexuales y la seguridad del público.

Por último, en el (IV) **CUARTO CAPÍTULO** se propondrán *medidas* que permitan afrontar el fenómeno de la delincuencia sexual bajo una lógica que propenda a la reinserción del agresor sexual en la sociedad.

§ Introducción

"Collective fear stimulates herd instinct, and tends to produce ferocity toward those who are not regarded as member of the herd"
- Bertrand Russell

El 19 de Junio del año 2012, en el Diario Oficial se publicó la Ley Nº 20.594, la cual crea inhabilidades para los condenados por delitos sexuales contra menores y establece el registro de dichas inhabilidades. Con la implementación del Registro Público referido, nuestro país ha adoptado de forma definitiva un mecanismo de incipiente producción en el derecho comparado y particularmente abundante en Estados Unidos.

En la actualidad, existe un profundo debate acerca de la función y los límites que debe tener la justicia penal. En este esquema, la sociedad, para hacer frente al fenómeno delictivo, demanda una mayor intervención del Estado, reivindicando la prisión como reacción penal y exigiendo penas privativas de libertad de mayor duración[1]. Sin embargo, las ansias por el robustecimiento desmedido del poder punitivo estatal podría entrar en contradicción con el principio de la *última ratio,* el cual entiende que el Derecho Penal es el *último* instrumento al cual se debe recurrir para efectos de proteger determinados bienes jurídicos, lo que implica agotar todas las formas de control restantes que tengan un carácter menos lesivo[2].

En este contexto, en lo que respecta al tratamiento de la delincuencia sexual particularmente en contra de menores de edad, la legislación punitiva se encuentra en aumento y tiende a dos vías[3]. La primera de ellas, dice relación con una proliferación de las propuestas *privativas de libertad*, ya sea mediante el dictamen de sentencias con penas más extensas -en términos temporales- o bien a través de medidas que establezcan la internación o tratamiento de sujetos peligrosos, como el *civil commitment*. La segunda tendencia propugna por la implementación de modelos de vigilancia y supervisión de los condenados por delitos sexuales deben retornar a la sociedad, modalidad a la cual pertenecen los Registros y sistemas de notificación.

---

[1] GARCÍA ARÁN, M. 2008. El discurso mediático sobre la delincuencia y su incidencia en las reformas penales. Revista Catalana de Seguretat Pública. p.54
[2] CARNEVALLI, R. 2008. Derecho Penal como última ratio. Hacia una política criminal racional. Talca, Revist Ius et Praxis. 14(1). p.14
[3] Véase en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. 2008. La política legislativa penal iberoamericana a principios del siglo XXI. Política criminal Nº5. A7-5. pp.12-13 / COHEN, M. y JEGLIC, E. 2007. Sex Offender Legislation in the United States: What do we know? International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology. 51(4). p.369

El estudio del tema que se pretende abordar presenta una alta complejidad, por diversos factores:

Es probable que no existan crímenes que inspiren tanto miedo, repulsión e indignación como los delitos sexuales[4]. En este contexto, los Registros Públicos son instrumentos mediante los cuales se busca afrontar un *fenómeno punible específico* y que no está exento de polémica, en tanto los ofensores sexuales son objeto de un *reproche más intenso* por parte de la comunidad, lo cual no se traduce necesariamente en la imposición de penas más altas, pero sí en una *condena social* que puede llegar a ser más gravosa e intensa que una pena privativa de libertad. En este sentido, WACQUANT señala que los «delincuentes sexuales» son el blanco privilegiado del «panoptismo penal»[5].

Para ilustrar el fenómeno descrito, basta remitirse al proceso de formación histórico de los Registros: cada propuesta normativa, ya sea de creación o modificación de los mecanismos referidos, ha sido antecedida por casos de alta connotación pública que han remecido a la comunidad, especialmente por sus violentas formas de comisión. Es por ello que, en la legislación que impera en esta materia, abundan las *memorial laws,* normativas que llevan por título el nombre de menores que fueron secuestrados, abusados sexualmente y/o asesinados por sus victimarios[6], tales como la *Ley Megan*, la *Jacob Wetterling Act* o *Adam Walsh Act*, entre otras.

Otro problema que es posible identificar radica en precisar la forma por la cual denominaremos a los individuos que han *cometido* y se les ha *condenado* por la realización de un delito sexual. La fórmula nominativa «delincuente sexual» es la que se utiliza con mayor frecuencia para efectos de su sindicación. El inconveniente está dado en que el concepto expuesto, en términos simbólicos, carga con una connotación de carácter *negativa*. Por ello, la desestructuración terminológica de la conceptualización referida resulta imperativa y necesaria para llevar a cabo un tratamiento analítico y objetivo de la criminalidad sexual.

El Registro, entendido tanto como un «sistema de almacenamiento» y como un «proceso de constatación de información» exigido por la autoridad competente respecto de personas que han sido condenadas por delitos sexuales (contra menores), debe ser analizado desde un enfoque integral que permita identificar los fundamentos que dan cuenta de su creación, los objetivos que pretende cumplir y las consecuencias correlativas que se producen por su implementación. Un

[4] LEVENSON, J., GRADY, M., y LEIBOWITZ, G. 2016. Grand Challenges: Social Justice and the Need for Evidence-based Sex Offender Registry Reform. Journal of Sociology & Social Welfare. XLIII(2). p.5

[5] WACQUANT, L. 2010. Moralismo y panoptismo punitivo: a la caza de los delincuentes sexuales. En: Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social. Barcelona. Gedisa. p.301

[6] TERRY, K. 2015. Sex offender laws in the United States: Smart policy or disproportionate sanctions?, International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice, 39(2). p.114

tratamiento de esta índole requiere hacer revisión de aristas históricas, normativas, criminológicas y de fundamentación punitiva. Según mi consideración, este es uno de los caminos que permitirá superar el juego de *suma-cero*[7] propio de la materia: la lógica dialéctica que posiciona a las posturas que se pueden tener respecto del tema, en un versus excluyente entre estar o *a favor de la víctima* o *a favor del victimario*, en donde cualquier ganancia por parte del segundo se entiende como un agravio para la primera.

Desde esta perspectiva, el presente trabajo tiene por finalidad última examinar la idoneidad de los Registros Públicos para reducir el fenómeno de la criminalidad asociada a comportamientos sexuales punibles, ya sea previniendo la comisión de este tipo de delitos o evitando la reincidencia de individuos que ya han sido condenados por hechos del mismo orden.

La metodología de investigación de la que me valdré consistirá en un estudio de la principal bibliografía existente en la materia, con especial énfasis en la doctrina comparada, dado que a nivel nacional no existe literatura que aborde exclusivamente el tema de los Registros y sistemas de notificación.

[7] DÍEZ RIPOLLÉS., J.L. 2004. El Nuevo Modelo Penal de la Seguridad Ciudadana. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 06(03). p.10

§ CAPÍTULO I
MARCO CONCEPTUAL DE LOS REGISTROS DE CONDENADOS POR DELITOS SEXUALES

Alcances preliminares

Para efectos de establecer el marco teórico-conceptual sobre el cual se desarrollará el presente trabajo, es menester hacer referencia a los elementos que componen el objeto de estudio en cuestión. En primer lugar, se realizará una revisión del catálogo de delitos sexuales, el cual recoge la constelación de comportamientos penalmente sancionables. Luego, dado que el Registro recaba información –y exige el proceso de verificación de esta- respecto de individuos que han sido condenados por delitos sexuales, se hará referencia a la definición y los factores que han llevado a masificar el *perfil criminógeno* de los llamados «delincuentes sexuales».

§ 1. Sistema de delitos sexuales

*** Sumario**

1. Sistema de delitos sexuales - 1.1. Consideraciones respecto de la terminología «delitos sexuales» - 1.2. Modelos históricos de la regulación de delitos sexuales - 1.3. Comportamientos sexuales punibles - 1.4. Bien(es) jurídico(s) protegido(s)

1.1. Consideraciones respecto de la terminología «delitos sexuales»

Los Registros y sistemas de notificación se enmarcan dentro de los comportamientos sexuales punibles, ámbito del Derecho penal en donde la relación entre *derecho* y *moral* es problemática[8], en tanto se confunde lo *ético* y lo *jurídico*. Esto se encuentra explicado por la reducción de aquellos aspectos vinculados con la sexualidad de las personas al campo de la moral[9].

[8] BASCUÑÁN RODRÍGUEZ. A. 1997. Problemas básicos de los delitos sexuales. Revista de derecho (Valdivia). Agosto. 8. p.72

[9] RODRÍGUEZ COLLAO, L. 2001. Delitos sexuales. Santiago. Editorial jurídica. p.96

En primer lugar, por «delitos sexuales» se entienden "aquellas conductas tipificadas en la ley penal que vulneran sustancialmente bienes jurídico-penalmente relevantes relacionadas con la sexualidad, tales como la libertad, indemnidad, integridad o formación sexual"[10].

Cabe señalar que la denominación «delitos sexuales», entendida como una categorización sistémica que comprende todo el catálogo de comportamientos sexuales punibles, cuenta con detractores. En este sentido, RIVACOBA y RIVACOBA se opone férreamente a la ya referida nomenclatura -«delitos sexuales»-, en tanto sostiene que «*lo sexual*» no puede ser el criterio delimitador de una taxonomía delictiva, dado que la sexualidad corresponde a una dimensión compleja y heterogénea del ser humano, por lo que en su opinión, la clasificación de comportamientos tipificados más profunda y comprensiva es aquella que se construye conforme a los bienes jurídicos que los diferentes delitos lesionan o ponen en peligro[11].

Una similar posición adopta GUZMÁN DÁLBORA, quien rehúsa a emplear la etiqueta «delitos sexuales», dado que la agrupación terminológica en función del *móvil sexual,* desconocería una dimensión del hombre de carácter compleja, compuesta por una interrelación entre tendencias subjetivas y actuaciones externas[12]. Este autor se remite al concepto «honestidad» como criterio unificador de la constelación delictiva de carácter sexual, por la cual entiende que es "la facultad individual de manifestar el impulso sexual dentro de los moldes de comedimiento que impongan las valoraciones dominantes"[13].

No caben dudas que resulta complejo realizar un ejercicio taxonómico que decante en un concepto que sea comprensivo de todos los comportamientos sexuales punibles y que, a su vez, opere como el criterio delimitador de los mismos. Efectivamente «*lo sexual*», en su reduccionismo volitivo y subjetivista, no puede ser el criterio que deslinde la categorización del universo de comportamientos punibles, puesto que dicha función -en términos operativos- cabe atribuírsela al bien jurídico potencialmente afecto a una lesión o puesta en peligro. Sin embargo, ello no implica que para hacer referencia al conjunto de delitos que tienen un componente sexual deba utilizarse el mismo criterio delimitador, a saber, el(los) bien(es) jurídico(s), dado que ello siempre presupondría tomar una posición metodológica previa, que busque resolver cuál es la legitimación

[10] FUENMAYOR, F. 2009. Consideraciones sobre los cambios introducidos por la ley de reforma parcial del Código Penal en materia de delitos sexuales. Citado en: PEÑA, A. y CASTILLO, M. 2013. La delincuencia sexual: un análisis jurídico y socio-criminológico. Revista CIFE. 15(22). p.51
[11] RODRÍGUEZ COLLAO, L. 2001. *op.cit.* pp.9-10
[12] GUZMÁN DÁLBORA. 2000. Apreciación y reprobación de la reforma de los delitos contra la honestidad chilena. Anuario Derecho Penal. N°1999-2000. p.2
[13] *Ibíd.* p.12

material de un conjunto de delitos que, a su vez, se encontraría determinado por la *misma legitimación que se pretende demostrar*.

De esta forma, no podemos pretender identificar *cuál es el bien jurídico* [(X)] *de los delitos que atentan contra* [(X)], puesto que se requiere una denominación previa del conjunto que posteriormente será dotado de contenido *gracias al* criterio delimitador. En otros términos, sería paradójico hablar de que la *honestidad* es el bien jurídico –y por ende, criterio delimitador- de los delitos que atentan contra la *honestidad*. En mi opinión, la procedencia de la utilización de la nomenclatura «delitos sexuales»[14] se debe a que ninguno de los criterios con los cuales se pretende definir el conjunto de comportamientos punibles puede prescindir semánticamente del componente sexual, es por ello que las propuestas apelan a la *libertad sexual,* a la *indemnidad sexual* o a la misma *honestidad,* entendida como la facultad de manifestar el *impulso sexual.*

1.2. Modelos históricos de la regulación de delitos sexuales

A lo largo de la historia, los comportamientos sexuales siempre han estado condicionados por la moral imperante de la época en la cual se analicen. En tiempos pasados, prácticas sexuales como la masturbación y la homosexualidad eran condenadas y consideradas enfermedades patológicas[15]. Por ejemplo, en Grecia no se criminalizaban ciertas actividades sexuales como la «pederestaria», al contrario, esta era considerada como una parte deseada y venerada por la cultura[16]. Otros comportamientos también han sido -*y deben seguir siendo*- reprochados, tales como la violación, probablemente el delito sexual más grave, por su forma de comisión y las consecuencias que produce en las víctimas[17]. En el siglo XX, en Estados Unidos se vivieron experiencias que dieron cuenta del miedo frenético de la población para con los comportamientos de los ofensores, tales como el proceso de intervención eugenésica de los «pervertidos sexuales»

[14] Nomenclatura que no dista de otras fórmulas utilizadas por la doctrina, como el «derecho penal sexual». Véase en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. 2000. El objeto de protección del Nuevo Derecho Penal Sexual. Revista de Derecho Penal y Criminología. 2ª Época. Núm.6.; HURTADO POZO, J. 1999-2000. Moral, sexualidad y derecho penal. Anuario de Derecho Penal; GÓMEZ TOMILLO, M. 2005. Derecho Penal Sexual y Reforma Legal. Análisis desde una perspectiva Político Criminal. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 7(4).

[15] TERRY, K. 2013. Sexual Offenses and Offenders: Theory, Practice, and Policy. 2º Ed. Estados Unidos. Wadsworth CENGAGE Learning. p.4

[16] BERENGUER MEGALE, E. 2011. The Invisible Man: How the Sex Offender Registry Results in Social Death. The Journal of Law and Social Deviance. Forthcoming. pp.8-9

[17] TERRY, K. 2013. *op.cit.* p.4

(1890 – 1920) y la creencia de que grupos de «psicópatas sexuales» acechaban sistemáticamente a víctimas inocentes (1936-1957)[18].

Históricamente, han existido modelos de regulación de los delitos sexuales que permiten entender que no es accidental el hecho de que los condenados por este tipo de ilícitos provoquen un mayor impacto sensitivo en la sociedad, lo cual finalmente se traduce en una mayor criminalización –no sólo discursiva- por parte del Derecho Penal. Los principios basales que han informado a la sociedad en contextos temporales determinados, se han visto transgredidos por la estructura de afectación de los delitos sexuales.

Para comprender la mayor demanda de criminalización para los delitos sexuales, es necesario hacer revista de sus modelos históricos de regulación.

En primer lugar, la *Teología Moral Escolástica* tenía por tesis de legitimación la realización de lo *ordenadamente natural,* lo que en términos sustanciales implicaba que las comisiones de conductas sexuales debían estar dirigidas a una finalidad: la reproducción. De esta forma, existía un orden sexual objetivo dado por lo «natural», cuya contraposición fenoménica era la «lujuria»[19]. En términos simbólicos, todo delito sexual redundaba en lo *anti-natural,* y con ello, procedía la criminalización al individuo que se alejaba de este orden de valores, puesto que la infracción al *principio del orden natural* representaba "la más grave forma de ejercicio ilegítimo de la actividad sexual"[20].

En el *Modelo de la Ilustración,* el principio regulativo del sistema de delitos sexuales era el reconocimiento de los individuos como sujetos racionales que se interrelacionaban en forma tal de maximizar las libertades, en la medida que esto fuese compatible con la seguridad[21]. Parte de los delitos sexuales, los cuales en esta época eran entendidos como una *lesión de un derecho subjetivo* -ya sea adquirido en virtud del contrato social y por un título posterior- fueron reconducidos como afectaciones a la libertad del individuo[22], centro ideológico del modelo de la Ilustración[23]. De la regulación indicada -íntimamente vinculada con una concepción particular de la sociedad-, se colegía que la realización de un comportamiento sexual ilícito que afectase de tal forma la

[18] WACQUANT, L. 2010. *op.cit.* p.303
[19] BASCUÑÁN, A. 1997. *op.cit.* p.75
[20] *Ibíd.* p.76
[21] *Ibíd.* pp.76-77
[22] BASCUÑÁN RODRÍGUEZ señala que el rapto y la violación, mediando coacción, fueron considerados como delitos de *fuerza*. El estupro, por su parte, fue concebido como un abuso sexual (no coactivo), en donde cabían supuestos en los cuales existía una modalidad de engaño, aprovechamiento de la incapacidad de resistir o de auto-determinarse. (BASCUÑÁN, A. 1997. *op.cit.* p.77)
[23] *Ibíd.* p.77

«libertad» de otro individuo era una manifestación que atentaba contra los cimientos de la nueva propuesta de sociedad enarbolada por los intelectuales de la época.

En el *Modelo de la Codificación,* la libertad fue relegada a un principio sistemático secundario y en la búsqueda por el elemento común denominador de los delitos sexuales, se postularon diversos conceptos: las *buenas costumbres* en Alemania; la *moralidad* y el *orden de familia* en Bélgica; mismo sentido que en la codificación toscana[24]. De esta forma, en la etapa referida se impuso una concepción moralizante, por lo que el delito sexual implicaba una infracción a la moral social.

El *Modelo del Reformismo* del siglo XX, tuvo por objetivo despenalizar todas aquellas conductas que no significasen un atentado o un abuso sexual de una persona para con otra[25], considerando la *autodeterminación* como el objeto de la acción, tomando especial relevancia sistemática el *medio de ataque* y cuya prohibición pasa a ser el involucramiento *no querido* de otro, en un contexto de significación sexual[26].

La somera revisión expuesta de los modelos históricos de regulación de los delitos sexuales lleva a concluir que -siendo algunos de ellos diametralmente opuestos- el mínimo común denominador resultante es que -independiente del contexto histórico en el que se sitúen- los delitos sexuales siempre han generado un reproche intensificado por parte de la sociedad.

1.3. Comportamientos sexuales punibles

Las conductas sexuales prohibidas mediante normas de comportamiento, varían según el avance del tiempo y la cultura en la que nos encontremos. Si bien los ofensores no forman un *grupo monolítico* en atención a los crímenes que han cometido, la ausencia de consentimiento puede ser un común denominador en la constelación de delitos sexuales, lo que se manifiesta ya sea en víctimas adultas que *no consienten* o víctimas menores de edad que *no pueden consentir*[27].

La doctrina ha esbozado una clasificación, no excluyente entre sí, de los actos que suelen ser criminalizados por el derecho penal sexual[28]:

---

[24] *Ibíd.* p.79
[25] *Ibid.* p.81
[26] *Ibid.* pp.81-82
[27] THOMAS, T. 2011. The Registration and Monitoring of sex offenders: A comparative Study. Abingdon, Routledge. p.3
[28] TERRY, K. 2013. *op.cit.* p.5

a. **Actos sexuales con contacto.** esta categoría comprende todos los comportamientos de carácter sexual que implican un contacto físico, generalmente de las partes íntimas de la víctima, sin su consentimiento o bien, respecto de una persona incapaz de consentir en términos sexuales. Paradigmáticamente, el delito de violación (propia e impropia).
b. **Comportamientos sexuales sin contacto**. no existe un contacto corporal con la víctima, basta que el sujeto actúe con la finalidad de obtener su excitación sexual. A modo de ejemplo, el *abuso sexual impropio,* en el cual existe una exposición de la víctima a hechos de connotación sexual.
c. **Ver[29], poseer o producir pornografía infantil**. Esta categoría está compuesta por toda acción que involucre el consumo o producción de material audiovisual pornográfico que incluya menores de edad. En este sentido, el delito de participación en la producción de material pornográfico (art. 366 quinquies Código Penal chileno).
d. **Promover, facilitar u obtener servicios sexuales**. Los comportamientos penados bajo esta categoría consisten en la comercialización de servicios sexuales, ya sea a cambio de dinero u otra compensación[30]. Ejemplo de esta clasificación, la obtención de servicios sexuales de menores de edad (367 C.P.) y la promoción o facilitación de la prostitución de menores de edad (367 ter C.P.).

1.4. Bien(es) jurídico(s) protegido(s)

En cuanto a las justificaciones que legitiman la punición de los comportamientos sexuales, se ha entendido que la regulación penal de este tipo de delitos es una protección intensificada de la libertad personal –en términos generales-. Esto se manifiesta de dos formas: mediante una *penalidad intensificada*, esto es, penas más severas para supuestos que afectan a la libertad sexual, y de *punibilidad intensificada*, en cuanto interacciones que son impunes a título de atentado en contra de la libertad en general, pasan a ser sancionadas como delitos contra la libertad sexual[31]. Para entender el *plus de ilicitud* que justifica la intensificación referida, cabe remitirse al ámbito de afectación que se busca proteger mediante la criminalización de conductas sexuales.

[29] Código de Washington, Título 9, capítulo 68A, sección 075:
*(1) A person who intentionally views over the internet visual or printed matter depicting a minor engaged in sexually explicit conduct as defined in RCW **9.68A.011**(4) (a) through (e) is guilty of viewing depictions of a minor engaged in sexually explicit conduct in the first degree, a class B felony punishable under chapter **9A.20** RCW.*
[30] TERRY, K. 2013. *op.cit.*, p.5
[31] BASCUÑÁN, A. 1997. *op cit.* p.85

El Derecho Penal es un sector del ordenamiento jurídico que tiene por tarea la protección de los bienes vitales fundamentales del individuo y de la comunidad, la cual lleva a cabo mediante la imposición de las penas y medidas de seguridad[32]. En consecuencia, la función esencial del Derecho Penal es proteger bienes jurídicos ante ciertos ataques que revisten de gravedad y en donde la pena estatal es el *medio* para conseguir dicha finalidad. Dado que los bienes jurídicos tienen una eficacia limitadora y a su vez operan como un principio garantizador de carácter cognoscitivo[33], no se deben sancionar conductas que no impliquen una tutela de bienes jurídicos penales.

En términos más concretos, los bienes jurídicos exigen, para efectos de legitimar materialmente la tipificación de una conducta, la lesión o puesta en peligro de un *interés* o *intereses*, que en los términos de KINDHÄUSER vendrían siendo "características de las personas, cosas o instituciones que sirven al libre desarrollo de un individuo en un Estado democrático y social de derecho"[34].

El contenido de estos intereses -que finalmente operan como fundamentos legitimadores del sistema de punición de los delitos sexuales- ha encontrado diversas respuestas, tales como la libertad sexual, dignidad humana, el bienestar sexual, la integridad física/moral o la indemnidad sexual. Independiente del mayor o menor alcance explicativo que tiene cada una de estas concepciones[35], todas ellas apuntan a (i) cuestiones de índole moral, cuyo reproche está dado por la afectación de las convicciones más profundas que tiene la sociedad en una época determinada, o bien por (ii) intereses que están ligados a la persona humana y su esfera más íntima.

En lo que respecta a la identificación del(los) bien(es) jurídico(s) protegido(s) de los delitos sexuales, en la literatura nacional podemos distinguir entre *propuestas monistas* y *esquemas dualistas*, según exista o no duplicidad en el objeto de protección[36].

Entre las *propuestas monistas*, se encuentra GUZMÁN DÁLBORA, quien entiende que el único objeto de protección en este ámbito es la *honestidad,* entendida como un bien jurídico individual[37].

---

[32] SÁNCHEZ LÁZARO, F. 2006. Un problema de peligrosidad postdelictual: Reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad. Revista Penal 17. p.143

[33] HORVITZ, M.I. 1998. Delitos sexuales, libertad personal y protección de la moral. En: Apuntes de Derecho/Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales (Santiago, Chile).3. p.11

[34] KINDHÄUSER, U. 2009. Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal. Barcelona InDret. Revista para el análisis del derecho. p.10

[35] Para una revisión crítica de estas concepciones justificatorias del plus de ilicitud, revisar BASCUÑÁN, A. 1997. *op.cit*. pp.84-93

[36] MAÑALICH, J.P. 2014. La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno. Una reconstrucción desde la teoría de las normas. Revista Ius et Praxis. Año 20(2). p.25

[37] GUZMÁN DÁLBORA. 2000, *op.cit.* p.12

Por su parte, RODRÍGUEZ COLLAO adhiere a la noción de la *indemnidad sexual,* la cual, en sus palabras, "alude a un estado de bienestar relacionado con la forma en que cada cual asume la vida sexual, en atención a su edad, su desarrollo físico y psíquico, su orientación sexual, su escala de valores, su educación, su nivel de relaciones sociales y sus experiencias vitales previas. En estas circunstancias, no es más que una parte del conjunto de condiciones que la doctrina suele englobar bajo el concepto *integridad personal* o de *incolumidad personal,* o por decirlo con otras palabras, alude a todo el cuadro de condiciones físicas, psíquicas y emocionales que forman parte de aquel concepto, pero referido a un aspecto concreto de la vida de relación, cual es el ejercicio de la actividad sexual."[38].

En contraposición, en el *esquema dualista*, los delitos sexuales pueden lesionar dos bienes jurídicos individualmente considerados: (i) la libertad (autonomía) sexual o (ii) la indemnidad (intangibilidad[39]) sexual, en donde el criterio diferenciador entre ambos está dado por la edad de la víctima. De esta forma, son *delitos que atentan contra la libertad sexual*, aquellos que tienen por víctimas a una persona cuya edad sea igual o superior a 14 años; por otra parte, los *delitos contra la indemnidad sexual* sólo pueden tener por víctimas a personas menores de 14 años[40]. También existe un estándar intermedio, el cual opera respecto de personas mayores de 14 pero menores de 18 años, a los cuales se les provee una protección intensificada, mediante la prohibición del uso de ciertos medios o el aprovechamiento de ciertas circunstancias con ocasión de la realización de acciones sexuales y la interacción de significación sexual, en donde resultan punibles potenciales abusos que se cometan en contra de los menores de edad (ya sea abuso de una anomalía o perturbación mental; de una relación de dependencia; de una situación de grave desamparo; de la inexperiencia o ignorancia sexual)[41].

BASCUÑÁN RODRÍGUEZ es un exponente del *esquema dualista*, dado que en los mayores de 14 años, tiende a comprender la constelación típica de delitos sexuales como una afectación a la

[38] RODRÍGUEZ COLLAO, L., 2001, *op.cit.* p.127.

[39] Como señala DÍEZ RIPOLLÉS, los conceptos *indemnidad* e *intangibilidad* difieren entre sí, pero ha sido paulatinamente asimilado como sinónimos por autores diversos (MUÑOZ CONDE, CARMONA SALGADO, GONZÁLEZ CUÉLLAR GARCÍA, véase en Cita 47., "El objeto de protección del nuevo Derecho Penal Sexual"). La *indemnidad* sexual corresponde al "interés en que determinadas personas, consideradas especialmente vulnerables por sus condiciones personales o situacionales, queden exentas de cualquier daño que pueda derivar en una experiencia sexual, lo que aconseja mantenerles de manera total o parcial al margen del ejercicio de la sexualidad.", mientras que la *intangibilidad* es "ciertas personas, dadas las cualidades en ellas concurrentes o la situación en la que se encuentran, son sexualmente intocables, esto es, deben permanecer completamente al margen de experiencias sexuales". DÍEZ RIPOLLÉS. 2000. *op.cit*, p.80

[40] MAÑALICH, J.P. 2014. *op.cit.* pp.26-27

[41] BASCUÑÁN, A. 2011. La prohibición penal de la homosexualidad masculina juvenil (Comentario de la sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de Enero de 2011, Rol Nº 1683-2010). Estudios Públicos. 124. p.119

«autonomía sexual» -entendida como la capacidad de una persona de ejercer su voluntad y desplegar su personalidad en la interacción de significación sexual para con otros individuos-; mientras que respecto de los menores de 14 años, se protege el *desarrollo de la autonomía sexual de los menores*[42], concepto que se asimila a la «indemnidad sexual».

En derecho comparado, también es posible subsumir las posiciones existentes en *propuestas monistas* y *esquemas dualistas*.

DÍEZ RIPOLLÉS sostiene una propuesta monista: entiende que el objeto de protección es la *libertad sexual,* y la tutela respecto de esta tiene por fin último, asegurar que toda persona ejerza la «libertad sexual» *en libertad*[43], lo que explicaría que esta aún sigue siendo objeto de tutela respecto de individuos que no están transitoriamente en condiciones de ejercerla. Por otro lado, descarta la «indemnidad (o intangibilidad) sexual» como bien jurídico, debido a su fungibilidad conceptual, que finalmente reduce su rendimiento explicativo y termina por ser superfluo[44], además de no ser capaz de revelar la razón última del consenso social por el que los menores deben estar alejados de la sexualidad ni tampoco justifica el carácter dañoso de los efectos producidos por el contacto sexual[45].

En el *esquema dualista*, MUÑOZ CONDE sostiene que los bienes jurídicos protegidos son: en primer lugar, la «libertad sexual» entendida como la parcela de libertad que está dirigida al ejercicio de la propia sexualidad, y en parte, a la disposición del propio cuerpo[46] y la cual requiere una protección penal específica. En segundo lugar, la «indemnidad» o «intangibilidad sexual», aplicable a los menores de edad, en tantos estos carecen de libertad, ya sea de forma provisional (menores) o de forma permanente (incapaces), por lo que se busca proteger es el normal desarrollo y evolución de su personalidad para que, con posterioridad, puedan hacer valer dicha libertad sexual[47].

Como se puede colegir de los bienes jurídicos protegidos previamente referidos, ya sea en una *propuesta monista* o en un *esquema dualista*, es posible apreciar que corresponden a concepciones vinculadas a esferas íntimas del ser humano, las que -en último término- nos definen como personas. Otros bienes jurídicos, tales como la propiedad o los bienes jurídicos colectivos, difieren de esta particular valoración. Es por ello que el ámbito que se puede ver potencialmente afectado

---

[42] *Ibíd.* p.119
[43] DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. 2000. *op.cit.* p.69
[44] *Ibíd.* p.80
[45] Latamente al respecto, en: DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. 2000. *op.cit.* pp.85 y ss.
[46] MUÑOZ CONDE, F. 1999. Derecho Penal, Parte Especial. Ed. 12º. Valencia. Tirant Lo Blanch. p.195
[47] *Ibíd.* p.196

cuando se produce un delito sexual, al constituir una de las dimensiones intensamente vinculadas con los presupuestos de autorrealización personal del individuo[48], tiende a producir un mayor reproche subjetivo –que no necesariamente tiene redundancia en la *determinación* o *imposición* de la pena- pero que sí lo tiene en el ámbito de la *condena social*, de lo cual se sigue la exigencia por parte de la comunidad de penas más gravosas, más intensas y más extensas.

Cabe señalar que, en cuanto a las tendencias de las reformas legislativas en la materia a nivel iberoamericano, el bien jurídico protegido que ha adquirido mayor adhesión es la «libertad sexual», en contraposición a otros bienes jurídicos ya superados, tales como la *moral sexual,* la *honestidad* o las *buenas costumbres*[49].

En conclusión, la intervención sistémica del Derecho Penal en el ámbito de los delitos sexuales está sujeta a una cuestión de carácter cultural. La expresión punitiva no sólo se restringe a un cariz meramente normativo o en el *quantum* de la pena, sino que las justificaciones de punición subyacentes al sistema de delitos sexuales se remiten a ámbitos de afectación que requieren una imperativa protección: la privacidad, la comprensión del individuo como fin último, afectaciones médicas y psico-emocionales, etc.

Lo expuesto explica porqué la sensibilidad social no se encuentra funcionalmente asociada a un aumento real en la producción de los delitos sexuales. La sensación de vulnerabilidad frente a la criminalidad sexual prescinde de una valoración objetiva respecto de la ocurrencia efectiva de hechos delictivos y de la posterior reincidencia de los individuos que perpetran tales actos, por cuanto éstas dicen relación con fundamentaciones –cualquiera sea la «correcta»- que están intrínsecamente vinculadas a cuestiones valorativas o bien, a cuestiones de que afectan la esfera más íntima de los individuos. Es por ello que el agresor sexual no es simplemente catalogado como una persona que realizó un delito, sino que se le adosa una *carga de reproche* más intensa, que lleva a generar discursos legitimadores de la intervención penal de índole «inocuizadores» y que inclusive, pueden llegar a adolecer de inconstitucionalidad.

[48] DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. 2000. *op.cit.* p.70
[49] *Ibíd.* p.9

§ 2. Agresores («delincuentes»[50]) sexuales

*** Sumario**

2. Agresores («delincuentes») sexuales - 2.1. Términos conceptuales y definiciones - 2.1.1. Alcance terminológico del concepto «delincuente» - 2.1.2. «Agresor» u «ofensor» sexual - 2.1.2.1. Conceptualización - 2.1.2.2. Definiciones - 2.1.2.2.1. Definiciones formales - 2.1.2.2.2. Definiciones operativas - 2.2. Agresor sexual desde la perspectiva conductual - 2.3. Tipologías de agresores sexuales - 2.3.1. Según la víctima - 2.3.2. Según el comportamiento - 2.3.3. Según el sujeto activo (agresor sexual adulto) - 2.3.4. Según ofensoras sexuales femeninas - 2.4. Agresores sexuales: una cuestión de género - 2.5. Agresores sexuales juveniles - 2.6. Percepción de la comunidad acerca de los agresores sexuales - 2.6.1. El perfil del «delincuente» sexual - 2.6.2. Factores que condicionan la percepción del «delincuente» sexual - 2.6.2.1. Factor conceptual - 2.6.2.2. Factor populismo punitivo - 2.6.2.3. Factor «medios de comunicación» - 2.6.2.4. Factor rol de la víctima

Los sujetos que han sido condenados por delitos sexuales, usualmente son denominados como «delincuentes sexuales». Esta terminología da cuenta de que el individuo ha afectado el bien jurídico que protege el comportamiento tipificado, por lo que implicaría un *peligro* para la sociedad, ante lo cual se vuelve necesaria la intervención del derecho penal. Entiendo que el perfil del «delincuente sexual» -que se traduce en la construcción de un estereotipo- se encuentra configurado por una serie de factores, a saber, (i) cuestiones de carácter conceptual; (ii) el populismo punitivo; (iii) el discurso de los medios de comunicación; y (iv) el rol de la víctima en el proceso penal, lo cual tiene por consecuencia una mayor focalización por parte de las estrategias políticos-criminales en estos ofensores, lo que no *necesariamente* tiene un fundamento objetivo. A continuación, se hará revisión de los factores que configuran el perfil del «delincuente sexual».

2.1. Términos conceptuales y definiciones

En primer lugar, es necesario asentar dos cuestiones conceptuales: por un lado, examinar la fórmula denominativa «delincuente sexual», la cual requiere un análisis específico debido a la connotación que lleva asociada la utilización del término, para luego hacer revisión de las definiciones formales y operativas del «agresor» u «ofensor» sexual.

[50] Para efectos del presente trabajo, la denominación «delincuente sexual» es completamente a-valorativa y está desprovista de todo juicio de valor. Por tanto, con ella pretendo, en términos metodológicos, hacer referencia a todo individuo que ha cometido un delito de carácter sexual, y que ha sido ha sido posteriormente condenado mediante un debido proceso penal. A lo largo de la tesis, se preferirá el concepto *agresor* u *ofensor sexual,* mas en los casos que se utilice el concepto *delincuente sexual,* será en los términos previamente indicados.

2.1.1. Alcance terminológico del concepto «delincuente»

Desde una perspectiva semántica, la RAE define el concepto *delincuente* en función del verbo *delinquir,* esto es, quien delinque y por tanto, *delincuente* es el individuo que comete un delito. De esta forma, por «delincuente» debe entenderse aquel individuo que lleva a cabo el quebrantamiento imputable de una norma de comportamiento. Este alcance conceptual podría parecer fútil, sin embargo, permite plantear que bajo un prisma puramente analítico, la utilización del concepto *delincuente* puede sindicar, de forma a-valorativa y desprovista de connotaciones, *al individuo que cometió un delito* (y por el que eventualmente, puede ser condenado).

2.1.2. «Agresor» u «ofensor sexual»

2.1.2.1. Conceptualización

La terminología que considero más apropiada para hacer referencia al individuo que comete un delito sexual es la de «agresor» u «ofensor» sexual, en tanto ambas dan cuenta de un individuo que realiza un *ataque* al bien jurídico, el cual comprende tanto su arista material como simbólica. Cabe precaver que el concepto *agresor* puede presuponer una connotación de *violencia* en el actuar, pero ello queda excluido en la consideración de que el término se enfoca en la imputación de un comportamiento (dado por la *agresión*) y no en la modalidad que reviste a este (dado por lo *agresivo*).

La utilidad de los conceptos referidos radica en que se encuentran desprovistos de la carga *político-criminal* que sí conlleva el término «delincuente». Como se verá más adelante, esto reviste de importancia, puesto que dicha *carga* tiene un contenido ideológico que define al individuo como el adversario al cual se le debe combatir a través del derecho penal.

2.1.2.2. Definiciones

Respecto del concepto «agresor» sexual, se pueden distinguir (a) *definiciones formales*, las cuales son elaboradas en función de un *status específico*, y (b) *definiciones operativas*, que buscan

comprender a todos los agresores sexuales -y no sólo aquellos cuyos casos se encuentran judicializados.

2.1.2.2.1. Definiciones formales

Las definiciones *formales* están construidas en función de un *status* jurídico en el cual se encuentra el ofensor sexual, ya sea si este ha sido *condenado* o se encuentra *registrado.*

Por «delincuente sexual condenado» se entiende la persona respecto de la cual, mediando un proceso criminal, se ha probado más allá de toda duda razonable su responsabilidad en la comisión de un delito sexual.

Por «delincuente sexual registrado»*,* se entiende la persona (hombre o mujer) que ha sido condenada por un delito de carácter sexual -según la tipificación correspondiente- y respecto de la cual se requiere la inscripción en un Registro especial, ya sea de forma posterior o coetánea al cumplimiento de la condena.

Una definición formal-normativa del concepto «delincuente sexual» se encuentra en el U.S. Code, el cual refiere al *sex offender* como el individuo que ha sido condenado por un delito sexual[51].

Una definición más completa es entregada por la *National Policing Improvement Agency* del Reino Unido, señalando que el «delincuente» -en el contexto del sistema registral- es el individuo que ha sido condenado o se encuentra afecto a una medida cautelar por la comisión de un delito sexual y que puede ser enmarcado dentro de una de las tres categorías de riesgo determinadas por MAPPA[52] (Multy-Agency Public Protection Arrangement)[53].

2.1.2.2.2. Definiciones operativas

En muchas ocasiones, los delitos sexuales no son reportados o no son investigados, por lo que las definiciones formales –metodológicamente- suelen estar construidas en función de los

[51] U.S. CODE, Título 42, Capítulo 151, Subcapítulo I, Parte A, § 16811, (1)
[52] NATIONAL POLICING IMPROVEMENT AGENCY. 2010. Guidance on Protecting the Public: Managing Sexual Offenders and Violent Offender. Second Edition. Version 2. p.24
[53] La «Multy-Agency Public Protection Arrangement» es una agencia de planificación conjunta, que convoca a distintas autoridades inglesas vinculadas a la administración de la justicia y el orden policial, teniendo por finalidad el manejo de los agresores sexuales registrados. Sistemas similares se presentan en Gales, Escocia e Irlanda del Norte.

individuos que finalmente han sido *detenidos, formalizados* u *condenados*, lo cual comprende sólo una porción del universo total de agresores sexuales[54].

En este sentido, RICHARD WRIGHT pretende superar el formalismo legalista de las definiciones previamente expuestas, por lo que propone dos conceptualizaciones operativas –en el contexto de su ensayo- del *sex offender,* a saber: (1) persona(s) que utiliza(n) o intenta(n) utilizar la fuerza física sobre otra persona, contra la voluntad de esta, en un intento de cometer un acto destinado a obtener la gratificación sexual del agresor y (2) persona(s) que utiliza(n) la coacción sobre otro individuo, el cual es incapaz o bien tiene una capacidad disminuida para manifestar su voluntad, en un intento de cometer un acto destinado a obtener la gratificación sexual del agresor[55].

El autor no pretende que estas sean definiciones *absolutas,* puesto que como señalé, cabe enmarcarlas en el contexto de su artículo que se enfoca en agresores violentos. Ambas definiciones ponen el énfasis en el *comportamiento* del «delincuente sexual» (mediando la utilización de la fuerza o la coacción), lo cual permite extender el concepto inclusive a los individuos que son autores en casos *no* reportados y en ello radica la relevancia de su formulación.

Ahora bien, los límites de la definición están –*conscientemente*- impuestos por WRIGHT y él mismo advierte que no están diseñados para satisfacer un criterio legal o de norma penal, por lo que no pretendo realizar *reparos* a sus formulaciones conceptuales, pero quiero valerme de ellas para explicar el porqué definir al agresor en función de una *modalidad de comportamiento* o en función de *una intención* puede resultar problemático. En virtud de ello, sostengo que sería más óptimo prescindir de ambos criterios.

Un primer problema podría darse al adoptar, como criterio de validación de la definición, un *procedimiento de ejecución* del comportamiento delictivo. Por ejemplo, si el medio de comisión se limita a la *violencia* o *coacción* ejercida sobre otra persona, esto resultaría excluyente en dos sentidos: (i) no todo comportamiento sexual que implica un contacto físico tendrá la *violencia* o la *coacción* como una modalidad de ejecución (véase la violación impropia, que basta con que la víctima tenga un rango etario (previamente) determinado) y (ii) no todo comportamiento sexual implica necesariamente *contacto físico* (véase el caso de los delitos producción y distribución de pornografía infantil, en donde no existe contacto corporal alguno entre victimario y víctima).

---

[54] DEPARTMENT OF JUSTICE AND EQUALITY. 2009. The Management of Sex Offenders. A Discussion Document [en línea] <http://www.justice.ie/en/JELR/FINAL%20REPORT.pdf/Files/FINAL%20REPORT.pdf> [consulta: 28 enero 2017]. p.6

[55] WRIGHT, R. 2003. Sex Offender Registration and Notification: Public Attention, Political Emphasis and Fear. Criminology & Public Policy. Academic Research Library. pp.97-98

Un segundo problema podría darse al exigir una *intencionalidad* al individuo para satisfacer el criterio de validación de la definición. Si se considera que el agresor sexual debe tener un comportamiento que tenga por *objetivo la gratificación sexual*, esto excluiría al individuo cuyo actuar tiene un *contenido sexual*, pero no en términos propiamente subjetivos. Como se verá más adelante, existen tipologías de ofensores sexuales que comprenden a sujetos que actúan de forma psicopática y cuyos comportamientos están dirigidos a obtener la sensación de poder o dominación sobre sus víctimas como un método de auto-validación, la que logran *por vía* de la agresión sexual. Privar a la definición de un elemento subjetivo como condicionante necesaria, no contradice en absoluto a lo que *es* un agresor sexual. Si un individuo comete una violación con el propósito de obtener una sensación de poder o goce y la gratificación sexual es una consecuencia sobreviniente mas no prevista, de todas formas estaremos ante un *agresor sexual.*

Considerando lo señalado en los párrafos anteriores, por *agresor* u *ofensor sexual,* en términos *operativos*, entiendo a todo individuo que realiza un comportamiento sexual punible o de relevancia jurídico-penal[56]. Con ello, no existe un *status formal* que sea condicionante de la definición (véase si el individuo está condenado o registrado) y esta tampoco se ve excluyentemente circunscrita a una conducta llevada a cabo mediante una *modalidad* o *intención* específica.

2.2. Agresor sexual desde la perspectiva conductual

Bajo el prisma conductual, se ha entendido que los agresores sexuales tienen una tendencia a desplegar comportamientos sexuales violentos, en la medida que esto les produciría un alivio. Por consiguiente, la agresión sexual sería un medio por el cual el individuo pretende canalizar otro tipo de sentimientos adversos, tales como el odio y la rabia, o bien la necesidad de poder, dominio y control[57].

---

[56] Respecto a esta definición, dos alcances: (i) lo *sexual,* en este caso, no necesariamente debe limitarse a la cuestión *subjetiva* de lo que busca satisfacer el agente activo que despliega la conducta prohibida, sino que también comprende el *ámbito de afectación del agente pasivo*, por lo que su utilización debe ser entendida en un sentido *bilateral;* (ii) la *punibilidad* de un comportamiento –o un hecho- está sujeta al cumplimiento de las condiciones ulteriores de las cuales pende el merecimiento de la pena o reproche, por lo que la referencia a la *trascendencia jurídico-penal* busca hacerse cargo del supuesto en que la realización de la conducta sea efectuada por un *inimputable,* en cuyo caso, técnicamente no podríamos hablar de un *comportamiento punible*.

[57] VALENCIA, O., ANDREU, J.M., MÍNGUEZ, P. y LABRADOR, M.A. 2008. Nivel de reincidencia en agresores sexuales bajo tratamiento en programas de control de la agresión sexual. Psicopatología Clínica Legal y Forense. 8. p.8

Respecto de la pregunta *cómo es el agresor sexual*, se han esbozado al menos dos respuestas. Una primera posición afirma que el «agresor sexual» es una persona disfuncional y perturbada, en especial cuando su actuar se ve acompañado de violencia que puede llegar a provocar la muerte de la víctima. La segunda respuesta ha considerado al agresor sexual como un «superhombre», el cual se encuentra totalmente dominado por sus impulsos sexuales[58].

Ambas definiciones pecan de ser extremistas, en tanto sitúan al agresor en polos que no admiten matices: o es un «enfermo» o un individuo cuya voluntad está totalmente dominada por los impulsos sexuales. Calificaciones como las referidas, además, adolecen de una abstracción que las priva de toda utilidad explicativa, dado que bajo su terminología excluye a gran parte del universo de individuos que cometen actos sexuales susceptibles de sanción penal. Véase el caso, muy común por lo demás, de un hombre que es el tío de la víctima[59], quien en su vida diaria presenta un comportamiento absolutamente normal, y que *en un* contexto dado bajo determinadas condiciones -ausencia de adultos, ubicación espacial propicia para la comisión del delito, etc.- procede a abusar sexualmente de su sobrina. Difícilmente podríamos señalar que el individuo es una persona «enferma» o «perturbada» en términos categóricos, en tanto tiene una forma de comportarse que le permite desenvolverse con normalidad en distintas áreas de la vida social. A su vez, el agresor sexual tampoco es un ser dominado por sus impulsos sexuales de forma tal que se ve privado de voluntad, puesto que su actuación se produjo en *un* contexto determinado, en *un* supuesto fáctico que le permitió concretar el abuso. En este sentido, MARSHALL afirma que un aspecto de la personalidad que debe descartarse como factor determinante de la agresión sexual es la posibilidad de que los ofensores sexuales se caractericen por trastornos psiquiátricos que les impidan controlar su comportamiento sexual, por lo que muy pocos cumplen los criterios de diagnósticos de algún tipo de trastorno que interfiera hasta tal nivel en su funcionamiento como para perder el control sobre sí mismos[60].

De esta forma, no es provechoso delimitar de forma tan severa el comportamiento del agresor sexual a calificaciones deterministas e invariables, dado que esto sería prescindir de todos los factores ambientales, psicológicos y sociales que inciden en el condicionamiento de la

---

[58] MINISTERIO DEL INTERIOR DE ESPAÑA. 2005. Documentos Penitenciarios 3: El control de la agresión sexual: Programa de intervención en el medio penitenciario. Madrid. Ministerio del Interior. Secretaría Técnica. p.265

[59] En Colombia se llevó a cabo un estudio que logró determinar que en el 100% de casos en donde se ha identificado al agresor sexual, en el 33% correspondió a un familiar, el 46% a otro conocido (para la víctima o la familia) y en sólo un 21% fue una persona desconocida. Estudio citado en: LOSADA, A.V. 2012. Epidemiología del abuso sexual infantil. Revista de Psicología GEPU. 3(1). p.208

[60] MARSHALL, W. 2001. Agresores sexuales. 1º Ed. Barcelona. Ariel. Estudios sobre violencia. p.105

conducta, lo que opera desde el violador habitual hasta el sujeto «intachable» que excepcionalmente comete el delito sexual.

2.3. Tipologías de agresores sexuales

Bajo las fórmulas denominativas «agresor»/«ofensor»/«delincuente» *sexual* convergen una serie de sub-terminologías (tales como violador, abusador, pederasta, entre otras) que tienen por objeto sindicar al individuo que lleva a cabo un comportamiento sexual (punible) de relevancia jurídico-penal. A modo de ejemplo, un individuo cuyos actos se limitan a realizar exclusivamente violaciones en contra de mujeres, difiere de un agresor que registra delitos contra la propiedad y que, con ocasión de un robo, comete una violación. Entre ambos podrían existir diferencias, como que el primero sea un padre de familia y aparentemente tenga una conducta intachable, mientras el segundo cuente con una carrera delictiva habitual y marcadamente antisocial[61]. Pese a estas distinciones, los comportamientos de ambos sujetos son subsumibles bajo el esquema de los delitos sexuales y por ende, procedería la etiquetación de «delincuente sexual». En este sentido, cabe señalar que los agresores sexuales provienen de todas las esferas sociales y tienen rasgos demográficos que son reflejo de la población en general[62]

Si bien parte de la literatura señala que no existen perfiles de personalidad prototípicos o característicos del ofensor sexual[63], respecto de este macro concepto se puede realizar un ejercicio de categorización que decanta en el desarrollo de diversas tipologías, cuyos criterios varían según el tipo de agresión sexual; según quien sea la víctima de la agresión; según la relación preexistente entre víctima y victimario; según mecanismos psicológicos identificables, entre otros.

Desde ya, cabe asentar un alcance: intentar describir de forma exacta lo que es un agresor sexual es una tarea compleja y finalmente, poco productiva, considerando que la mayoría de los estudios en el tema, sólo pueden trabajar con individuos que ya fueron arrestados o bien condenados, dejando fuera a todos aquellos sujetos que participan en casos que no son reportados. De todas formas, se ha señalado que las diferenciaciones prestarían utilidad en la

[61] MINISTERIO DEL INTERIOR DE ESPAÑA, 2005. *op.cit*. p.4
[62] MARSHALL, W. 2001. *op.cit*. p.49
[63] VALENCIA, O., ANDREU, J.M., MÍNGUEZ, P. y LABRADOR, M.A. 2008. *op.cit.* p.8

selección de medidas para tratar la reincidencia, según la tipología del agresor[64]. A continuación, se hará una revisión de algunas tipologías propuestas por la literatura especializada:

2.3.1. Según la víctima

La clasificación del ofensor sexual en función de la víctima que sufre el delito, puede admitir distintas variantes:

Un primer criterio está dado por la *edad* de la víctima. En este sentido, autores han distinguido entre *agresores primarios* y *agresores secundarios*[65]. Los *agresores primarios* son aquellos individuos que tienen tendencias sexuales compulsivas; se encuentran exclusivamente centrados en menores de edad; sus conductas no son causadas por situaciones de estrés y en términos estrictos, estos individuos son los llamados «pedófilos»[66]. Por su parte, los *agresores secundarios* son sujetos capaces de mantener relaciones sexuales apropiadas, pero que ante el estrés o la soledad, ejecutan acciones de carácter sexual en menores, las cuales constituyen casos aislados[67].

Otra clasificación -también realizada conforme a la edad de la víctima- propone una distinción más específica entre abusadores *pedófilos propiamente dichos,* en donde las víctimas son pre-púberes; *abusadores hebefílicos,* cuyas víctimas son púberes y adolescentes y *abusadores de adultos,* cuyas víctimas son mayores de edad[68].

Dentro de aquellos abusadores de menores, se subdistingue, conforme al *vínculo del ofensor con la víctima*, entre (i) *abusadores extra-familiares* y (ii) *abusadores intra-familiares*, según la predilección que tenga el abusador por víctimas (menores de edad) que se encuentren fuera del círculo familiar o bien, dentro de él (endogámicos e incestuosos)[69].

2.3.2. Según el comportamiento

[64] VÉLEZ RODRÍGUEZ, L. 2007. ¿Se encuentra justificada la actual política criminal contra agresores sexuales? Nuevo Foro Penal. 71. p.103
[65] LARROTA CASTILLO, R. y RANGEL-NORIEGA, K. 2013. El agresor sexual. Aproximación teórica a su caracterización. Psicológicos. 13 (2). p.110
[66] VALENCIA, O., ANDREU, J.M., MÍNGUEZ, P. y LABRADOR, M.A. 2008. *op.cit.* p.9
[67] LARROTA CASTILLO, R. y RANGEL-NORIEGA, K. 2013. *op.cit.* p.110
[68] GONZÁLEZ, E., MARTÍNEZ, V., LEYTON C. y BARDI, A. 2004. Características de los abusadores sexuales. Revista SOGIA, 11(1). p.8
[69] *Ibíd.* p.8

Conforme a la tipología de COHEN (1971), se distinguen cuatro categorías de agresores sexuales:

En primer lugar, el (i) *violador por desplazamiento de la agresión* dice relación con el individuo que manifiesta una conducta que expresa ira o rabia; (ii) *violador compensatorio* es aquel que busca normalizar su actividad sexual disfuncional; (iii) *agresor de difusión sexual y sádico*, corresponde al individuo que obtiene placer mediante el sufrimiento de los demás y (iv) *agresor impulsivo*, quien no pondera factores de riesgo y actúa de forma oportunista[70].

En este mismo apartado, según la modalidad de actuación del ofensor, se distingue entre (i') *pasivos* y (ii') *activos*. Será *pasivo* aquel individuo que intente seducir al menor, utilizando estrategias que busquen ganar su confianza, como la entrega de regalos o interacciones que apelen a la ternura. Por su parte, será *activo* el agresor cuyo proceder sea violento o agresivo, empleando abusos físicos o psicológicos[71].

2.3.3. Según el sujeto activo (agresor sexual adulto)

Se distingue entre *agresores sexuales psicópatas*, *sociales*, *patológicos* y *sub-culturales*. El (i) *agresor sexual psicópata* es el sujeto que actúa en contra de menores y adultos (mujeres) y cuya motivación está dada por el afán de poder y dominio; el (ii) *agresor sexual social* actúa bajo la influencia de sustancias psicoactivas y mediando erróneas interpretaciones en las interacciones con mujeres; el (iii) *agresor sexual patológico* busca compensar disfunciones interpersonales y sexuales; por último, el (iv) *agresor sexual sub-cultural* se corresponde con el individuo cuya infancia estuvo marcada por conductas delictivas violentas, pero ajenas a la criminalidad sexual[72].

2.3.4. Según ofensoras sexuales femeninas

La clasificación de agresoras sexuales femeninas más asentada distingue entre:

[70] LARROTA CASTILLO, R. y RANGEL-NORIEGA, K. 2013. *op.cit.* p.110
[71] *Ibíd.* p.111
[72] *Ibíd.* p.111

(i) *Teacher/lover,* compuesta por mujeres que inician el abuso sexual de adolescentes varones, tienden a tener distorsiones cognitivas, reniegan del daño que le causan a sus víctimas y buscan establecer relaciones sentimentales amorosas con estas[73].

(ii) *Male-coerced/male-accompenied* (coaccionada/acompañada por un hombre), es una tipología consistente en mujeres que son influenciadas para cometer delitos sexuales por hombres abusadores. Se caracterizan por tener una baja auto-estima, pobres habilidades para socializar y relacionarse, dependientes y a menudo abusan de sustancias[74]. Por su parte, las parejas hombres que coaccionan o acompañan a la mujer en la comisión de estos delitos, suelen ser abusivos y violentos[75].

(iii) *Predisposed*, es considerada la clasificación más peligrosa y abusiva de ofensoras sexuales. Se compone de mujeres que inician los abusos sexuales en contra de sus propios hijos u otros miembros familiares; cuentan con antecedentes de haber sido víctimas de abuso, tanto físico como psicológico. Generalmente, buscan el control y el poder, y tienden en gran medida a tener severos desórdenes psicológicos[76].

2.4. Agresores sexuales: una cuestión de género

Los estudios especializados dan cuenta de que los agresores resultan ser preponderantemente individuos del género masculino, los cuales suelen presentar una serie de trastornos de identidad, auto-estima y capacidades para establecer y mantener relaciones de carácter interpersonal[77].

Según lo indicado, en cuanto a delitos de índole sexual, más del 90% de estos son cometidos por hombres[78] y dicha predominancia de género se encuentra asentada en la literatura especializada como un *hecho* en la materia[79]. En este mismo sentido, un estudio -cuya fuente fueron los registros oficiales de tribunales y la policía- demostró que en Nueva Zelanda, del total de agresores sexuales, el promedio de las mujeres que cometieron este tipo de actos bordeaba el

[73] TERRY, K. 2013. *op.cit.* pp.112-113
[74] *Ibíd.* p.113
[75] *Ibíd.* p.113
[76] *Ibíd.* pp.113-114
[77] JIMÉNEZ, P. 2009. Caracterización psicológica de un grupo de delincuentes sexuales chilenos a través del test de Rorschach. PSYKHE. 18 (1). p.28
[78] GONZÁLEZ, E., MARTÍNEZ, V., LEYTON C. y BARDI, A. 2004. *op.cit.* p.10
[79] FINKELHOR, D. 1993. Abuso sexual: análisis de los conocimientos actuales. En: II Congreso Estatal sobre Infancia Maltratada. VITORIA-GASTEIZ. Eusko Jaurlaritza. p.211 / En este mismo sentido, GELB, K. (2007. Recidivism of Sex Offenders Research paper. Melbourne. Sentencing Advisory Council. p.13)

0.6%, mientras que en Estados Unidos fue el 8.7% (excluyendo del total a los agresores que habían cometido el delito de violación), existiendo un promedio de 4.6% mujeres -del total de la población delictiva sexual- entre los países estudiados[80].

En términos generales, las cifras correspondientes a ofensoras sexuales femeninas oscilan entre 1% y el 3%[81]. Por otro lado, los estudios dan cuenta que la cantidad de delitos sexuales aumentan mientras *menor edad tenga la autora* de la ofensa. Del total de la población de agresoras sexuales femeninas, el 10% es cometido por adolescentes femeninas (13-18 años) y el 20% por niñas de 12 años de edad o menos[82].

Sin embargo, las investigaciones sugieren que los abusos por parte de mujeres podrían ser más comunes de lo que se ha creído[83]. El fenómeno expuesto puede responder a diversos factores, desde el ocultamiento del contacto sexual; la naturaleza incestuosa que predomina en las actividades inapropiadas de las mujeres; la tendencia a no calificar de abuso al comportamiento desplegado por una mujer contra un hombre y la menor atención que se la ha dado a la criminalidad sexual femenina, en parte, por las bajas estadísticas que se han referido[84].

En cuanto a la forma en que es percibida la delincuencia sexual cometida por personas de sexo femenino, para la comunidad –en principio- suele ser complejo concebir a la mujer como el sujeto activo en este tipo de delitos, dado que ellas han sido tradicionalmente percibidas como las encargadas del cuidado de menores, y por tanto, incapaces de hacerles daño[85]. Lo expuesto queda particularmente de manifiesto en la comprensión tradicional de que sólo un hombre podría ser el autor de una violación[86], sin reparar en que existen otras modalidades delictivas que no requieren penetración, como los abusos sexuales.

---

[80] CORTONI, F., HANSON, K. y COACHE, M-E. 2010. The Recidivism Rates of Female Sexual Offenders are Low: A meta-analysis. Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment. 22(4). p.388

[81] *Ibíd.* p.397

[82] TERRY, K. 2013. *op.cit.* p.123

[83] GONZÁLEZ, E., MARTÍNEZ, V., LEYTON C. y BARDI, A. 2004. *op.cit.* p.10

[84] *Ibíd.* p.10

[85] TERRY, K. 2013. *op.cit.* p.20

[86] Respecto del delito de violación, existe doctrina que propone la extensión del sujeto activo a una persona de género femenino. En este sentido, GARRIDO MONTT entiende que el verbo rector «acceder carnalmente», utilizado en la tipificación de delito de violación (impropia y propia, art. 361 y 362 C.P.) no restringe la acción a la penetración del miembro viril masculino como una conducta activa exclusivamente del varón, sino que también podría comprender hipótesis en donde la mujer -como sujeto activo- se introduce el referido órgano en su vagina, ano o boca. (En: GARRIDO MONTT, M. 2010. Derecho Penal Parte Especial. 4º Ed. Santiago. Ed. Jurídica. Tomo III. p.109.) MAÑALICH, por su parte, refuta esta propuesta interpretativa, en tanto la sintaxis «acceder carnalmente *por* vía vaginal, anal o bucal» viene en consideración como cavidades localizadas en el *cuerpo de la persona accedida.* De todas formas, esto no implica que descarte en términos absolutos el que una mujer también pudiera ser autora de un delito de violación, como es el supuesto de una variante de intersexualidad, en donde una persona de sexo femenino, esté dotada de un órgano genital masculino (MAÑALICH, J.P. 2014. *op.cit.* pp.49-50)

En el estado de Nebraska (EE.UU), se le consultó a la comunidad cuál era su visión respecto de las agresoras sexuales. Ante la pregunta de si las personas deberían ser notificadas de la presencia de mujeres condenadas por delitos sexuales, un 90.9% respondió de forma afirmativa; un 3.1% de forma negativa y un 6.0% señaló no saber. Ante la consulta de si tomaría acciones preventivas si una agresora sexual viviera en su vecindario, un 55.5% respondió de forma afirmativa; un 17.6% de forma negativa y un 26.9% no sabía. Por último, se les preguntó si estaban de acuerdo con la afirmación de que los delitos sexuales realizados por mujeres eran menos graves que aquellos cometidos por hombres, ante lo cual un 1.9% estuvo muy de acuerdo; el 9.8% estuvo de acuerdo; el 14.8% no estaba ni en desacuerdo ni de acuerdo; el 32.3% señaló estar en desacuerdo con el postulado referido y un 31.9% estuvo *muy* en desacuerdo. El 9.2% respondió no saber[87].

En consecuencia, los resultados sugieren que la mayoría de los encuestados consideran que se debería registrar y notificar la presencia de agresoras sexuales, lo que da cuenta de una cierta consciencia -de la existencia- del fenómeno delictivo; aunque por otra parte, se aprecia una evidente polarización en cuanto a la adopción de medidas preventivas. Por último, la mayoría estuvo en desacuerdo o muy en desacuerdo (32.3% y 31.9%) con la afirmación de que los delitos sexuales perpetrados por mujeres revestían de *menor* gravedad que aquellos realizados por individuos del sexo masculino, por lo que no sólo existe la consciencia de la existencia del fenómeno, sino que también de la importancia del mismo.

2.5. Agresores sexuales juveniles

Dentro del fenómeno propiamente criminal, cabe hacer una relevante distinción entre el tratamiento jurídico-penal dado a los adolescentes, en contraposición al que les corresponde a los adultos. Por un lado se ha señalado que en términos conductuales, existen similitudes entre los ofensores sexuales adultos y juveniles, particularmente en lo que respecta a la etiología del comportamiento delictivo, patrones de conductas, características sociales y distorsiones cognitivas[88]. Además, compartirían otras particularidades, como baja autoestima, habilidades sociales deficitarias, dificultad para relacionarse, aislamiento, soledad, problemas emocionales,

[87] CAIN, C., SAMPLE, L. y ANDERSON, A. 2015. Public Opinion of the Application of Sex Offender Notification Laws to Female Sex Offenders: Why it is important to examine. Criminal Justice Policy Review. SAGE Publication. p.9

[88] TERRY, K. 2013. *op.cit.* p.119

timidez, problemas académicos, intelectuales, familiares y psiquiátricos, confusión en la identidad de género, abuso de sustancias, desviación y disfunción sexual, entre otros[89].

Sin embargo, el sistema penal juvenil atiende a sus propias finalidades subyacentes, como la protección del adolescente y su rehabilitación. Por ello, este sistema parte del presupuesto de que los jóvenes son diferentes a los adultos en tanto son menos maduros, más susceptibles a ceder ante las presiones o influencias externas[90] y producto de que los adolescentes se encuentran en un proceso de crecimiento físico y psicológico, al estar formando sus identidades, existen más posibilidades de rehabilitarse[91]. HUMAN RIGHTS WATCH señala que la imagen de un *depredador sexual* no se aviene con la mayoría de los adolescentes que cometen delitos sexuales, dado que sus comportamientos suelen ser menos agresivos, más experimentales que desviados y suelen ocurrir en períodos breves de tiempo[92].

Lo referido, tiene una consolidación reciente en la jurisprudencia estadounidense, la cual advierte la importancia, en términos político-criminales, de hacer un distingo en el tratamiento jurídico-penal del joven[93]. La consideración de los adolescentes para efectos de su inclusión en los Registros, respondió a una convergencia de factores en la década de 1990' en Estados Unidos, tales como el miedo público por la creciente tasa de delincuente cometida por jóvenes de color; el cuestionamiento de la eficacia de las propuestas rehabilitadores; la reivindicación de los derechos de la víctima, entre otros[94].

La concreción de lo expuesto, en materia de delitos sexuales, se manifiesta en el hecho de que no todos los casos de delitos perpetrados por agresores juveniles, están afectos al Registro. Por ejemplo, en Estados Unidos, en el momento la promulgación de «SORNA» (*Sex Offender Registration and Notification Act*), 36 estados exigían registrar a adolescentes como agresores sexuales, mientras que en el resto no requería que tales menores se registraran[95]. En 11 estados y

---

89 *Ibíd.* p.119

90 WALKER STERLING, R. 2015. Juvenile Sex Offender Registration: An Impermissible Life Sentence. The University of Chicago Law Review. p.302

91 HUMAN RIGHTS WATCH. 2013. Raised on the Registry. The Irreparable Harm of placing children on sex offender registries in the U.S. 978-1-6233-0084. p.25

92 *Ibíd.* pp.27-28

93 Sentencias relevantes de la Corte Suprema EE.UU en la materia, *Roper v. Simmons* (2005), resolvió que la Constitución federal prohibía aplicar la pena de muerte a los adolescentes menores de 18 condenados por crímenes capitales; *Graham v. Florida (2010)*, la Constitución prohíbe condenar a los adolescentes a penas perpetuas sin poder optar a la libertad condicional -excepto en el caso de homicidio-; y en el mismo sentido, pero incluyendo esta vez al homicidio, *Miller v Alabama* (2012). Véase en: WALKER STERLING, R. 2015. *op.cit.* p.295

94 *Ibíd.* pp.311-312

95 U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. 2015. Sex Offender Registration and Notification in the United States: Current Case Law and Issues [en línea] <http://www.smart.gov/caselaw/handbook_dec2015.pdf> [consulta: 28 enero 2017] p.7

el distrito de Columbia, no se registran a los ofensores sexuales juveniles condenados en tribunales de menores, sin embargo, en estas doce jurisdicciones procede el registro de menores condenados por tribunales de adultos[96]. En 38 estados, se registran a los condenados tanto en tribunales de menores como de adultos[97]. En al menos 28 registros estatales, los estados incluyen a los ofensores sexuales adolescentes en el régimen de notificación pública con mínimas o sin restricciones[98].

2.6. Percepción de la comunidad acerca de los agresores sexuales

2.6.1. El perfil del «delincuente sexual»

El *perfil* del agresor sexual se encuentra configurado, en parte, por la percepción que se forma la comunidad de estos individuos. Por ello, antes de adentrarme en los factores que condicionan *al perfil*, es menester identificar *cómo es* –en términos genéricos- *el perfil*, según la visión que se forma la sociedad en su conjunto.

Estudios de distintos países han demostrado que, en general, la percepción del público acerca de los ofensores sexuales es frecuentemente desvirtuada. La comunidad tiende a ver las leyes de agresores sexuales como necesarias para proteger a los individuos más vulnerables de la población, como los menores de edad[99].

Un estudio llevado a cabo en Estados Unidos consultó a residentes del estado de Florida cuál era su percepción respecto de los ofensores sexuales. Los resultados arrojados dan cuenta de que los encuestados piensan que (i) los agresores sexuales tienen una alta tasa de reincidencia (la que bordearía el 75%); (ii) estos reinciden más que otro tipo de «delincuentes» (véase los que cometen delitos que afectan otros bienes jurídicos); (iii) la mayoría de los ataques son realizados por extraños; (iv) creen que sólo la mitad de los delitos son reportados a la autoridad y (v) consideran que la criminalidad sexual está en aumento. Además, son (vi) escépticos en cuanto a la posible eficacia que puedan tener los tratamientos psicológicos sobre los ofensores para evitar la

[96] HUMAN RIGHTS WATCH. 2013. *op.cit.* p.17
[97] *Ibíd.* p.17
[98] *Ibíd.* p.18
[99] HYNES, K. 2013. The Cost of fear: an analysis of sex offender registration, community notification, and civil commitment laws in the United States and the United Kingdom. Penn State Journal of Law & International Affairs. 2(2). pp.354-355

reincidencia[100]. Ante la pregunta de cuáles agresores sexuales -según gradación de peligrosidad asociada- deberían ser registrados, el 76.3% respondió "todos"[101].

Obviando las limitaciones propias del estudio (comprende sólo un Estado de EE.UU, con un acotado universo de entrevistados), cabe sostener que este da luces de una percepción que tiene la gente respecto de los «delincuentes sexuales» que parece ser bastante común. El hecho de que la opinión pública los considere altamente reincidentes, que focalice la fuente de peligrosidad en personas *extrañas,* esto es, ajenas a círculos de confianza y la consideración de que no son susceptibles de tratamiento o rehabilitación, configura un perfil del «delincuente sexual» –que difiere de *otro tipo de delincuentes*- lo cual es explicativo del alto reproche de la comunidad y el porqué del aumento de la demanda social por una reacción punitiva más intensa en esta materia.

No corresponde analizar en este apartado la veracidad de las creencias que tiene la sociedad respecto de los ofensores sexuales -lo cual se hará más adelante- pero sí cabe señalar que la mayoría de estas percepciones son pre-juicios que no están formados conforme a una evidencia empírica disponible que sustente dichas creencias, tales como estudios que acrediten la real tasa de reincidencia de los agresores sexuales o si la comisión de los delitos sexuales tiene como agente predominante a sujetos extraños o pertenecientes a círculos de confianza. Por ello, es que se ha afirmado que el pánico que tiene la comunidad y la percepción de la misma acerca de los agresores sexuales, es efecto de una realidad socialmente construida, determinada por ideologías políticas y sociales[102].

2.6.2. Factores que condicionan la percepción del perfil del «delincuente sexual»

Si bien puede existir una conceptualización del «delincuente sexual» que se encuentre asentada, ello no implica que no pueda ser objeto de cuestionamientos y propuestas de reformulación. A continuación, pretendo identificar *críticamente* los factores que determinan el

[100] LEVENSON, J.S., BRANNON, Y.N. y FORTNEY, T. 2007. Public Perceptions about Sex Offenders and Community Protection Policies. Analyses of Social Issues and Public Policy, 7(1). p.12
[101] *Ibíd.* p.12
[102] TERRY K. 2013. *op.cit.* p.3

perfil criminógeno[103] que se impone perceptivamente en la comunidad, intentando demostrar que la concepción del «delincuente sexual» es inducida, errónea y artificial.

2.6.2.1. Factor conceptual

No se debe obviar el hecho de que el concepto «delincuente» parece ser una fórmula que, en términos simbólico-comunicativos, conlleva una habitualidad. Resulta difícil asociar el concepto «delincuente» a cualquier persona que haya cometido *un* delito, sino que discursivamente tienda a vincularse a un despliegue de conductas constantes y reiteradas –sean estas finalmente sancionadas o no-, que condicionan al individuo y que es comprendido de una manera similar a una *profesión*.

Lo expuesto queda demostrado por la existencia de tratamientos penitenciarios de agresores sexuales, en los cuales, desde un enfoque cognitivo-conductual que atiende a aspectos específicos del individuo, se propone *no* utilizar precisamente el concepto «delincuente sexual», y en subsidio, referírseles como personas que han cometido un delito sexual[104].

WACQUANT señala que el concepto «delincuente sexual» es elástico y capcioso[105], con el cual se suele señalar a una heterogeneidad de individuos que *a*cometen comportamientos que revisten diversas características, por lo que la amplitud de su comprensión terminológica conlleva subjetividad en lo que respecta a la consideración de las conductas posibles que pueden enmarcarse y subsumirse en dicho concepto. Como se señaló en parágrafos anteriores, en la nomenclatura convergen denominaciones tales como *violadores*, *pederastas*, *abusadores sexuales*, entre otros. De esta forma, los individuos que han sido condenados por delitos sexuales deben cargar con el estigma de un apelativo genérico, que implica habitualidad y que no acepta matices, lo cual promueve un fuerte rechazo social.

La comprensión social que se remite a la construcción estereotipada de un *perfil* de los agresores sexuales, bajo mi perspectiva, es errada, dado que estos individuos cuentan con una

---

[103] El análisis de los factores condicionantes de la percepción de los *delincuentes sexuales,* en cierta medida, coincide con las formulaciones críticas que pretendo efectuar acerca de los Registros públicos y los sistemas de notificación. Sin embargo, en este apartado, la revisión de los factores está principalmente enfocada en la incidencia que tiene sobre el *individuo* y no propiamente sobre el *sistema de registro y notificación.*

[104] GUILLAMONDEGUI, L. 2012. Agresores sexuales, ¿resocialización o neutralización?: Aproximación a algunos parámetros para la elaboración de un programa de Política Criminal respetuoso del Estado de Derecho". En: Conferencia Internacional "Política criminal y reforma penitenciaria en el marco de un gobierno democrático e inclusivo". p.10

[105] WACQUANT, L. 2010. *op.cit.* p.304

vasta heterogeneidad en cuantos a características de personalidad y psicopatológicas[106]. Si bien los agresores sexuales pueden compartir ciertos patrones comunes, no debe operar respecto de ellos una automática estandarización.

FINKELHOR identifica como uno de los principales problemas que se presentan en las políticas que pretenden la prevención de la delincuencia sexual, el hecho de que el trabajo se haga en función de *estereotipos* de agresores sexuales, a los cuales se les suele atribuir grandes aptitudes de convencimiento de menores, reacios a las intervenciones terapéuticas sobre su persona, altamente reincidentes y cuyas motivaciones son siempre realizar daño a los menores[107].

Por otra parte, el concepto «delincuente sexual» es particularmente peligroso, por cuanto se encuentra condicionado por los mecanismos formales de control, esto es, todo aquel individuo que haya sido condenado y cuya información se encuentre indexada en un Registro, inmediatamente se constituye como un «delincuente», con toda la connotación que ello conlleva. Dicha vinculación axiomática es paradójica dado que, en el contexto específico de los sistemas de monitorización registrales, estos se caracterizan por ser una medida post-penitenciaria, por lo cual se sindica como «delincuentes sexuales» a individuos que ya cumplieron su respectiva condena, perpetuando dicha denominación.

2.6.2.2. Factor populismo punitivo

El «populismo punitivo», entendido como una instrumentalización del Derecho Penal para efectos de obtener réditos electorales a partir de la defensa de propuestas como el aumento de las penas y la maximización del efecto *simbólico* de la sanción, se caracteriza por responder a una concepción aflictiva del derecho penal, en donde la pena de prisión es la principal reacción frente al delito y en la cual predomina en primer lugar el discurso de la víctima y su reivindicación de castigo[108]. En esencia, es un fenómeno que ha sido denominado como la *popularización de la Política Criminal,* en donde el diseño legislativo se encuentra basado en las demandas de la audiencia penal, lo que finalmente se traduce en las percepciones que tiene la ciudadanía acerca de la seguridad[109].

---

[106] GONZÁLEZ, E., MARTÍNEZ, V., LEYTON C. y BARDI, A. 2004. *op.cit.* p.11
[107] FINKELHOR, D. 2009. The prevention of childhood sexual abuse. www.thefutureofchildren.org. 19(2). p.171
[108] GARCÍA ARÁN. 2008. *op.cit.* p.43
[109] HERRERA, M. 2004. El Uso punitivo de la publicidad inocuizadora. Líneas comparadas de política criminal y naturaleza e implicaciones de derecho penal. En: Cuadernos de política criminal: Segunda Época Nº82. p.92

Conforme a su construcción, es determinante en términos condicionantes para el sujeto reprochado por cometer un delito sexual. En esta medida, al ser delitos con caracteres propios que generan un gran impacto mediático, el discurso legislativo por parte de los órganos competentes busca empatizar con la víctima y no sólo con ella, sino también con las *potenciales víctimas,* lo cual tiene por consecuencia una mayor criminalización de los individuos que cometen este tipo de delitos, lo que finalmente redunda y queda de manifiesto en propuestas como los Registros y sistemas de notificación. De esta forma, la casta política tiene un fuerte interés en mostrarse como *duros* ante el fenómeno delictivo, puesto que los votantes desean sentirse más seguros dentro de sus comunidades[110].

Previamente se expusieron los elementos que configuran el *perfil del delincuente sexual* según las creencias que tiene la comunidad acerca de estos, a saber, que son individuos de alta reincidencia, desconocidos por las víctimas, que no responden a los tratamientos de rehabilitación y que no admiten gradación en cuanto a su peligrosidad. Precisamente, todas estas creencias funcionan como las premisas subyacentes de las propuestas legislativas en la materia. Los Registros, los sistemas de notificación y las «restricciones de residencia» parten del presupuesto de que los agresores son altamente reincidentes, *por lo que* deben ser sujetos a medidas post-condenatorias; que la mayoría de los agresores son personas *extrañas* a las víctimas, *por lo que* dichas medidas deben apuntar a supervisar personas externas a los integrantes de la familia y por último, que este tipo de criminalidad está en franco aumento, *por lo que* se requiere aumentar los instrumentos de control y sanción. Esto es precisamente lo que define al populismo punitivo y que perpetúa una conceptualización –específica- del «delincuente sexual», en tanto se busca satisfacer a la comunidad a través de medidas paliativas que no se fundan en evidencia empírica, sino en percepciones *subjetivas* que no siempre son correctas. Por lo expuesto, existe un fenómeno conforme al cual se excluye del debate a los paneles de expertos que podrían identificar algunas consecuencias perniciosas que se producen por la adopción de cualquier medida de carácter penal[111].

[110] BERENGUER MEGALE, E. 2011. The Invisible Man: How the Sex Offender Registry Results in Social Death. The Journal of Law and Social Deviance. Forthcomin. p.27
[111] DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. 2004. *op.cit.* p.11

2.6.2.3. Factor «medios de comunicación»

Uno de los factores relevantes al momento de configurar el perfil de los «delincuentes sexuales», son los «medios de comunicación» –en términos amplios, es decir, prensa escrita, medios audiovisuales, etc.-.

En el actual contexto social, los *medios de comunicación* se erigen como un factor determinante en la configuración de las actitudes sociales ante el fenómeno delictivo[112]. Estos operan bajo una lógica de mercado, por lo que les resulta imperioso captar la atención de los ciudadanos para efectos de mantener una audiencia que les permita obtener ganancias[113]. Una de las formas con las que llevan a cabo este objetivo, es mediante la instrumentalización el fenómeno delictivo, el cual satisface ciertos factores para que un hecho pueda ser considerado *noticiable*: las noticias acerca de la criminalidad suelen ser negativas, fácilmente simplificadas, compuestas de hechos llamativos, conflictos o violencia y pueden ser conectadas con otros acontecimientos para dar continuidad en la noticia, además de ser información barata y aceptada por la audiencia[114]. Esto garantiza la atención de los lectores[115], por lo que los medios dedican amplios espacios para la crónica criminal[116], produciendo imágenes distorsionadas del volumen de delincuencia, de la impunidad de los delincuentes[117] y transmitiendo un mensaje de que la justicia es excesivamente tolerante[118]. Bajo esta misma lógica empresarial, resulta difícil que se publiquen noticias que analicen el contexto social de comisión del delito, o se inmiscuyan en las causas económicas o culturales de la delincuencia o se recurra a la opinión de expertos en el tema[119]. Con ello, el delito se convierte en un elemento discursivo que busca apelar a los temas que repercuten de forma más eficaz y directa en los temores de la ciudadanía.

Cabe advertir que pueden existir diferencias en el tratamiento de las noticias según el soporte del medio que emite la noticia. Por ejemplo, las crónicas acerca de la delincuencia que se emite por televisión suelen ser *episódicas,* enfocándose principalmente en casos que afectan

---

112 DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. 2008. *op.cit.* p.26
113 GARCÍA ARÁN. 2008. *op.cit.* p.47
114 SALAT PAISAL, M. 2014. La respuesta jurídico-penal a los delincuentes imputables peligrosos: especial referencia a la libertad vigilada. Tesis doctoral. Universidad de Lleida. p.36
115 SOTO NAVARRO, S. 2005. La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología [en línea] <criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-09.pdf> [consulta: 28 enero 2017]. p.41
116 DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. 2004. *op.cit.* p.9
117 DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. 2008. *op.cit.* p.26
118 GARCÍA ARÁN. 2008. *op.cit.* p.53
119 SALAT PAISAL, M. 2014. *op.cit.* p.41

diariamente a las personas, mientras que los diarios presentan una cobertura *temática*, la cual exhibe tendencias delictivas y en donde los casos son contextualizados[120]. Esta distinción tendría un efecto en la toma de posiciones del destinatario de la noticia, en tanto la cobertura *episódica* se encuentra vinculada a auditores que entienden el delito como una cuestión individual y que debe ser combatida con penas más duras, mientras que la cobertura *temática* se asocia a lectores que entienden el fenómeno delictivo como un problema social[121].

Según GARCÍA ARÁN, la incidencia de los *medios de comunicación* en los discursos político-criminales operaría en dos dimensiones: (i) en la valoración *cuantitativa* de la inseguridad, mediante la exposición sensacionalista y la cobertura excesiva que se le da a los sucesos criminales[122]; y (ii) en la *valoración cualitativa* de la capacidad punitiva del sistema penal, mediante la simplificación del mensaje relativo a la delincuencia, otorgándole un papel preponderante a las víctimas que exigen castigos, lo que tiene por efecto que las respuestas judiciales y las leyes sean percibidas como excesivamente benévolas[123]. En este sentido, el tratamiento dado por los medios de comunicación a los condenados sexuales recoge y reintroduce una sensación de inseguridad en la población, perpetuando mitos, magnificando las demandas reactivas por parte de la misma y explotando sucesos delictivos aislados desprovistos de su debida contextualización[124], lo que finalmente condiciona un perfil de este tipo de delincuentes que genera un alto rechazo[125]. Además, las representaciones mediáticas también generan sentimientos como angustia, ira o resignación[126].

En este punto, cabe distinguir entre la *preocupación por el delito* y el *miedo al delito*. La *preocupación por el delito* dice relación con la *estimación general* que tienen los ciudadanos de la seriedad del problema de la delincuencia, lo que supone un juicio cognitivo[127]. Por su parte, el *miedo al delito* consiste en la percepción que tiene cada ciudadano de las probabilidades de ser víctima de un delito, lo que no necesariamente tiene un correlato objetivo en las *posibilidades reales* de serlo[128].

SOTO NAVARRO afirma que el modo de presentación de las noticias es uno de los factores más influyentes en la percepción individual de la delincuencia, dado que las personas no disponen

---

120 FOCÁS, B. 2015. Miedo al delito: los medios de comunicación, ¿una dimensión explicativa?. Apuntes de investigación del CECYP. 26. p.199
121 *Ibíd.* p.199
122 GARCÍA ARÁN. 2008. *op.cit*. p.62
123 *Ibíd.* p.48
124 DÍEZ RIPOLLÉS. 2004. *op.cit.* p.25
125 GARCÍA ARÁN, M. 2008. *op.cit*. p.44
126 FOCÁS, B. 2015. *op.cit.* p.201
127 SOTO NAVARRO, S. 2005. *op.cit.* p.4
128 *Ibíd.* p.04

del tiempo suficiente para hacer una revisión completa de un periódico, por lo que se concentran en los titulares y las ilustraciones de acompañamiento[129].

La literatura española ha dado cuenta del fenómeno del *miedo al delito*. Un estudio efectuado por SOTO NAVARRO en España, respecto de la influencia de los medios de comunicación en la percepción social, concluyó que estos transmiten una imagen de la delincuencia muy distinta de la real[130]. En dicho país, entre los años 2001 y 2003, la tasa delictiva se mantuvo estable, mientras que a su vez, se observó una *desproporción en la atención mediática,* la cual tiene como correlato el incremento en la preocupación de delito, lo que no estaría en concordancia con los datos de la *delincuencia conocida*[131].

Dado que los *medios de comunicación* cuentan con una capacidad de condicionamiento de las sensaciones de la sociedad, les permite influir en los agentes políticos encargados de llevar a cabo la legislación en materia penal, marcando la agenda político-criminal[132]. El fenómeno de la *agenda-setting* es un proceso en el cual los medios de comunicación, mediante la selección, presentación y planteamiento de sus noticias, condicionan la *agenda pública,* marcando el debate de la contingencia. Luego, estas demandas son transferidas a los operadores políticos, quienes legislan condicionados en función de lo determinado por la *agenda pública*[133], lo que puede encontrar dos razones, ya sea para reconocerle legitimidad democrática a las demandas punitivas de la sociedad o bien, por el temor a la respuesta popular en contra[134].

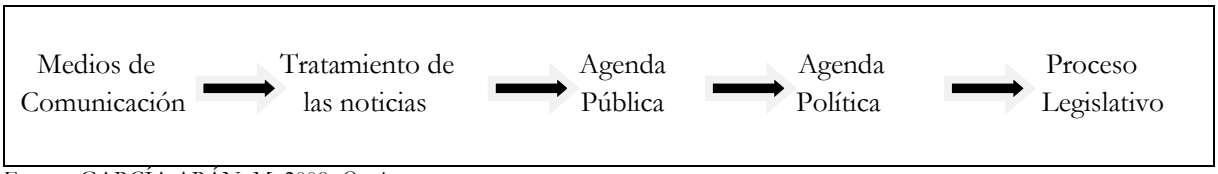
SOTO NAVARRO da cuenta de este fenómeno, concluyendo que los medios de comunicación pueden ejercer una considerable influencia sobre la política criminal[135]. Ahora bien, bajo la teoría de la *agenda setting*, los medios de comunicación no serían propiamente los responsables de las reformas, dado que en última instancia es el poder legislativo quien las lleva a cabo y por tanto, sin el beneplácito de los poderes políticos, el giro punitivo de la política criminal no se verificaría[136]. En virtud de lo expuesto, es posible afirmar que los *medios de comunicación* buscan el beneficio económico, el *poder político* pretende obtener el beneficio electoral[137].

---

[129] *Ibíd.* p.11
[130] *Ibíd.* p.37
[131] GARCÍA ARÁN. 2008. *op.cit.* p.51
[132] DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. 2008. *op.cit.* p.26
[133] GARCÍA ARÁN. 2008. *op.cit.* p.41
[134] *Ibíd.* p.62
[135] SOTO NAVARRO, S. 2005. *op.cit.* p.29
[136] SALAT PAISAL, M. 2014. *op.cit.* p.45
[137] *Ibíd.* p.49

Conforme al esquema que he planteado, los medios de comunicación deben comprenderse como *uno* de los factores de condicionamiento del perfil de los ofensores sexuales, por lo que no cabe entenderlo como el *único,* mas si cabe señalar que estos cuentan con la aptitud para poner los temas en el *tapete*, conforme a su ideología predominante.

Esquema nº1. *Agenda-setting*



Fuente: GARCÍA ARÁN, M. 2008. *Op.cit.*

Un ejemplo de lo señalado, fue la utilización del concepto «sexual predators» por parte los medios de comunicación estadounidenses para hacer referencia a los *agresores sexuales*[138]. Esta terminología fue recogida en la legislación de los Registros, como el caso del estado de Florida, EE.UU, en donde el «sexual predator» fue aplicado para designar a los condenados de alto riesgo[139]. El término fue creado por la *Community Protection Act* (1990), del estado de Washington, con el cual se sindicaba a aquellos agresores que presentaban problemas psiquiátricos y una alta tendencia a reincidir, por lo que eran seleccionados para ser tratados mediante el *civil commitment*[140]. Luego, esto fue replicado por la *Jacob Wetterling Act*, definiendo al «sexual predator» como la persona que ha sido condenada por un delito sexual violento y que sufre de una anormalidad mental o un trastorno en la personalidad, el cual produce que la persona sea propensa a volver a cometer delitos de esta índole[141]. Lo expuesto, demuestra que el concepto «depredador»[142] tiene por efecto infundir temor en la comunidad.

Pese a lo señalado, cabe atenuar las conclusiones. GARCÍA ARÁN adhiere a la tesis de que la demanda «punitivista» existe, pero es *magnificada* por los medios de comunicación. La existencia de la pretensión punitiva estaría explicada debido a que no cabe imaginar que el discurso de los

138 TABACHNICK, J. y KLEIN, A. 2011. A Reasoned Approach: Reshaping sex offender policy to prevent child sexual abuse. Association for The treatment of Sexual Abusers. p.9

139 SOCIA, K., LEVENSON J., ACKERMAN, A. y HARRIS, A. 2014. Brothers Under the Bridge: Factors Influencing the Transience of Registered Sex Offenders in Florida. Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment. p.7

140 LIEB, R. y MATSON, S. 1998. Sexual Predator Commitment Laws in the United States: 1998 update. Washington State Institute for Public Policy. p.1

141 Violent Crime Control and Law Enforcement Act of 1994. Título XVII. Subtítulo A. Secc. 170101 (a)(3)(C)

142 ROBLES PLANAS, R. 2007. "Sexual Predators". Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad. Barcelona. InDret Revista para el análisis del Derecho. p.5

medios de comunicación se produzca de forma espontánea en la redacción de prensa, sin tener un correlato empírico; además de razones estructurales, tales como la retirada del Estado social que aumenta las desigualdades; la reivindicación de la sociedad del riesgo; la crisis del modelo del fin de *neutralización de la víctima* que aseguraba el carácter público de la relación jurídico penal[143]. En consecuencia, la incidencia de los *medios de comunicación* no significaría que estos crean ficticiamente una demanda social que exige un aumento en la penalización de conductas prohibidas, puesto que esta en realidad existe. Sin embargo, el factor «medio de comunicación» opera a través de la magnificación y la sobreexplotación de un fenómeno rentable, bajo la lógica de un costo/beneficio lucrativo que ya he referido.

Cabe agregar que los medios de comunicación determinan, conservan y reproducen prejuicios, intensificando el proceso de estigmatización del grupo de individuos a los cuales se les imputa –en fases iniciales- la comisión de un delito sin que aún exista condena, lo cual propende a una *presunción de autoría* que en parte explica que en muchos casos la sociedad clame por venganza, en vez de justicia[144].

Un aspecto relevante que es imperativo mencionar es que los *medios de comunicación* también destacan como un factor socio-cultural que influye en el comportamiento delictivo de los individuos[145], dado que a través de los programas de televisión o de la industria cinematográfica, enfatizan en la construcción de patrones o modelos de conducta en base a un papel dominante del hombre por sobre la mujer, reconociendo implícitamente una prerrogativa del primero para afectar en la práctica los derechos de la segunda.

A modo de conclusión, entiendo que los medios de comunicación ejercen un doble rol: (i) *configurativo*, como un factor socio-cultural determinante del comportamiento delictivo y (ii) *consolidativo*, en tanto perpetúa el mismo perfil en cuya construcción incidió.

2.6.2.4. Factor rol de la víctima

Históricamente, la víctima ocupó un rol secundario en el *proceso penal inquisitivo,* en donde normativamente no se le reconocía un *status* preponderante y sus derechos eran prácticamente

[143] GARCÍA ARÁN. 2008. *op.cit.* pp.45-46
[144] GÓMEZ TAGLE LÓPEZ, E. y JUÁREZ RÍOS, E. 2014. Criminología sexual. México. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. Año VIII nº34. p.164
[145] LARROTA CASTILLO, R. y RANGEL-NORIEGA, K. 2013. *op.cit.* p.109

inexistentes[146]. La explicación de este fenómeno, radicaba en la comprensión del proceso penal como un conflicto que se producía entre el Estado –pretensión punitiva- y el imputado -pretensión de libertad-. En función de ello, la intervención de la víctima debía quedar circunscrita en una parcela reducida, en tanto era el Estado quien se adjudicaba la prosecución del conflicto. En este sentido, se ha planteado el *principio de la neutralización de la víctima*, el cual sostiene que estas deben tener una capacidad de intervención en la pretensión punitiva lo suficientemente limitada como para *no* condicionar los intereses públicos[147]. El aumento en la demanda de participación de la víctima en el proceso penal, fundamentada en la mayor identificación que tiene la sociedad para con ella[148], producto que el delito afecta a valores asumidos socialmente[149], también opera como un factor configurativo en el perfil del «delincuente sexual». La distorsión en la percepción de este último encuentra su explicación en el hecho de que en un conflicto personalizado, la víctima carece de una racionalidad objetiva, puesto que es ella la directamente afectada.

En materia procesal, nuestro país es un buen ejemplo del fenómeno del *retorno del discurso de la víctima* -también llamado *des-marginalización de la víctima en sede penal*[150]-. En el contexto de la *Reforma Procesal Penal*, la víctima ha asumido un rol que le otorga mayor participación en la justicia penal, como el financiamiento público de abogados para ejercer la persecución penal, la protección de la víctima a partir del artículo 6º del Código Procesal Penal[151], el reconocimiento del *status interviniente* en el proceso penal conforme al artículo 12 del mismo cuerpo legal; la consolidación del catálogo de derechos de la víctima del artículo 109, el establecimiento del forzamiento de la acusación previsto en el art. 258[152], entre otras disposiciones.

La llamada *centralidad en la víctima* tiene, entre sus consecuencias, una *visceralidad del debate,* lo que implica que cualquier demostración de *compasión* al perpetrador de un delito –inclusive, el reconocimiento formal de los derechos de los imputados-, se traduce, perceptivamente, en un perjuicio para las víctimas y su familia[153].

---

146 DUCE, M., MORENO, L. y otros. 2014. La víctima en el sistema de justicia penal. Una perspectiva jurídica y criminológica. Política Criminal. 9(18). Doc.1. p.740
147 DÍEZ RIPOLLÉS. 2004. *op.cit.* p.9
148 CARNEVALLI, R. 2008. *op.cit.* p.18
149 GARCÍA ARÁN. 2008. *op.cit.* p.44
150 DUCE, M., MORENO, L. y otros. 2014. *op.cit.* p.785
151 JIMÉNEZ, M.A., SANTOS, T., MEDINA, P. Reorientaciones de la justicia penal a 12 años de la Reforma Procesal Penal. En: Nova Criminis. 2012. Visiones Criminológicas de la Justicia Penal. Nº4. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Central de Chile. pp.219-220
152 DUCE, M., MORENO, L. y otros. 2014. *op.cit.* p.744
153 Entrevista a GABRIEL KESSLER, sociólogo. 2010. [en línea] Diario Página 12 en Internet. 23 de agosto, 2010, <http://www.pagina12.com.ar/diario/dialogos/21-151840-2010-08-23.html> [Consulta: 28 de enero 2017]

§ 3. Tratamiento político-criminal de la delincuencia sexual

*** Sumario**

3. Tratamiento político-criminal de la delincuencia sexual - 3.1. Medidas privativas de libertad - 3.1.1. *Mandatory Sentencing Laws* - 3.1.1.1. Definición – 3.1.1.2. Críticas - 3.1.2. *Civil commitment* - 3.1.2.1. Definición y características – 3.1.2.2. Naturaleza jurídica y constitucionalidad – 3.1.2.3. Eficacia y críticas - 3.1.3. Custodia de seguridad - 3.2. Medidas post-penitenciarias (no privativas de libertad) - 3.2.1. Restricciones de residencia (*residency restrictions*) - 3.2.1.1. Definición - 3.2.1.2. La teoría de las actividades rutinarias - 3.2.1.3. Eficacia y críticas - 3.2.2. Sistemas de monitorización GPS - 3.2.2.1. Definición - 3.2.2.2. Clasificación - 3.2.2.3. Eficacia- 3.2.2.4. Teoría del mosaico - 3.2.2.5. Ventajas y críticas - 3.2.3. Polígrafo - 3.2.4. Castración química – 3.2.4.1. Definición – 3.2.4.2. Naturaleza jurídica – 3.2.4.3. Aplicación y normativas – 3.2.4.4. Eficacia – 3.2.4.5. Críticas - 3.3. Otras medidas. Alcance respecto de la pena de muerte.

En la actualidad, el tratamiento de la delincuencia sexual tiende a dos vías: (1) propuestas privativas de libertad y (2) medidas post-penitenciarias (no privativas de libertad)[154]. Entre las primeras, se encuentran las propuestas de sentencias de penas más extensas -en términos temporales- y medidas que establecen la internación o tratamiento de sujetos peligrosos, como el *civil commitment* o la *custodia de seguridad*. En la segunda tendencia, se aboga por la implementación de modelos de vigilancia y supervisión de aquellos los delincuentes más peligrosos o reincidentes, también llamados *delincuentes por tendencia* y *delincuentes habituales* respectivamente[155].

A continuación se hará revisión del catálogo de medidas *diversas al Registro*, estableciendo las definiciones pertinentes y en aquellos casos en los cuales amerite, exponiendo las críticas y exámenes de eficacia que se han realizado en la materia.

3.1. Medidas Privativas de libertad

Las medidas que se analizarán a continuación son las siguientes: (i) *Mandatory Sentencing Laws*; (ii) *Civil Commitment* y la (iii) *Custodia de seguridad*. El común denominador de ellas es que están vinculadas con la *privación de libertad*. Técnicamente, las leyes que mandatan sentencias no consisten propiamente en el *mecanismo* por el cual se mantiene privada de libertad a una persona, sino son las directrices legales *que propugnan* por mantener al individuo en prisión. Por su parte,

[154] COHEN, M. y JEGLIC, E. 2007. *op.cit.*. p.369

[155] BOGUÑÁ NIETO, M. 2013. La Custodia de Seguridad. 3 cuestiones fundamentales. Trabajo fin de grado (21067). Universitat Pompeu Fabra. Barcelona. p.19

tanto el *civil commitment* como la *custodia de seguridad* tienen un carácter *post-penitenciario,* en el entendido de que su aplicación es procedente con posterioridad al cumplimiento de la condena.

3.1.1. *Mandatory sentencing laws*

3.1.1.1. Definición

Las *mandatory sentencing laws* corresponden a un repertorio normativo que define el baremo mínimo con el cual deben ser juzgados ciertos delitos así como para ciertos individuos, tales como narcotraficantes, reincidentes o quienes cometen crímenes violentos[156]. Este tipo de leyes operan prohibiéndoles a los jueces dictar sentencias con penas menores a las exigidas, lo cual reduce la discrecionalidad de estos a la hora de sentenciar un hecho ilícito. De esta forma, se imponen castigos sustancialmente mayores cuando se verifica la existencia de una circunstancia agravante especificada en relación con la comisión del delito[157].

Los antecedentes históricos de estas medidas se remiten a la época colonial, en donde las legislaciones vigentes en dicho tiempo establecían penas fijas para la mayoría de los delitos, teniendo las Cortes poca o inexistente flexibilidad en la determinación e imposición de los penas[158].

Las *mandatory sentencing laws*, concebidas como un *castigo obligatorio,* se fundan en principios utilitaristas, en tanto pretende aislar a aquellos individuos que conllevan un peligro para la sociedad con penas más largas que los mantengan privados de libertad.[159] A este tipo de exigencias, se les ha reconocido como fines la incapacitación del agresor, la retribución por el hecho cometido y la pretensión de efectos disuasivos para con el resto de los agresores[160]. Enmarcadas dentro de estas normativas, se encuentran las denominadas leyes *three strikes,* las cuales pretenden apartar socialmente a determinados delincuentes reincidentes mediante la imposición de penas privativas de libertad a cadena perpetua[161]. Por tanto, las leyes permiten al

---

156 LOWENTHAL, G. 1993. Mandatory Sentencing Laws: Undermining the Effectiveness of Determinate Sentencing Reform. California Law Review. 81(1) Art.2. p.67
157 *Ibíd.* p.69
158 *Ibíd.* p.68
159 *Ibíd.* p.67
160 U.S. DEPARTMENT JUSTICE. 2008a. Legislative Trends in Sex Offender Management. Center for Sex Offender Management. Office of Justice Programs. p.4
161 SALAT PAISAL, M. 2014. *op.cit.* p.67

juez imponer penas perpetuas para aquellos individuos que han cometido tres delitos o crímenes de gravedad, pese a que también pueden ser aplicables a personas que han sido autoras de al menos un crimen violento o sexual[162].

3.1.1.2. Críticas

Entre las críticas que se han realizado a este tipo de medidas, se puede mencionar el hecho de que el juez pierde discrecionalidad para determinar el quantum de pena, por lo que se dificulta arribar al dictamen que sea más útil y óptimo para los condenados según cada caso particular; además han producido un aumento dramático y significativo de la población penal[163] y por último, no conllevan incentivo alguno para el tratamiento del ofensor, dado que no permiten acelerar la salida de prisión y una vez que estos salen, la reinserción se torna más difícil[164].

3.1.2. *Civil commitment*

3.1.2.1. Definición y características

El *Civil Commitment* o *reclusión civil a perpetuidad*[165] es una medida privativa de libertad y de ejecución posterior a la pena de prisión, la cual se aplica a determinados individuos que han sido condenados por la comisión de un delito de carácter sexual violento o cuando la víctima es menor de edad, siempre y cuando se considere que el sujeto en cuestión es sexualmente peligroso[166]. En los términos de SALAT PAISAL, el *civil commitment* también puede ser definido como "[e]l proceso por el que se establece el internamiento en un centro psiquiátrico o el tratamiento psiquiátrico externo de aquellos sujetos que presentan un riesgo de comisión de futuros delitos derivados de una enfermedad mental"[167].

---

[162] COHEN, M. y JEGLIC, E. 2007. *op.cit.* p.370
[163] LOWENTHAL, G. 1993. *op.cit.* p.72
[164] U.S. DEPARTMENT JUSTICE. 2008a. *op.cit.* p.9
[165] HERRERA, M. 2004. *op.cit.* p.95
[166] SALAT PAISAL, M. 2015. Medidas post-penitenciarias aplicables a los delincuentes sexuales: una visión desde el derecho norteamericano. Versión pre-print (1-38) del artículo publicado En: Revista Penal. 36. 2015. p.2
[167] SALAT PAISAL, M. 2014. *op.cit.* p.89

Originalmente, la medida en comento tenía por propósito someter a tratamientos terapéuticos a aquellos individuos considerados *enfermos mentales* o *particularmente peligrosos*[168]. Los criterios que se solían utilizar para seleccionar a los agresores afectos a la medida, eran los siguientes: (i) comisión de un delito sexual calificado; (ii) diagnóstico de una anomalía mental o trastorno de personalidad que predispone al ofensor a un comportamiento sexual violento; (iii) esta predisposición causa que el comportamiento sea muy difícil de controlar y (iv) el individuo tiene altas probabilidades de reincidir en caso de que *no* sea confinado en un hospital psiquiátrico[169].

Según las normativas en la materia, por *anomalía mental* cabe entender la enfermedad que afecta la capacidad volitiva o emocional que predispone a un individuo a cometer delitos de índole sexual, generando una amenaza para la seguridad de la sociedad[170], mientras que el *desorden de la personalidad* o *trastorno antisocial de la personalidad* es un patrón de conducta cuyo inicio se manifiesta en la pubertad, manteniéndose estable en el tiempo y el cual puede producir deficiencias culturales o ansiedad[171].

Paulatinamente, el propósito ulterior de someter al agresor a un tratamiento para conseguir su rehabilitación fue dejado de lado, variando del «*keeping a close eye on them*» al «*keeping them confined*»[172] por lo que el civil *commitment* derivó *a* la mera confinación del agresor, sin que exista tratamiento alguno de por medio[173].

En términos temporales, la internación se lleva a cabo una vez que el condenado ya ha cumplido su respectiva pena. Pese a ello, producto de la peligrosidad que implica para la comunidad, el sujeto debe permanecer privado de libertad de forma indeterminada, poniéndose fin a la medida una vez que este deje de representar un peligro para el resto de las personas[174]. Bajo esta lógica, el propósito del confinamiento civil consiste en evitar la reincidencia específica o la comisión de otro tipo de delitos. De ello, se colige que la *pena* está en función de los delitos ya realizados, mientras que el *civil commitment* está vinculado por delitos que aún no se han cometido.

En términos generales, el procedimiento prototipo del *civil commitment* suele comenzar con (1) un individuo condenado por uno o más delitos sexuales, el cual tiene una fecha próxima de

168 COHEN, M. y JEGLIC, E. 2007. *op.cit.* p.371
169 U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. 2008a. *op.cit.* p.3
170 SALAT PAISAL, M. 2015. *op.cit.* p.5
171 *Ibíd.* p.5
172 HYNES, K. 2013. *op.cit.* p.352
173 COHEN, M. y JEGLIC, E. 2007. *op.cit.* p.373
174 ROBLES PLANAS, R. 2007. *op.cit.* p.5

liberación de la cárcel, por lo que se le notifica al órgano persecutor; (2) luego, el sujeto es evaluado por un equipo especializado, con el objeto de verificar si se satisfacen los requisitos previamente determinados para ser calificado como un «sexual predator»*;* (3) con esta definición, el órgano persecutor del Estado debe determinar si existe suficiente evidencia para proceder; (4) una Corte jurisdiccional determina si existe una causa probable para que la persona sea considerada un «sexual predator»*,* en el caso afirmativo, es sometida a evaluación por un especialista en problemas psiquiátricos; (5) una vez esclarecida la causa, se lleva a cabo un juicio para determinar si la persona es un depredador sexual, debiendo satisfacer el estándar de prueba correspondiente (*más allá de toda duda razonable* o *prueba clara y convincente*), teniendo el Estado la carga de la prueba*;* (6) por último, se le priva de libertad en un centro especializado para ser sometido a tratamientos que puedan ayudar en los *trastornos de personalidad* o *anomalías mentales*, y una vez que estas son solucionadas o mitigadas, el individuo puede volver a salir en libertad, con medidas de vigilancia menos intensivas[175].

3.1.2.2. Naturaleza jurídica y constitucionalidad

En cuanto a su naturaleza, la jurisprudencia estadounidense ha indicado que el *civil commitment* es una medida de orden civil, dado que (i) no pretende castigar por el hecho cometido, sino neutralizar el peligro de reincidencia criminal del individuo afecto al tratamiento; y (ii) la privación de libertad se realiza en las mismas condiciones que el resto de internados civilmente que presentan un riesgo de cometer delitos debido al padecimiento de enfermedades mentales graves y son liberados una vez que ya no presentan el riesgo de reincidencia o no padezcan el problema mental que ha provocado la internación[176].

En contra, SALAT PAISAL sostiene que es una medida de naturaleza penal[177], dado que (i) los datos demuestran que se dificulta el acceso al tratamiento derivado de las consecuencias de su participación o que los sujetos derechamente no participan en los programas de tratamiento, por lo que es difícil concluir que sea su objetivo principal; (ii) no se evalúa ni la peligrosidad ni el padecimiento de la enfermedad hasta una vez cumplida la pena de prisión, el hecho de que la ejecución de la medida se demore hasta la finalización de la pena da cuenta de que el objetivo de la medida no es el tratamiento; (iii) implica una privación de libertad y sólo se aplica a quienes han

[175] LIEB, R. y MATSON, S. 1998. *op.cit.* p.4 / HYNES, K. 2013. *op.cit.* p.373
[176] SALAT PAISAL, M. 2014. *op.cit.* p.119
[177] *Íbid.* p.119

cometido un delito y por último, (iv) sólo se exige para su procedencia un *trastorno de personalidad* y no una enfermedad grave que conlleve una disminución de la capacidad volitiva.[178]

En cuanto a la constitucionalidad de la medida, la Corte Suprema de Estados Unidos declaró en «Kansas *vs* Hendricks» que el *civil commitment* no violaba el debido proceso por 5 votos a favor y 4 en contra, sosteniendo su carácter no-punitivo en el hecho de que los ofensores sexuales son liberados una vez que ya no presentan un peligro o bien, ya no tengan un impedimento mental[179]. Sin embargo, la constitucionalidad de la medida no es una cuestión pacífica[180]. La Corte del Distrito de Minnesota, en un juicio que se extendió por seis semanas, declaró que el estatuto del *civil commitment* para el tratamiento de ofensores sexuales era *inconstitucional*[181].

3.1.2.3. Eficacia y críticas

Respecto del impacto y eficacia del *civil commitment*, no existe evidencia empírica que dé cuenta de la reducción de la reincidencia en los ofensores sexuales internados o el supuesto aumento en la seguridad de la comunidad[182].

Al contrario, se encuentran acreditados impactos negativos, como que el carácter indefinido de su extensión, produce el aumento de los costos operativos[183]. Además, al tener un carácter civil, la medida carece de protecciones constitucionales que efectivamente existen en materia penal, por lo que se ha señalado que pueden verse afectados diversas prerrogativas del inculpado, como el *derecho a guardar silencio*; el *derecho a ser juzgado por un jurado* y la *garantía de un proceso rápido*[184].

Otra crítica que se ha esgrimido, refiere que en el internamiento civil, al tener un carácter terapéutico, es un médico quien le pone fin al tratamiento informando de ello al juez, por lo que este último, un operador jurídico, queda sujeto a un criterio médico, lo que ha sido denominado por ciertos autores como un *fraude de etiquetas*[185]. En este mismo sentido, se ha señalado que los psiquiatras encargados de evaluar a los internos, tendían a mantener su diagnóstico de peligrosidad (*overpredicting dangerousness*), con el propósito de reducir el riesgo de que se produjesen

[178] *Ibíd.* pp.119-120
[179] SALAT PAISAL, M. 2015. *op.cit.* pp.8-9
[180] *Ibíd.* p.8
[181] Karsjens *v.* Jesson. Civil Nº. 11-3659 (DWF/JJK). District Court (Minnesota) Apr.2015, p.4
[182] SALAT PAISAL, M. 2015. *op.cit.* p.11
[183] U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. 2008a. *op.cit.* p.7
[184] HYNES, K. 2013. *op.cit.* p.372
[185] SÁNZ MORÁN, A.J. 2007. El tratamiento del delincuente habitual. Política Criminal nº4. A3. p.12

nuevos delitos una vez que los individuos tratados fuesen liberados, para efectos de eludir sus (eventuales) responsabilidades[186].

3.1.3. Custodia de seguridad

En Alemania, la privación de libertad con fines *inocuizadores* se materializa a través de medidas de seguridad, las cuales pueden prolongarse de forma indeterminada. Para efectos de la procedencia de estas, la *imputabilidad* del agresor sexual condenado no es impedimento para que se le aplique una pena extendida o bien, una medida de seguridad de internamiento[187].

La «custodia de seguridad»[188], medida que se impone tras el cumplimiento de la pena[189] -no limitada por el principio de culpabilidad, sino por consideraciones de eliminación de seguridad[190] fue introducida en el sistema penal sancionador alemán el 24 de noviembre de 1933, con la *Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Massregeln der Sicherung und Besserung* (Ley contra delincuentes habituales peligrosos y sobre medidas de aseguramiento y corrección)[191].

El 26 de enero de 1998[192], mediante la *Gesetz zur Bekämfung von Sexualdelikten und aderen gefährlichen Straftaten* (Ley de represión de los delitos sexuales y otros delitos peligrosos)[193], fue reformada y ampliada con el objeto de hacer más extensivo su ámbito de aplicación, eliminándose el límite temporal de 10 años para la custodia impuesta por primera vez, convirtiéndola en *indeterminada*[194]. Con las reformas posteriores, la medida fue contemplando casi la totalidad de situaciones en donde la peligrosidad del «delincuente» fuese una *amenaza para la sociedad*[195].

En el año 2002, la *Gesetz Zur Einführung der Vorbehaltenen Sicherungsverwahrung* (Ley de introducción de la reserva en la imposición de la Custodia de Seguridad)[196] realizó una reforma a la institución, consistente en que si al momento de dictar sentencia no puede determinar si el

---

186 SILVA SÁNCHEZ, J.M. 2001a. El Retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico penales frente a los delincuentes sexuales violentos. En: Homenaje al Doctor Marino Barbero in Memoriam Ediciones de la Universidad de Castilla, la Mancha. Ediciones Universidad Salamanca. p.702
187 ROBLES PLANAS, R. 2007. *op.cit.* p.4
188 Para un análisis de esta institución, véase SÁNCHEZ LÁZARO, F. 2006. *op.cit*. pp.156 y ss.
189 SÁNZ MORÁN, A.J. 2007. *op.cit.* p.7
190 SILVA SÁNCHEZ, J.M. 2001. *op.cit.* p.706
191 BOGUÑÁ NIETO, M. 2013. *op.cit.* p.20
192 ORTIZ, A.L. 2008. Propuestas sobre medidas de seguridad postpenales en España. FAES. Fundación para el análisis y los estudios sociales. Cuadernos de pensamiento político. Octubre/Diciembre. p.198
193 BOGUÑÁ NIETO, M.2013. *op.cit.* p.24
194 SÁNZ MORÁN, A.J. 2007. *op.cit.* p.7
195 ROBLES PLANAS, R. 2007. *op.cit.* p.6
196 BOGUÑÁ NIETO, M.2013. *op.cit.* p.25

imputado era o no peligroso, el tribunal tiene la posibilidad de efectuar una *reserva de la custodia de seguridad* en la sentencia, para posteriormente y antes de finalizar la condena, valorar y decidir si es necesario –o no- la adopción de la medida[197].

En el año 2004, la *Gesetz Zur Einführung der Nachträgliche Sicherungsverwahrung* (Ley de introducción de la imposición posterior de la Custodia de Seguridad)[198] incorporó una custodia de seguridad retrospectiva, incluso para el delincuente primario[199].

El Tribunal Constitucional germano ha declarado en dos ocasiones que la custodia de seguridad es compatible con la Ley Fundamental[200]. La sentencia de 10 de febrero de 2004, si bien consideró inconstitucional el internamiento –administrativo- previsto en algunos *Länder* (estados federados) por invadir competencias de la Federación, la relevancia de la resolución radica en que declaró conforme a la Constitución la supresión –llevada a cabo en 1998- del límite máximo de 10 años para la custodia de seguridad impuesta por primera vez[201].

Por su parte, la doctrina alemana ha calificado esta medida como *el último recurso de la política criminal* y se muestra dividida respecto de su constitucionalidad de por lo menos algunas de sus modalidades de imposición[202]. Esta ha señalado que no puede sostenerse seriamente la existencia de una estricta separación entre la pena privativa de libertad y las medidas de seguridad privativas de libertad, denunciando la preocupante ausencia de límites y la contradicción de la regulación de la custodia de la seguridad en el StGB con los principios fundamentales del Estado de Derecho[203].

Por último, la *custodia de seguridad* se encuentra prevista en otros Códigos Penales Europeos, como el austríaco y el suizo[204]. En este último país se han llevado a cabo reformas del *régimen legal de la custodia de seguridad,* la cual pasa a acumularse con la pena, teniendo un carácter de *indeterminado* y siendo aplicable inclusive para los delincuentes primarios[205].

---

197 ORTIZ, A.L. 2008. *op.cit.* p.198
198 BOGUÑÁ NIETO, M.2013. *op.cit.* p.25
199 SÁNZ MORÁN, A.J. 2007. *op.cit.* p.7
200 ROBLES PLANAS. *op.cit.* p.7
201 SÁNZ MORÁN, A.J. 2007. *op.cit.* p.9
202 ROBLES PLANAS, R. 2007. *op.cit.* p.7
203 *Ibíd.* p.8
204 SÁNZ MORÁN, A.J. 2007. *op.cit.* p.6
205 *Ibíd.* p.8

3.2. Medidas post-penitenciarias (no privativas de libertad)

A continuación se analizan las siguientes medidas: (i) restricciones de residencia; (ii) sistemas de monitorización GPS; (iii) polígrafo y la (iv) castración química. El común denominador de ellas es que son impuestas y aplicadas al ofensor *en libertad* y por *regla general*, tienen un carácter post-penitenciario, esto es, después de haberse cumplido la condena. Sin perjuicio de ello, estas medidas también pueden proceder en supuestos de *probation* o *parole* (libertad vigilada o condicional, respectivamente).

3.2.1. Restricciones de residencia (*residency restrictions*)

3.2.1.1. Definición

Dentro del esquema general de la legislación atingente a los delitos sexuales, uno de los elementos coetáneos al Registro, en términos aplicativos, son las «restricciones de reincidencia». Generalmente considerada por la jurisprudencia estadounidense como una *medida civil no punitiva*[206], consisten en ordenanzas que limitan la posibilidad del registrado de vivir o acercarse en cualquier momento a locaciones específicas[207]. Según lo expuesto, este tipo de leyes imponen a los individuos registrados la prohibición de residir en las cercanías de lugares específicos donde se produce –frecuentemente- la concurrencia o presencia de menores de edad, tales como escuelas, parques, centros de cuidado de menores, parada de autobuses, etc.[208]

La lógica subyacente de estas medidas supone que limitando el espacio en dónde se puede asentar el agresor permanentemente, teóricamente también se acotan los lugares e instancias en las cuales se puede llevar a cabo un delito que signifique la reincidencia del registrado[209]. En este mismo sentido se encuentran las «restricciones de movimiento» (*restrictions on movement*), las cuales instauran *zonas de seguridad* alrededor de escuelas, parques, guarderías y otros lugares en donde

[206] CARPENTER, C. y BEVERLIN, A. 2012. The Evolution of Unconstitutionality in Sex Offender Registration Laws. Hasting Law Journal. 63. p.1096
[207] HUMAN RIGHTS WATCH. 2013. *op.cit.* p.15
[208] LEVENSON, J.S. y COTTER L.P. 2005b. The Impact of Sex Offender Residence Restrictions: 1,000 Feet from Danger or One Step From Absurd?. International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology. 49(2). p.168
[209] WRIGHT, R. 2008. Sex Offender Post-Incarceration Sanctions: Are There Any Limits?. New England Journal of Criminal & Civil Confinement. 34(1). p.42

existe congregación de menores de edad[210]. Esto se traduce para los ofensores sexuales en una restricción de circular en ciertas áreas previamente determinadas.

En Estados Unidos, en el año 2004 ya había 14 estados con zonas designadas en las cuales los ofensores no podían tener domicilio, cifra que aumentó a 22 estados para el año 2006[211] y a 30 estados en el año 2008[212]. Actualmente, en materia de delitos sexuales, es considerada la tendencia legislativa de más rápido crecimiento[213].

3.2.1.2. La teoría de las actividades rutinarias

Detrás de las «restricciones de residencia», se encuentra la teoría de las actividades rutinarias (*Routine Activities Theory*)[214], la cual sugiere que los delitos tienen mayor probabilidad de ocurrencia cuando el agresor encuentra una potencial víctima sin la vigilancia de su correspondiente cuidador, escenario que suele darse en el contexto de las *actividades rutinarias*[215]. Se reconocen tres factores espacio-temporales que propenden a la realización del delito: (i) criminales motivados con capacidad de materialización de sus inclinaciones, (ii) blancos preferenciales de victimización y (iii) ausencia de guardianes eficaces para prevenir la comisión delictiva[216]. GARCÍA PABLOS DE MOLINA agrega dos factores que aumentan el riesgo de victimización: (iv) ausencia de un supervisor íntimo (individuo cercano al ofensor que pueda neutralizar el potencial delictivo) y (v) comportamiento del gestor del espacio (personas que controlan el espacio: portero vigilante)[217]. Por su parte, CLARKE agrega un sexto factor: (vi) presencia de un facilitador del crimen o persona que le aporta al autor herramientas necesarias para llevar a cabo su intención delictiva[218].

---

210 HUMAN RIGHTS WATCH. 2013. *op.cit.* p.69
211 LEVENSON, J. 2008. Collateral consequences of sex offender residence restrictions. Criminal Justice Studies. 21(2). p.153
212 TABACHNICK, J. y KLEIN, A. 2011. *op.cit.* p.23
213 U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. 2008a. *op.cit.* p.12
214 SOCIA, K., LEVENSON J., ACKERMAN, A. y HARRIS, A. 2014. *op.cit.* p.3
215 TURNER, S., CHAMBERLAIN, A., JANNETTA, J. y HESS, J. 2015. Does GPS Improve Recidivism Among High Risk Sex Offenders? Outcomes for California's GPS Pilot for High Risk Sex Offender Parolees. Victim & Offenders: An International Journal of Evidence-based Research. Policy and Practice. 10. p.7
216 GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A. 2007. Criminología. Fundamentos y principios para el Estudio Científico del Delito, la Prevención de la Criminalidad y el Tratamiento del Delincuente. CEC-INPECCP Fondo Editorial. Colección Estudios en Ciencias Penales. p.155
217 *Ibíd.* pp.155-156
218 *Ibíd.* p.156

3.2.1.3. Eficacia y críticas

Las leyes que restringen la residencia de los ex ofensores, operan bajo la premisa de que prohibiéndoles asentar domicilio cerca de lugares en donde suelan concurrir menores de edad, tales como colegios o plazas, se reducen las *posibilidades* de contacto entre la (potencial) víctima y el (potencial) victimario, decreciendo significativamente la reincidencia en lo que a delincuencia sexual respecta.

LEVENSON afirma que estas leyes se erigen sobre las mismas premisas que los Registros y sistemas de notificación, a saber, (i) todos los agresores sexuales reinciden; (ii) los tratamientos no funcionan y (iii) el sujeto *extraño* es fuente de peligro (*stranger danger*)[219]. A las premisas referidas, agregaría que estas leyes presuponen que (iv) los delitos sexuales en contra de menores tienden a producirse en espacios públicos distintos de los hogares.

Como se demostrará más adelante, las premisas (i) y (iii) son falsas, en tanto los agresores sexuales tienen una baja tasa de reincidencia (13.4%, como cifra referencial)[220] y la mayor cantidad de delitos se producen en el seno familiar o conocido de la víctima (86%, como cifra referencial)[221]. Respecto de la premisa (ii), existen estudios que sugieren que los tratamiento cognitivo-conductuales reducen las probabilidades de reincidencia en hasta un 40%[222]. En consecuencia, los fundamentos subyacentes de las *leyes de restricción de residencia* se encuentran socavados por los estudios empíricos.

En concreto, no existe evidencia concluyente que demuestre que este tipo de medidas reduzcan la reincidencia[223] o bien, aumenten la seguridad de la comunidad[224].

Las investigaciones en la materia son pocas, y para el examen de eficacia, me remito al trabajo de LEVENSON quien al tratar los efectos colaterales que producen las *restricciones de residencia*, realizó una recopilación de los estudios más relevantes en la materia. Entre ellos, cabe hacer mención a los siguientes:

---

[219] LEVENSON, J. 2005a. Sex Offender Restrictions: A Report to the Florida Legislature [en línea] <https://ccoso.org/sites/default/files/residencerestrictionsFL.pdf> [consulta: 28 enero 2017] p.3
[220] HANSON, K. y BUSSIÈRE, M. 1998. Predicting relapse: A meta-analysis of sexual offender recidivism studies. Journal of Consulting and Clinical Psychology. 66(2). p.351
[221] HUMAN RIGHTS WATCH. 2013. *op.cit.* pp.6-7
[222] Citado en: LEVENSON, J. 2005a. *op.cit.* p.4
[223] SALAT PAISAL, M. 2014. *op.cit.* p.201
[224] LEVENSON, J. 2005a. *op.cit.* p.6

(1) El Departamento de Seguridad Pública de Colorado llevó a cabo un estudio que concluyó que los agresores reincidentes no vivían significativamente más cerca de los colegios y plazas que aquellos que no reincidieron[225];

(2) En Minnesota, un estudio reportó que de 329 ofensores de *alto riesgo*, sólo 13 reincidieron en un delito sexual y de estos, sólo 2 delitos se llevaron a cabo en las cercanías de una plaza, sin embargo los perpetradores vivían a mucha distancia de dicho lugar, habiendo utilizado vehículos para movilizarse; por último

(3) También en Minnesota, se realizó un estudio que concluyó que de 224 delincuentes sexuales que reincidieron, ninguno de ellos tuvo una instancia en que las restricciones de proximidad geográfica podrían haber impedido el delito reincidente[226]. En este mismo sentido, estudios indican que no existiría relación alguna entre la concentración de agresores sexuales en un vecindario en particular y el número de delitos cometidos en el mismo espacio[227].

En este sentido, la mayoría de las detenciones y arrestos de los delitos o crímenes sexuales, son resultado de agresores primerizos, respecto de los cuales las *leyes de restricción de residencia* no tienen incidencia alguna[228]. Además, estas sólo *protegerían* a los menores de edad *ajenos* al agresor, dado que no tienen aptitud preventiva respecto de los niños que le son más cercanos a este. Cabe tener en cuenta que el abuso familiar es la modalidad delictiva predominante en la materia[229].

Por otra parte, la evidencia empírica constata los efectos perjudiciales producidos por este tipo de leyes respecto de los individuos afectos a la restricción:

El primer -y principal- efecto adverso, dice relación con el fenómeno de la «transitoriedad», esto es, la imposibilidad de asentar residencia de forma permanente por parte de los condenados sexuales afectos a la medida en comento. La *transitoriedad* juega en contra de la lógica registral, en tanto el desplazamiento constante del agresor sin poder asentarse en un lugar fijo, dificulta la labor policial de monitorización y seguimiento.

En este punto, existen una serie de factores determinantes que merman esta fijación espacial, los cuales se pueden dividir en *factores comunitarios* y *factores individuales*. Dentro de los *factores comunitarios*, se encuentra el elemento de la *disponibilidad de viviendas* en general, dado que las opciones de casas o habitaciones disponibles para la compra o bien, para el arrendamiento en los

[225] *Ibíd.* p.4
[226] LEVENSON, J. 2008. *op.cit.* p.155
[227] TURNER, S., CHAMBERLAIN, A., JANNETTA, J. y HESS, J. 2015. *op.cit.* p.6
[228] SOCIA, K., LEVENSON J., ACKERMAN, A. y HARRIS, A. 2014. *op.cit.* p.4
[229] LEVENSON, J. 2005a. *op.cit.* p.4

centros urbanos, son bajas[230]. Un segundo elemento a considerar es la *asequibilidad a las viviendas*, el cual está dado por la posibilidad de acceso a comprar o arrendar una vivienda, lo cual difiere de la *disponibilidad*, en tanto pueden existir viviendas disponibles, pero que están fuera del alcance de los agresores sexuales, ya sea por la merma económica que produce la falta de empleos -uno de los efectos de los Registros- o bien, las limitaciones de acceder a subvenciones[231]. Entre los *factores personales*, especial relevancia tienen la edad, la raza, la peligrosidad asociada del ofensor, entre otros[232].

Se entiende que la falta de vivienda para los ofensores afectos a las restricciones es un fenómeno problemático que afecta entre el 2% y el 3% de los agresores sexuales registrados en Estados Unidos[233]. Un ejemplo de lo expuesto se produce en South Florida, en donde numerosos ex condenados viven bajo el puente *Julian Tuttle Causeway*, debido a que no existen comunidades en las cuales puedan residir sin que violen las restricciones impuestas[234].

Respecto a la percepción que tienen los ofensores sobre las *restricciones de residencia* y las consecuencias de estas, un estudio (1000 *feet* = 304.8 metros/muestra total = 135) arrojó que el 25% de los encuestados no pudo volver a su hogar luego de ser liberado de prisión; el 48% presentó problemas financieros a causa de la medida; el 50% se vio obligado a hacer abandono del lugar en donde vivía y el 60% se vio afectado emocionalmente por la medida[235].

Según lo visto, estas leyes tienen por consecuencia inmediata la aislación del agresor sexual, forzándolo a excluirse de los espacios en donde se generan lazos de comunidad, afectando colateralmente las posibilidades de acceder a empleos. Esto puede tener por consecuencia, que el exilio aumente el riesgo de reincidencia del delincuente sexual.[236] Además, invierte los factores de riesgo dado que (i) establece y precisa los lugares de concurrencia de menores, que muchas veces el agresor desconocía; (ii) al re-direccionar al ofensor en lugares más despoblados, aumenta el riesgo de victimización de los menores que se encuentran en estos espacios de menos vigilancia; (iii) al estar relegado de los centros urbanos, el agresor sufre una merma en la posibilidad de acceder a servicios especializados que puedan reducir los niveles de riesgo de reincidencia[237].

---

[230] *Ibíd.* p.4
[231] SOCIA, K., LEVENSON J., ACKERMAN, A. y HARRIS, A. 2014, *op.cit.* p.5
[232] *Ibíd.* p.5
[233] LEVENSON, J. 2016. Hidden challenges: Sex offenders legislated into homelessness. Journal of Social Work. 0(0). p.3
[234] CARPENTER, C. y BEVERLIN, A. 2012. *op.cit.* p.1080
[235] LEVENSON, J.S. y COTTER, L.P. 2005b. *op.cit.* pp.172-173
[236] LEVENSON, J. 2005. *op.cit.* p.7
[237] WRIGHT, R. 2008. *op.cit.* p.43

CALKINS MERCADO, ÁLVAREZ y LEVENSON examinaron los efectos de los *sistemas de notificación* y las *leyes de restricción* en un grupo de ofensores sexuales registrados de New Jersey. De una muestra de 137 ofensores sexuales, 44 de los entrevistados estaban afectos a las restricciones de residencia, de los cuales el 22% no pudo retornar a su hogar tras ser liberado de prisión; el 24% se tuvo que mudar de donde arrendaba y el 12% abandonó casas de las que eran dueños[238]. Por último, la mayoría estuvo de acuerdo en que estas medidas acarreaban problemas financieros[239].

También se ha señalado que las *leyes de restricción* afectan derechos fundamentales, como la *libertad de movimiento*, la cual se puede ver afectada o limitada, en tanto no se le permitiría al ex recluso moverse dentro de zonas urbanas[240], además de ser normativas que por su aplicación retroactiva podrían infringir a las cláusulas ex post facto[241].

LEVENSON asegura que las leyes de restricción son un experimento social fallido, dado que no hay evidencia de que puedan proteger a los menores de edad o prevenir la reincidencia. Al contrario, estas producen más problemas que soluciones, creando barreras para la reinserción del ofensor, lo que finalmente atenta contra sus propósitos explicitados[242]. La autora propone que (i) estas las leyes deberían ser abolidas en el formato actual, siendo suplidas por planes de intervención individualizados, según el riesgo de reincidencia del ofensor y sus circunstancias; (ii) podrían ser reemplazadas por las *loitering laws* o *child safety zones*, las cuales prohíben al ofensor *merodear,* sin tener una razón legítima o permiso, lugares que son frecuentados por menores de edad; (iii) aboga por la implementación de programas como *Circles of Support and Accountability*, los cuales cuentan con evidencia empírica que demuestran la reducción de la reincidencia, gracias a un sistema de redes de soporte que permite la reintegración del ofensor sexual en la sociedad[243].

Por último, LEVENSON y GRADY sostienen que estas leyes deberían ser abolidas dado que disminuyen la *disponibilidad* de viviendas, aumentan la *transitoriedad* y falta de vivienda de los ofensores sexuales; presuponen erradamente que estos abusan de los menores *porque* viven cerca de escuelas o parques siendo que no existe evidencia empírica que demuestre que la proximidad a un sitio en donde concurran menores de edad sea un factor de riesgo para la reincidencia y por

238 CALKINS MERCADO, C., ÁLVAREZ, S. y LEVENSON, J. 2008. The impact of specialized sex offender legislation on community reentry. Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment. 20(2). p.199
239 *Ibíd.* p.199
240 LOCKLEY, S. 2011. The Supervision of Sex Offenders in The Community – At What Cost?. Internet Journal of Criminology ISSN 2045-6743. p.17
241 BONNAR-KIDD, K. 2010. Sexual Offender Laws and Prevention of Sexual Violence or Recidivism America Journal of Public Health. 100(3). p.415
242 LEVENSON, J. 2016. *op.cit.* p.8
243 *Ibíd.* pp.8-9

último, tampoco existen estudios que acrediten que las *leyes de restricción de residencia* previenen la re-ofensa[244].

3.2.2. Sistemas de monitorización GPS

3.2.2.1. Definición

Los «sistemas de monitorización» (*monitoring laws*) vía GPS (*Global Positioning Satellite*)[245] son un método de control y supervisión de ofensores que opera a través de medios telemáticos, los que deben ser utilizados por los agresores sexuales mientras cumplen con la libertad vigilada, libertad condicional, arresto domiciliario o supervisión post-cumplimiento de condena[246]. Su implementación no implica exonerar a los ofensores de la carga de registrarse, dado que el dispositivo puede ser utilizado *mientras* dura el período de registro[247]. A diferencia de los sistemas de registro/notificación, los mecanismos de monitorización les permiten a los órganos policiales tener conocimiento de *dónde* se encuentra físicamente, en forma específica, un agresor sexual.

El sistema de vigilancia electrónica fue utilizado por primera vez en el estado de Nueva México en el año 1983 y en 1988 ya eran 32 estados los que estaban utilizando programas de control electrónico. En el año 2000 había aproximadamente 70.000 internos sujetos a control electrónico en Estados Unidos[248]. Si bien ya se utilizaban con anterioridad en la práctica judicial, desde el año 2005 comenzó un proceso legislativo en diversos estados del país señalado para instaurar la vigilancia telemática de los agresores sexuales peligrosos[249].

3.2.2.2. Clasificación

Según la frecuencia de transmisión de las variantes (i) localización exacta y (ii) registro de movimientos, se suele distinguir entre tres tipos de sistemas, a saber:

---

[244] LEVENSON, J., GRADY, M., y LEIBOWITZ, G. 2016. *op.cit.* pp.22-23
[245] CARPENTER, C. y BEVERLIN, A. 2012. *op.cit.* p.1098
[246] TERRY, K. 2015. *op.cit.* p.116
[247] CARPENTER, C. y BEVERLIN, A. 2012. *op.cit.* p.1099
[248] ORTÍZ, A.L. 2008. *op.cit.* p.199
[249] ARMAZA ARMAZA, E. 2011. El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso. Tesis doctoral. Universidad País Vasco. pp.66-67

(a) *Activo*, según el cual la información y los movimientos se registran de forma *inmediata,* proveyendo la información en tiempo real*;*

(b) *Pasivo*, de carácter *retrospectivo,* en donde la transmisión se produce una vez por día (permitiéndole al agresor actualizar la información al final de la jornada)[250] y;

(c) *Sistemas híbridos*, en los cuales la transmisión es cada cierta hora y se alerta de forma inmediata a la policía cuando el agresor realiza determinados movimientos que lo ubican fuera de áreas predeterminadas[251].

3.2.2.3. Eficacia

En términos de su *eficacia* para reducir la reincidencia o aumentar la protección de la sociedad, no existe suficiente evidencia empírica ya sea para denegarla o afirmarla. Estudios llevados a cabo en California y Tennessee demostraron que no existirían mayores diferencias, en términos de reincidencia, entre aquellos agresores que portaban el GPS de aquellos que no[252].

Otro estudio en la materia buscó medir la eficacia de los sistemas GPS en ofensores sexuales que estaban cumpliendo parte de su pena en libertad (*parole*). El trabajo comparó los niveles de reincidencia del grupo que estaba siendo monitoreado por GPS [(a) grupo GPS] con el grupo de los que no contaban con GPS [(b) grupo de comparación]. Los resultados más significativos dan cuenta de que un 9.9% del grupo de comparación se fugó y fueron encontrados posteriormente culpables*,* en contraposición al 2.1% del grupo que contaba con GPS. Respecto de la *obligación de registrarse*, un 13.2% del grupo de comparación incumplió dicha obligación, mientras que del grupo de GPS sólo lo hicieron un 3.2%. Por último, un 35.2% del grupo de comparación quebrantó la libertad condicional mediante un nuevo comportamiento delictivo, mientras que en el grupo GPS la cifra fue de un 19.1%[253].

3.2.2.4. Teoría del mosaico

En cuanto a las implicancias que conllevan los sistemas de geo-localización, en el contexto de eventuales infracciones a la Cuarta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos, se ha

[250] TERRY, K. 2013. *op.cit.* p.237
[251] TURNER, S., CHAMBERLAIN, A., JANNETTA, J. y HESS, J. 2015. *op.cit.* p.5
[252] TERRY, K. 2013. *op.cit.* p.239
[253] TURNER, S., CHAMBERLAIN, A., JANNETTA, J. y HESS, J. 2015 *op.cit*. pp.14-15

elaborado la denominada «teoría del mosaico» (*mosaic theory*)[254]. Conforme a esta propuesta, las acciones de seguimiento -de la policía- sostenidas en el tiempo, al no ser individualmente consideradas sino comprendidas en su conjunto, serían capaces de extraer un *mosaico* de información y características del individuo monitorizado, lo que a su vez permitiría colegir un patrón de conducta que eventualmente podría predecir comportamientos del individuo, produciéndose una afectación a su privacidad[255].

La *teoría del mosaico* se discutió en Estados Unidos a propósito de un caso en el que la policía del distrito de Columbia sospechaba que los individuos Lawrence Maynard y Antoine Jones se encontraban involucrados en el tráfico de cocaína, por lo que, sin autorización judicial, instalaron un sistema de GPS en el automóvil de Jones, lo que les permitió rastrear su ubicación durante 28 días por 24 horas diarias. A partir de esta recopilación de información sistemática y sostenida en el tiempo, la policía pudo extraer patrones de comportamiento de los individuos investigados, lo que violaba la Cuarta Enmienda[256]. Aplicado al sistema de monitorización de GPS, el problema radicaría en que no sólo se podría obtener la información del *dónde está* el agresor, sino que también colegir el *cómo se comportará.*

3.2.2.5. Ventajas y críticas

Entre las ventajas que presentan este tipo de mecanismos, se puede mencionar que el seguimiento del agresor puede entregar coordenadas exactas de su localización geo-espacial, lo que permitiría su detención de forma más expedita una vez que ha cometido el delito, además de poder cerciorarse del incumplimiento de las obligaciones de registro. Por otra parte, otorgan la posibilidad de analizar las locaciones frecuentadas por los agresores sexuales, de lo que podría extraerse patrones de comportamiento que sean útiles para las investigaciones policiales (véase la *teoría del mosaico*)[257].

Sin embargo, cabe señalar que los sistemas electrónicos de monitorización operan de forma *ex post* a la comisión del hecho punible, por lo que han sido objeto de críticas. Entre ellas,

---

254 Para un análisis en profundidad de la «teoría del mosaico» y las implicancias legales que conllevan los seguimientos de geo-localización, consultar: BELLOVIN, S., HUTCHINS, R., JEBARA, T. y ZIMMECK, S. 2014. When enough is enough: Location tracking, Mosaic Theory and Machine Learning. New York University Journal of Law & Liberty. 8. pp.555-628

255 *Ibíd.* p.562

256 LOGAN, W. 2011a. "Mosaic Theory" and Megan's Laws. Cardozo Law Review de Novo. p.97

257 TERRY, K. 2013. *op.cit.* p.239

se puede mencionar la pérdida de la señal en ciertas áreas; el excesivo costo de la implementación de un sistema que requiere dispositivos de GPS para cada uno de los ofensores sexuales (en EE.UU, costo asciende 15 dólares al día por individuo)[258]; por otra parte, para efectuar los seguimientos se requieren de satélites, lo que aumenta los gastos operativos del sistema; los dispositivos sólo pueden registrar los movimientos de quienes portan el mecanismo GPS una vez que estos ya se han realizado, por lo que no tiene un efecto propiamente preventivo; no evita el contacto entre los agresores y potenciales víctimas en aquellas zonas de seguridad en donde se permita el desplazamiento de los primeros, y por último, no tiene incidencia en ciertas modalidades delictivas, tales como el acceso a pornografía infantil[259].

3.2.3. Polígrafo

La prueba del *polígrafo,* también denominada –impropiamente- como el «detector de mentiras», consiste en un procedimiento para evaluar, tratar y supervisar a los agresores sexuales[260]. El mecanismo poligráfico es utilizado para comprobar la veracidad de las declaraciones de ofensores sexuales propensos a negar, minimizar o distorsionar sus delitos sexuales[261].

La manifestación específica de *mentir* varía de un individuo a otro, pero para muchos la experiencia de hacerlo suele resultar inquietante, desagradable e incómoda[262]. Por tanto, el polígrafo es un sistema basado en la noción de que *mentir* induce respuestas al estrés en el sistema nervioso automático, por lo que este mide las reacciones *psico-fisiológicas* de una persona, al momento en que se le realizan una serie de preguntas específicas. De esta forma, se registran las variaciones en la frecuencia de la respiración, presión sanguínea, ritmo cardíaco, coloración de la piel, entre otras[263]. Según los datos registrados, se busca determinar si una persona está diciendo la verdad ante las preguntas que se le extienden.

---

[258] *Ibíd.* p.239
[259] TABACHNICK, J. y KLEIN, A. 2011. *op.cit.* p.21
[260] FARKAS, M.A. y MILLER, G. 2008. Sex Offender Treatment: Reconciling Criminal Justice Priorities and Therapeutic Goals. Federal Sentencing Reporter. 20(2). p.79
[261] *Ibíd.* pp.79-80
[262] BOURKE, M., FRAGOMELI, L., DETAR, P., SULLIVAN, M., MEYLE, E. y O'RIORDAN, M. 2014. The use of tactical polygraph with sex offenders. Journal of Sexual Aggression. Routledge. p.4
[263] MARSHALL, D. y THOMAS, T. 2015. Polygraphs and Sex Offenders. Criminal Law & Justice Weekly. 179(26) [s.n.]

En materia de delincuencia sexual, se utiliza con tres propósitos: (i) examen de veracidad ante un evento o comportamiento sexual punible específico; (ii) examen del historial delictivo en material sexual del individuo sujeto a la prueba y (iii) examen para verificar si el agresor se encuentra actualmente cumpliendo con los tratamientos y condiciones de supervisión impuestos[264].

El uso del polígrafo, en el contexto clínico específico de los ofensores sexuales, no ha sido mayormente investigado, por lo que –por ahora- no existe evidencia que sugiera que la utilización de pruebas caligráficas implique una reducción significativa en la reincidencia delictiva[265]. De todas formas, varios estudios en agresores sexuales adolescentes y adultos dan cuenta de la eficacia del polígrafo para obtener *revelaciones* adicionales de los delitos, más allá de los tradicionales métodos de auto-reporte[266]. Además, resultan eficaces para obtener reportes más precisos del comportamiento criminal desviado de los ofensores sexuales y han sido utilizados para identificar «parafilias» no detectadas, delitos y víctimas[267].

3.2.4. Castración química

3.2.4.1. Definición

La *castración*, como respuesta penal ante los agresores sexuales, data de la Edad Media, la cual se llevaba a cabo mediante la mutilación física o el cercenamiento de los genitales del condenado. Producto de los movimientos de humanización de las sanciones, las penas corporales fueron paulatinamente retiradas de los sistemas penales. Luego, a comienzos del siglo XX, se abrió el debate para reintegrar la *castración*, pero ya no en su dimensión propiamente quirúrgica, sino mediante la administración de fármacos[268].

La «castración química»[269] (correctamente llamada *emasculación*[270]*, medicación vía anti-andrógenos*[271] o *tratamiento de inhibición sexual*[272]) es una medida aplicable exclusivamente a los

[264] LOBANOV-ROSTOVSKY, C. 2015. Adult Sex Offender Management. SOMAPI Research Brief. p.2
[265] MARSHALL, D. y THOMAS, T. 2015. *op.cit.* [s.n.]
[266] FARKAS, M.A. y MILLER, G. 2008. *op.cit.* p.80
[267] BOURKE, M., *et.al.* 2014. *op.cit*. Routledge. p.3
[268] ARMAZA ARMAZA, E. 2011. *op.cit.* pp.390-391
[269] ORTIZ, A.L. 2008. *op.cit.* p.199
[270] COBOS CAMPOS, A. 2014. Castración química ¿vulneración de derechos humanos o pena?. Revista de Ciencias Penales. Iter Criminis. Nº7. Sexta Época. p.48
[271] ROBLES PLANAS, R. 2007. *op.cit.* p.8

agresores sexuales[273], la cual consiste en el uso de sustancias como parte de un tratamiento, de carácter reversible, que tiene por propósito intervenir en los instintos, fantasías y acciones sexuales del ofensor, reduciéndolos entre un 50 y un 76 por ciento, mediante la disminución de la testosterona –*hormona esencial en el correcto funcionamiento de la sexualidad masculina*-[274]. La reversibilidad y el carácter temporal de la castración química han sido señaladas por la doctrina como una de las ventajas del tratamiento, puesto que los efectos de la inoculación de la hormona suelen desaparecer aproximadamente a los seis meses de su administración[275].

Por lo general, las drogas suministradas son el *acetato de Medroxiprogesterona (MPA)* –comercializado bajo el nombre Depo-Provera y utilizado principalmente en Estados Unidos- y el *acetato de Cyproterona* –de uso predominante en Europa, Medio Oriente y Canadá[276]-. Estas actúan en la glándula hipófisis, mediante el envío de *falsas señales* al cerebro, haciéndole creer a este que cuenta con suficiente testosterona, por lo que deja de producirla[277] disminuyendo con ello la libido[278].

3.2.4.2. Naturaleza jurídica

En cuanto a la naturaleza jurídica de la medida, se ha entendido que se enmarca dentro de la *prevención especial,* conforme a la cual se busca que el individuo no vuelva a reincidir en su conducta delictiva, a través de la «inocuización», corrección y reeducación[279].

3.2.4.3. Aplicación y normativas

Desde el año 1969, en Alemania se encuentra autorizada la *castración química* si voluntariamente la solicita el ofensor sexual mayor de 25 años. En Canadá y Suecia (desde 1993) se admite con el consentimiento del afectado[280].

---

272 CIANI SOTOMAYOR, I. 2013. Criminología mediática, castración química a violadores y política criminal: ¿eficientismo o antigarantista?. Archivos de criminología, seguridad privada y criminalística. Año 5. p.74
273 WRIGHT, R. 2008. *op.cit.* p.46
274 SÁNCHEZ LÁZARO, F. 2006. *op.cit.* p.160
275 ARMAZA ARMAZA, E. 2011. *op.cit.* p.393
276 DOUGLAS, T., BONTE, P., FOCQUAERT, F., DEVOLDER, K. y STERCKX, S. 2013. Coercion, Incarceration, and Chemical Castration: An argument from autonomy. Bioethical Inquiry. 10. p.394
277 ROBLES PLANAS, R. 2007. *op.cit.* p.9
278 COBOS CAMPOS, A. 2014. *op.cit.* p.63
279 *Ibíd.* p.49
280 ORTIZ, A.L. 2008. *op.cit.* p.200

En el año 1996, California fue el primer estado de EE.UU en promulgar una ley de *castración química*[281]. Actualmente, las castraciones *quirúrgica* y *química* se encuentran permitidas en 9 estados. En Georgia, Montana, Oregon y Wisconsin, sólo puede realizarse la *castración química;* en California, Iowa, Florida y Louisiana, están autorizadas tanto la *quirúrgica* como la *química* y en Texas, sólo la *quirúrgica*[282].

En cuanto a su aplicación, ha operado tanto como una *condición* para otorgar la *parole* (libertad condicional)[283] y como una alternativa a la encarcelación[284]. En el contexto de esta última opción, la llamada *doctrina del consentimiento informado* sostiene que la decisión del agresor de someterse a la castración debe ser voluntaria y con conocimiento de causa, sin embargo, el ofrecimiento de la emasculación como una alternativa a una larga condena de prisión tendría un carácter inherentemente coercitivo, no dejándole más opción al ofensor que acceder al tratamiento[285]. Ante esto, se ha planteado la tesis de que, aún cuando no se pueda obtener el consentimiento válido para la castración química, el ofrecimiento de todas formas debería realizarse, en tanto se aumentaría la *autonomía futura* y *presente* del ofensor. La opción de la *castración química* aumentaría la *autonomía futura,* mediante la eliminación de barreras internas (tales como deseos compulsivos e irracionales), así como externas (libertad de movimiento), por lo que sería contraproducente privar del ofrecimiento de ella con tal de no violar el requisito del consentimiento válido[286]. Por otra parte, la oferta de la castración por sobre el encarcelamiento, aún en un contexto de coerción, incrementaría la *autonomía actual*, dado que se aumenta el número de alternativas disponibles para el agresor[287].

En el año 2009, en Polonia, el presidente Lech Kaczynski firmó una enmienda al Código Penal que permitió imponer la *castración química forzosa* a ciertos agresores sexuales, luego de que estos cumplían su pena en prisión. Con ello, Polonia se convirtió en el primer país de la Unión Europea en legislar sobre el tema[288]. Sin embargo, en Europa predomina la *castración química voluntaria*[289]*,* habiéndose implementado en países como Alemania, Suecia y Rusia, ya sea a cambio

---

281 GOBIERNO DEL ESTADO DE MÉXICO. [s.a.] Documento Castración Química [en línea] <http://salud.edomexico.gob.mx/cevece/doc/Documentos/Cas_quimica.pdf> [consulta: 28 enero 2017] p.3
282 DOUGLAS, T., BONTE, P., FOCQUAERT, F., DEVOLDER, K. y STERCKX, S. 2013. *op.cit.* p.395
283 ROBLES PLANAS, R. 2007. *op.cit.* p.9
284 DOUGLAS, T., BONTE, P., FOCQUAERT, F., DEVOLDER, K. y STERCKX, S. 2013. *op.cit.* p.395
285 *Ibíd.* p.397
286 *Ibíd.* p.399
287 *Ibíd.* p.400
288 *Ibíd.* p.396
289 *Ibíd.* p.396

de reducir la pena o mejorar las condiciones de reclusión[290]. En este mismo sentido, en España, para efectos de su procedencia, se requiere el consentimiento del afectado, por lo que se excluye la imposición obligatoria de la medida[291].

En el año 2014, en Chile se presentó un proyecto de ley que buscaba modificar la ley Nº 18.216 (establece *penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad*) y la Nº 19.856 (*crea un sistema de reinserción de los condenados sobre la base de la observación de buena conducta*), con el propósito de incorporar la realización del tratamiento médico (léase *castración química*) como requisito para acceder a algún beneficio en el cumplimiento de la condena por delitos de abuso sexual infantil[292].

La fundamentación del proyecto de ley sostiene que no se le puede dar igual trato al condenado que asume su *enfermedad* con aquel que la niega, por lo que el individuo que se muestra dispuesto a someterse a un tratamiento médico, debería tener la posibilidad de acceder a algún beneficio de cumplimiento alternativo o beneficio carcelario, mientras que el condenado que no acceda voluntariamente al tratamiento no podría acceder a ninguno de estos beneficios[293]. Actualmente, a dos años de su presentación, el proyecto de ley se encuentra en su primer trámite constitucional.

3.2.4.4. Eficacia

Respecto a su eficacia, existe acuerdo en que la *castración química* produce efectos positivos en los casos de «parafilias», en los que predominan instintos sexuales altamente anormales. Sin embargo, también presenta un déficit respecto de otras desviaciones, como la violencia sexual[294]. Además, se ha señalado que la efectividad de la medida está condicionada a una correcta y periódica administración del tratamiento[295].

---

[290] COBOS CAMPOS, A. 2014. *op.cit.* p.53
[291] SÁNCHEZ LÁZARO, F. 2006. *op.cit.* p.160
[292] Boletín Nº9524-07. 2014. Modifica las leyes nº 18.216 y 19.856, exigiendo al condenado por delito de abuso sexual infantil someterse a tratamiento médico para acogerse a lo establecido en ellas. p.1
[293] *Ibíd.* p.14
[294] ROBLES PLANAS, R. 2007. *op.cit.* p.9
[295] ARMAZA ARMAZA, E. 2011. *op.cit.* p.396

3.2.4.5. Críticas

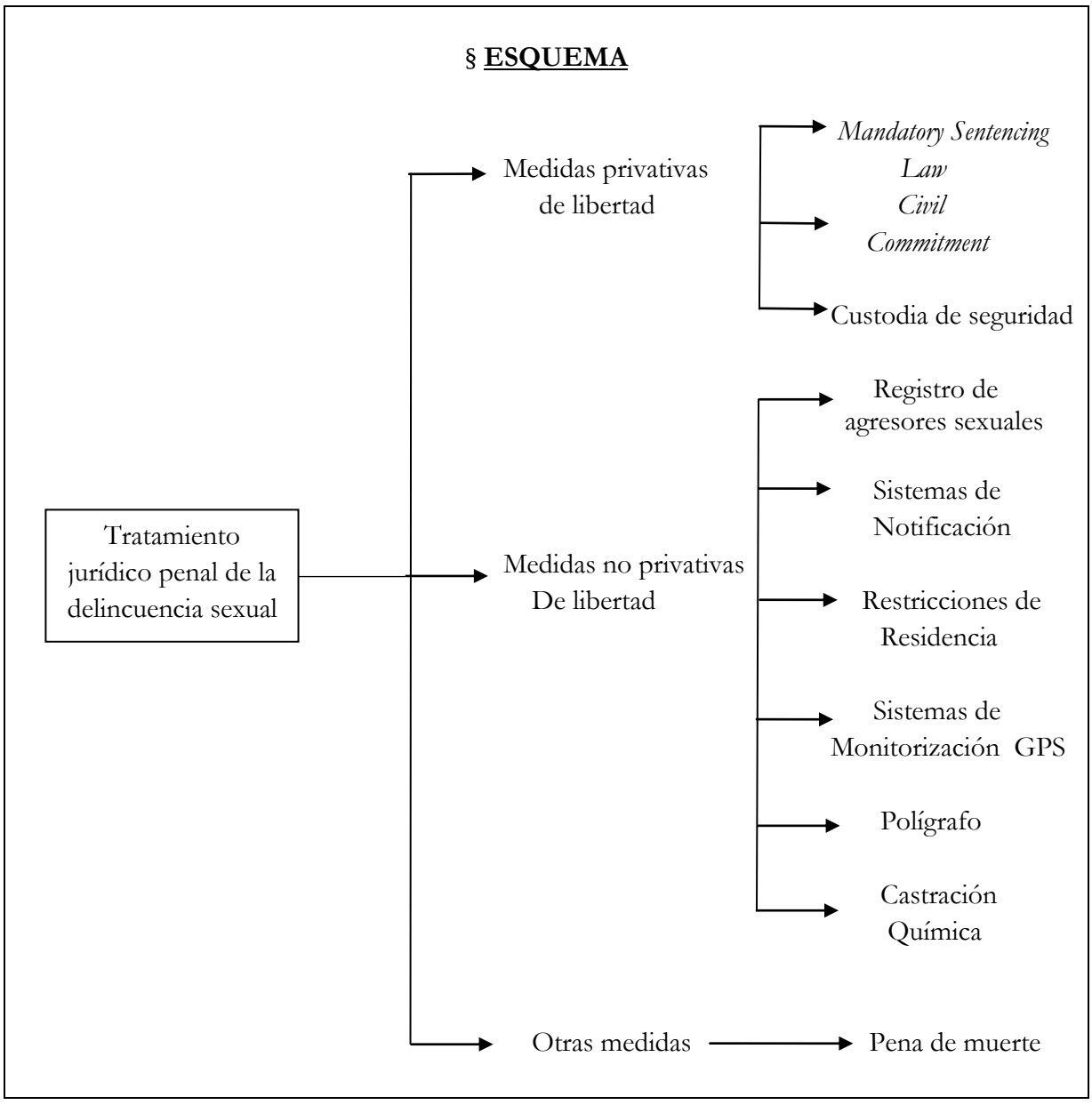
Las posiciones críticas consideran que la castración química es un *castigo cruel* e *inusual*[296] que afecta a la dignidad humana, en tanto supone la destrucción de presupuestos esenciales de la personalidad del sujeto[297]. Además, se le asocia una serie de efectos adversos, tales como la andropausia, depresión, aumento de peso, insomnio, diabetes, migrañas, entre otros[298]. A su vez, se ha aseverado que sería *falsa* la percepción de que la *emasculación* ayuda a la reinserción de forma más rápida, dado que sólo se favorecería a que el acusado, al optar por la castración química, salga antes de prisión y con ello, sólo se produciría un aumento en el riesgo de potenciales víctimas[299]. Por último, si bien la castración química podría lograr la inutilización del miembro viril del agresor tratado, aún pervive la posibilidad de que los individuos lleven a cabo abusos sexuales mediante otros medios u objetos[300].

3.3. Otras medidas. Alcance respecto de la pena de muerte

La pena de muerte no corresponde a una medida privativa de libertad ni post-penitenciaria, sin embargo WRIGHT afirma que es una tendencia en el tratamiento de los agresores sexuales. Si bien no es frecuente el uso de la pena capital en Estados Unidos, algunos estados han expandido la pena de muerte para incluir *crímenes no homicidas*, en donde los ofensores sexuales serían el límite de su aplicación[301].

[296] ROBLES PLANAS, R. 2007. *op.cit.* p.10
[297] SÁNCHEZ LÁZARO, F. 2006. *op.cit.* p.151
[298] DOUGLAS, T., BONTE, P., FOCQUAERT, F., DEVOLDER, K. y STERCKX, S. 2013. *op.cit.* p.395
[299] CIANI SOTOMAYOR, I. 2013. *op.cit.* p.75
[300] GOBIERNO DEL ESTADO DE MÉXICO. [s.a.]. *op.cit.* p.8
[301] WRIGHT, R. 2008. *op.cit.* p.47

Esquema nº2. *Tratamiento jurídico-penal de la delincuencia sexual*



Cuadro nº1. *Cuadro sintético de las medidas jurídico-penales para el tratamiento de la delincuencia sexual*

Medida	Definición
Civil commitment	El *civil commitment* consiste en el internamiento del ofensor sexual en centros psiquiátricos con fines de tratamiento por un tiempo indeterminado[302]. La lógica es la siguiente: si el «delincuente» es estimado peligroso, tras el cumplimiento de la pena se le impone una medida de seguridad acumulativa de *inocuización*[303]
Mandatory Sentencing Laws	Normativas que le imponen al juez mínimos obligatorios en el quantum de penas privativas de libertad imponibles
Custodia de Seguridad	Privación de libertad en un centro penitenciario del sujeto que ya ha cumplido su pena de prisión, como consecuencia de la peligrosidad criminal que representa
Restricciones de Residencia	Prohibición consistente en que los sujetos condenados por la comisión de un delito sexual no pueden residir cerca de determinados lugares de concurrencia de menores, durante el tiempo en que se encuentren bajo un régimen de registro[304]
Monitorización GPS	Mecanismo de control y supervisión de ofensores que opera a través de medios telemáticos, los cuales deben ser utilizados por los agresores sexuales mientras cumplen con la libertad vigilada, libertad condicional, arresto domiciliario o supervisión post-cumplimiento de condena
Polígrafo	Método de supervisión que mide las reacciones psico-fisiológicas de una persona, al momento en que se realizan una serie de preguntas específicas para efectos de examinar la veracidad de sus declaraciones
Castración química	Medida que se aplica exclusivamente a los agresores sexuales, consistente en el uso de sustancias como parte de un tratamiento, de carácter reversible, que tiene por propósito intervenir en los instintos, fantasías y acciones sexuales del ofensor

[302] SILVA SÁNCHEZ, J-M. 2001a. *op.cit.* p.702
[303] *Ibíd.* p.703
[304] SALAT PAISAL, M. 2015. *op.cit.* p.24

§ CAPÍTULO II
REGISTROS DE AGRESORES SEXUALES Y SISTEMAS DE NOTIFICACIÓN

§ 1. Concepto y definición

Para una óptima comprensión conceptual de los «Registros», es menester realizar una distinción analítica en cuanto a su utilización terminológica. Conforme a lo expuesto, hermenéuticamente es posible escindir a estos mecanismos en un sentido *abstracto-estructural* y un sentido *concreto-orgánico*[305].

El primer sentido, al cual refiero como *abstracto* o *estructural,* entiende al Registro como un mecanismo político-criminal de supervisión de agresores sexuales, el cual (suele) opera(r) mediante la administración y/o difusión de información relativa a individuos que son considerados un peligro para la comunidad[306]. Esta noción da cuenta del fenómeno en su más amplia comprensión, por lo que permite identificar sus caracteres elementales en función de la finalidad que busca satisfacer: *supervisión vía gestión de datos*. De esta forma, la naturaleza jurídica, el fundamento punitivo y los propósitos generales quedan comprendidos en el análisis de esta acepción.

En un sentido *concreto* u *orgánico,* el Registro cabe entenderlo como la materialización funcional de la propuesta político-criminal. Para su debida comprensión, resulta útil remitirse al origen etimológico de la palabra que se busca explicar. «Registro» deriva del vocablo latino *regestum,* y este a su vez del lat. tardío *regesta (-orum)*, concepto que hace referencia a un libro en donde se consigna todo tipo de información. Por tanto, el *Registro* es un continente de datos configurado como un sistema en donde se almacena información relativa a un tema en particular.

El contenido del Registro, en los términos de la materia que acá se trata, corresponde a la base de datos en la cual se encuentran indexados todos aquellos individuos que cumplen con parámetros objetivos que se exigen para considerar al sujeto como *registrable.* En su dimensión

---

[305] La presente distinción es una elaboración personal, en tanto el Registro presenta caracteres propios según se haga referencia a una herramienta político-criminal o bien, a su materialización funcional, la cual admite diversos diseños.
[306] TEWKSBURY, R. 2006. Sex offender Registries as a tool for Public Safety: Views from registered offenders. Western Criminology Review. 7(1). p.1

orgánica, por tanto, quedan comprendidos los formatos que adoptan los Registros, la extensión temporal de estos; la información exigida, el objeto de difusión, entre otros elementos.

Conforme a lo señalado, en términos *integrales,* los «Registros de agresores sexuales» son mecanismos a través de los cuales se mantiene un conjunto de información relativa a los individuos que han sido condenados por un delito *sexual*. El *mecanismo,* por tanto, no sólo refiere a una base de datos on-line a la cual se puede acceder, sino que también al *proceso de registrarse,* esto es, el conjunto de procedimientos que el agresor debe llevar a cabo para entregar información personal a las autoridades policiales y actualizarla debidamente, en el eventual caso de que esta sufra modificaciones[307]. Cabe precaver que el término «registro de agresores sexuales» (*sex offender registry*) no siempre es utilizado por las normativas atingentes al tema, y en *strictu sensu*, en muchos supuestos no existirá un conjunto de información almacenada, sino que *el registro* consistirá en el proceso mismo de notificación que realiza el *registrado* a la policía o a las autoridades correspondientes[308].

SALAT PAISAL define al «registro de delincuentes sexuales» como "la *obligación* por parte de todos aquellos sujetos condenados por la comisión de un delito de carácter sexual contra una víctima menor de edad de notificar a la policía una serie de datos de carácter personal así como cualquier cambio de los de los mismos, aunque sea temporal"[309].

Como se verá más adelante, resulta necesario asentar que la *publicidad* del Registro (y con ello, la fórmula denominativa «Registro Público») no es intrínseca a este tipo de medidas, dado que sólo existirá el carácter *público* cuando la información de los agresores sexuales se encuentre disponible para toda la comunidad. En consecuencia, la referencia a un *Registro Público,* presupone *necesariamente* un sistema de notificación correlativo.

Desde una perspectiva normativa, el U.S. Code refiere al *sex offender registry* como el registro de *delincuentes* sexuales junto al sistema de notificación, que es administrado por una jurisdicción determinada[310].

En España, el Real Decreto 1110/2015, de 11 de diciembre, en su artículo 3 nº1 define al «Registro Central de Delincuentes Sexuales», como "(…) un sistema de información, de carácter no público y gratuito, relativo a la identidad, perfil genético, penas y medidas de seguridad impuestas a aquellas personas condenadas en sentencia firme por cualquier delito contra la

[307] HUMAN RIGHTS WATCH. 2013. *op.cit.* p.15
[308] THOMAS, T. 2011. *op.cit.* p.2
[309] SALAT PAISAL, M. 2014. *op.cit.* p.449
[310] Título 42, capítulo 151, sub-capítulo I, Parte A, §16911, (9)

libertad e indemnidad sexuales o por trata de seres humanos con fines de explotación sexual, incluyendo la pornografía (…) con independencia de la edad de la víctima".

En cuanto a la funcionalidad temporal del Registro, se debe identificar la naturaleza de la *pena principal* a la cual es condenado el ofensor sexual: (i) en el caso de que la pena sea *privativa de libertad*, el Registro comenzará a operar una vez que el individuo salga en libertad (ya sea por haber cumplido la pena o bajo una modalidad condicional); mientras que (ii) si el individuo es condenado a una pena *no* privativa de libertad, el Registro se aplicará de forma coetánea al cumplimiento de ésta.

En el primer caso, si [A] es condenado a una pena de [x] años de prisión -y luego de que esta sea cumplida o en el supuesto de que el inculpado acceda a un beneficio penitenciario como la libertad condicional- una vez que sea liberado, deberá iniciar el proceso de *registrarse periódicamente* o comenzará su inclusión *en el* registro por [y] años, según la regulación normativa de la medida. En el segundo caso, si [A'] es condenado a una pena sustitutiva a la prisión, véase en las hipótesis de *libertad condicional* o *libertad vigilada* por [x'] años*,* mientras esta pena se esté cumpliendo en libertad, a su vez, deberá llevarse a cabo el *proceso de registrarse* periódicamente o comenzará su inclusión en el registro por [y'] años.

§ 2. Finalidad nuclear y sub-propósitos funcionales

La *finalidad nuclear* de los Registros consiste en neutralizar el riesgo que conlleva la libertad de una persona definida como agresor sexual. A su vez, esta se disecciona en *sub-propósitos* funcionales -a la finalidad nuclear-, a saber: (a) informar a la comunidad acerca de agresores sexuales que se encuentren viviendo en perímetros cercanos y delimitados; (b) mantener vigilancia de los agresores sexuales; (c) operar como fuente de información que pueda ser utilizada para optimizar las investigaciones de delitos sexuales; (d) reducir la probabilidad de reincidencia del individuo registrado; (e) operar como fuente de información entre las distintas agencias policiales y de supervisión que estén vinculadas a este tipo de criminalidad[311]; (f) aunar las sentencias condenatorias dictadas por los tribunales de justicia, con el objeto de estar en capacidad de certificar los antecedentes penales de un individuo[312].

[311] HARRIS, A., LOBANOV-ROSTOVSKY, C. y LEVENSON, J. 2015. Law Enforcement Perspectives on Sex Offender Registration and Notification: Preliminary Survey Results. Lowell, MA: University of Massachusetts Lowell. p.6

[312] CASTRO LUJÁN, V.M. 1956. *op.cit.* p.183

§ 3. Tipologías registrales

*** Sumario**

3. Tipologías registrales - 3.1. Según técnica legislativa - 3.2. Según quiénes pueden acceder al Registro - 3.3. Según la forma de acceso al Registro -3.3.1. Notificación comunitaria - 3.3.2. Formas de notificación - 3.3.2.1. Notificación activa - 3.3.2.1.1. Modelo de notificación según peligrosidad del agresor registrado - 3.3.2.1.2. Modelo de notificación predefinida en regulaciones jurisdiccionales - 3.3.2.1.3. Modelo de notificación por el mismo agresor - 3.3.2.2. Notificación pasiva - 3.3.2.3. Relevancia de la distinción

3.1. Según técnica legislativa

En términos funcionales, se debe diferenciar entre dos tipos de Registros, cuya aplicabilidad se encuentra normada por leyes distintas:

Un primer tipo corresponde a las (1) «registration-laws», las cuales exigen que el ofensor sexual se registre ante una autoridad policial, para que ella haga efectiva un control sobre el mismo. De esta forma, en términos *orgánicos*, se regula un proceso por el cual el ofensor notificará a las autoridades información relativa a su persona, ya sea verificándola –presencial o no presencialmente- cada cierto tiempo o actualizándola cuando esta sufra modificaciones.

La segunda vertiente -y que ha tenido mayor auge desde la década de los noventa[313]- comprende los (2) registros que llevan aparejada las «community notification laws», las cuales ofrecen información a la sociedad acerca de la ubicación de los ofensores sexuales que ya se encuentran en libertad, para efectos de que la comunidad tome las medidas preventivas que crea necesarias. En esta segunda modalidad es cuando el Registro adopta el carácter de *público*[314], en tanto la notificación presupone que la información sea develada, ya sea para que los individuos de la comunidad accedan a ella, o bien sea difundida por un acto de la autoridad competente.

Desde ya cabe consignar que las «registration laws» y las «community laws» estrictamente son dos mecanismos legislativos diferentes[315], en tanto las segundas, regulan la propagación de la información almacenada *en el* Registro o aquella que ha sido consignada por el ofensor sexual ante la autoridad competente. Sin embargo, resulta necesario realizar un estudio conjunto de ambas, dado que la implementación de ellas es intrínsecamente interdependiente, esto es, toda

313 ROBLES PLANAS, R. 2007. *op.cit.* p.11
314 En este sentido, PRESCOTT, J.J. y ROCKOFF, J.E. 2011. Do Sex Offender Registration and Notification Laws Affect Criminal Behavior?. Journal Law & Economics, Vol. 54(1). pp.163-164
315 FINKELHOR, D. 2009. *op.cit.* p.174

notificación a la comunidad presupone una remisión a la base de datos que técnicamente constituye el Registro.

3.2. Según quiénes pueden acceder al Registro

De la precisión normativa expuesta, es posible hacer una distinción en términos de *quiénes pueden acceder* al Registro.

Las «registration-laws» exigen que el procedimiento de registro se lleve a cabo ante la autoridad policial o administrativa competente y la posibilidad de obtener esta información se encuentra restringida a instituciones específicas para efectos acotados, a saber, (i) instituciones médicas que puedan llevar a cabo una supervisión del individuo condenado; (ii) instituciones policiales a las que les corresponde la implementación de políticas de vigilancia sobre el mismo; (iii) instituciones judiciales, que cuenten con un sistema de información para efectos de determinar trayectorias conductuales que faciliten la determinación de penas en caso de reincidencia[316].

Por su parte, las «community notification laws» -que operan en base al registro-, dan cuenta de un sistema en donde el acceso es de carácter público, por lo que no suelen existir limitaciones para quien desee conocer información relativa a los individuos que han sido condenados por delitos sexuales.

En cuanto a la distinción referida, PRESCOTT y ROCKOFF señalan que las *leyes de registro* están destinadas exclusivamente para asistir a las autoridades, con el fin de cumplir el objetivo de monitorear e identificar a los reincidentes conocidos, mientras que las *leyes de notificación* buscan reducir el crimen poniendo en conocimiento a los vecinos de la presencia de ofensores sexuales en la comunidad[317]. Por tanto, la lógica subyacente de las notificaciones para lograr su efecto *preventivo* entiende que si los miembros de la sociedad -especialmente padres- pueden tener conocimiento de la presencia de agresores sexuales en el vecindario, ellos podrían adoptar las medidas respectivas para evitar la victimización de menores de edad[318]. En consecuencia, la vigilancia de la comunidad permitiría que el ex condenado no se escape en el anonimato[319]. Esto

316 WACQUANT, L. 2010. *op.cit.* pp.308-312
317 PRESCOTT, J.J. y ROCKOFF, J.E. 2011. *op.cit.* p.163
318 TEWKSBURY, R. 2006. *op.cit.* p.1
319 BEDARF, A. 1995. Examining Sex Offender Community Notification Laws. California Law Review. Vol. 83 Issue 3(Article 4). p.906

se sustentaría en la premisa de que si el agresor sabe que la comunidad tiene su identidad y, por tanto, los ciudadanos están enterados de su presencia en el vecindario, las probabilidades de que lo detecten, detengan y condenen aumentan, produciéndose con ello un *efecto disuasivo*[320].

3.3. Según la forma de acceso al Registro

3.3.1. Notificación comunitaria

Respecto al *cómo se accede* a la información, el criterio de distinción está dado por la *notificación comunitaria,* entendida como la forma en que se produce la comunicación de los datos contenidos en los registros a los miembros de una comunidad específica[321], mediante diversos canales de accesos. HUMAN RIGHTS WATCH define la «notificación comunitaria» como el *sistema* mediante el cual la información de un ofensor sexual ex condenado, es transmitida al público o una porción de éste[322].

En una encuesta realizada por el Departamento de Justicia de EE.UU a funcionarios que integran las fuerzas de la ley y el orden[323], se les consultó respecto de las estrategias y herramientas utilizadas para educar e informar al púbico acerca de los agresores sexuales en el marco de la jurisdicción en la que desempeñaban sus funciones. En la medición, se les preguntó por la *frecuencia de uso* de cada uno de los medios de notificación disponibles, teniendo por opciones el (i) uso constante; (ii) uso cada cierto tiempo o (iii) no lo uso[324].

Los resultados arrojaron que las estrategias de comunicación que se utilizan de forma *constante* son: información en sitios web (45.4%); difusión vía correos estandarizados (18.4%); redes sociales como Facebook y Twitter (18.0%); entrega de volantes y poster (16.3%), entre otras[325]. Lo último señalado manifiesta que, conforme la tecnología avanza, los sistemas de notificación van adoptando nuevos canales de difusión de la información contenida.

---

320 TEWKSBURY, R. 2006. *op.cit.* p.1
321 FERNÁNDEZ-PACHECHO, C. 2014. Registros de delincuentes sexuales y prevención del delito. Análisis de la experiencia estadounidense. Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXIV. p.397
322 HUMAN RIGHTS WATCH. 2013. *op.cit.* p.15
323 HARRIS, A., LOBANOV-ROSTOVSKY, C. y LEVENSON, J. 2015. *op.cit.*
324 *Ibíd.* p.5
325 *Ibíd.* p.5

3.3.2. Formas de notificación

Según lo expuesto, dentro de los registros que llevan aparejados sistemas de notificación, es posible introducir una distinción en lo que respecta a la *modalidad* con la cual se comunica la información contenida, en donde se puede distinguir entre una modalidad de *notificación activa* y una modalidad de *notificación pasiva*[326].

3.3.2.1. Notificación activa

La forma de distribución de información tendrá un carácter *activo*[327] cuando la difusión del contenido del Registro se haga mediante acto de autoridad, el cual, a través de diversos medios o canales informativos, pone en conocimiento a la comunidad, sin que se le exija a esta última un actuar determinado. La modalidad *activa* se suele llevar a cabo a través de entrega de información puerta a puerta, llamados telefónicos informativos, repartición de volantes[328], distribución de datos en CD-ROM, reseñas en periódicos locales[329], reuniones comunitarias[330] e inclusive, auto-presentación del ofensor sexual ante los vecinos[331]

En esta categoría, podemos distinguir 3 modelos de notificación:

3.3.2.1.1. Modelo de notificación según peligrosidad del agresor registrado

Una agencia de notificación, designada en la legislación o por un Estado (véase órganos policiales, fiscales, departamentos de *parole* o *probation*[332], entre otros), establece tres niveles de

---

326 Esta clasificación también es mencionada por ALONSO RIMO, A (2012. La publicidad de los antecedentes penales como estrategia de prevención del delito (a propósito de los registros públicos de delincuentes sexuales)" En: Delitos sexuales contra menores. Abordaje Psicológico, jurídico y policial. España, Valencia, Capítulo 18. p.443) / WACQUANT, L. 2010. *op.cit.* p.310 / U.S. DEPARTMENT JUSTICE. 2008. *op.cit.* p.5

327 Desde la perspectiva de la comunidad, tendrá un carácter *pasivo,* en tanto no requiere la realización de acción alguna para efectos de acceder a la información: esta es la que llega gracias a la actuación de la autoridad.

328 FINKELHOR, D. 2009. *op.cit.*, p.174

329 HERRERA, M. 2004. p.103

330 WALKER, A. 2001. Considering the Victim in the Implementation of Megan's Laws. August. p.4

331 THOMAS, T. 2011. *op.cit.* p.116

332 *Parole*, *Probation* y *Supervised release* son tres conceptos que difieren entre sí. *Parole* es un beneficio penitenciario otorgado por un comité de evaluación especializado (*U.S. Parole Commission*), para que individuos encarcelados, puedan cumplir el residuo de su pena en libertad (*condicional*) bajo custodia continua del Estado. Por su parte, *probation* es una sentencia condenatoria del juez que *suspende* una pena privativa de libertad, la cual queda sujeta al cumplimiento de un régimen de *libertad vigilada*. Por último, *supervised released,* en el sistema federal, se funda en una resolución del

riesgo asociado a los agresores registrados, según criterios de peligrosidad y probabilidad de reincidencia individual, y conforme a los cuales se efectuará el tipo de notificación correspondiente.

Las normativas suelen distinguir tres formas de notificación según niveles de peligrosidad en los cuales se clasifique al agresor, a saber:

(a) N*otificación no-pública* («non-public»[333]), correspondiente al nivel I, en el cual la información sólo es otorgada a los órganos policiales, dado que el sujeto presenta un nivel de peligrosidad bajo y la difusión de información puede resultar perjudicial para la víctima. En algunos casos, el acceso se podría extender a la víctima, testigos o personas individualizadas previamente por el Ministerio Público[334]. Técnicamente, en este formato no existe propiamente una distribución de información desde los órganos policiales a la comunidad, sino que presenta un orden inverso: es el ofensor sexual quien *notifica* (entendido en este supuesto como el proceso de registrarse) a la autoridad de los datos que se le sean exigidos;

(b) *Notificación dirigida o focalizada*, correspondiente al nivel II, conforme al cual se suele ampliar los grupos a los cuales se les notifica (*boy scout*; guarderías, escuelas, etc.) y en donde el sujeto presenta un nivel de peligrosidad o riesgo asociado de carácter *moderado*[335];

(c) *Notificación extendida*, correspondiente al nivel III, los agresores sexuales presentan un número significativo de factores de alto riesgo y todos los individuos de la comunidad cuentan con el derecho a recibir la información acerca de los ofensores que se encuentren clasificados en este nivel[336].

Las ventajas del modelo en comento son: (i) las agencias de justicia tienen una incidencia más determinante en la implementación del Registro, lo que les otorga un mayor sentido de participación; (ii) el correlato de ello, es que los órganos se hacen responsables de las consecuencias que se deriven en la aplicación de los sistemas de registros y notificación; (iii) la discreción otorgada a la autoridades referidas permitiría que la aplicación de los Registros fuese

---

juez que se impone al momento de dictar sentencia, la cual consiste en que una vez que el individuo haya dado cumplimiento total a su pena, tendrá que cumplir un período de libertad siendo supervisado por los agentes correspondientes (también referida como *libertad condicional especial u obligatoria)*

333 HUMAN RIGHTS WATCH. 2013. *op.cit.* p.41

334 ZGOBA, K., MINER, M., LEVENSON, J., KNIGHT, R., LETOURNEAU, E. y THORNTON, D. 2015. The Adam Walsh Act: An examination of Sex Offender Risk Classification Systems. Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment. p.4

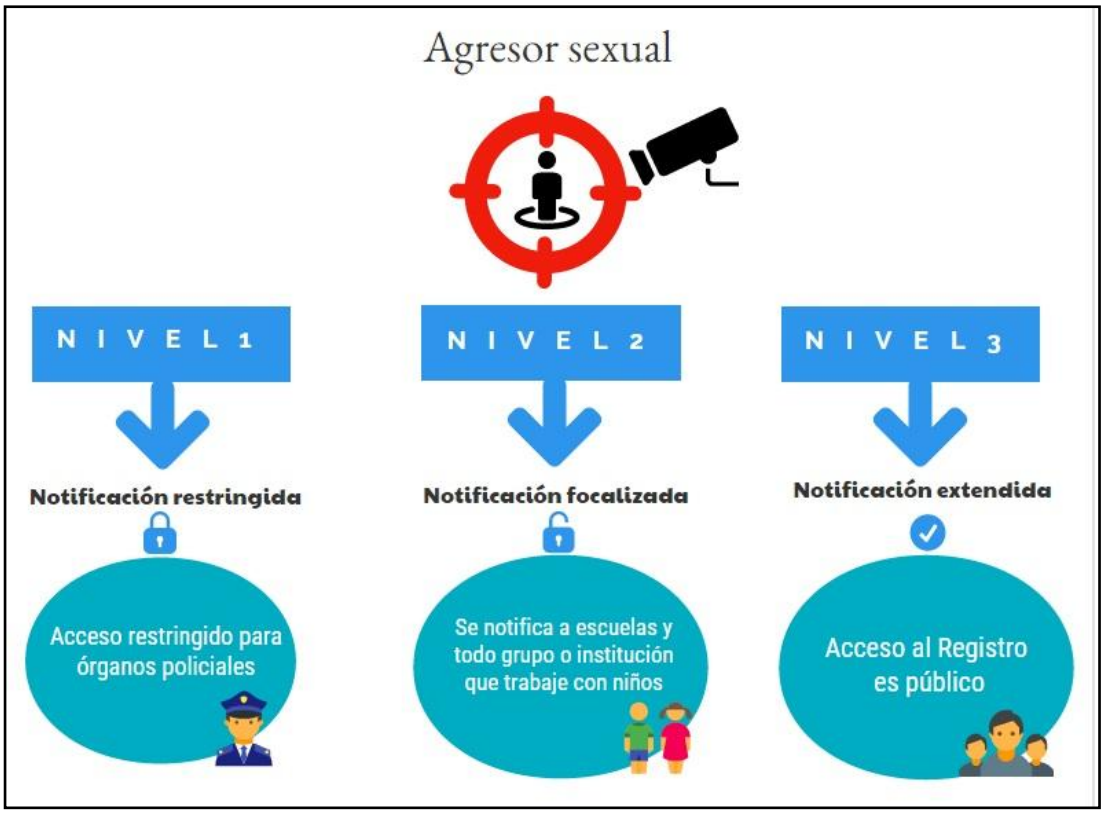
335 CITY OF WAUKESHA POLICE DEPARTMENT. 2010. Registered Sex Offender Facts. [en línea] <http://www.waukesha-wi.gov/DocumentCenter/View/1032> [consulta: 28 enero 2017] p.4

336 *Ibíd.* p.4

sustancialmente selectiva, teniendo en consideración factores de riesgo individuales, tales como la probabilidad de reincidencia[337].

La principal desventaja radica en que la diversidad de criterios aplicables puede provocar desestabilización e inconsistencias en los sistemas de notificación, además del trabajo extra que implica para las agencias la implementación de los mismos[338].

Figura nº1. *Notificación activa/modalidad según nivel de riesgo de reincidencia del agresor*



3.3.2.1.2. Modelo de notificación predefinida en regulaciones jurisdiccionales

En este segundo modelo, las regulaciones normativas de cada jurisdicción local pre-definen los tipos de ofensores sexuales que serán afectos al Registro y los métodos de notificación aplicables, según corresponda. Para ello, se designa a una agencia que se encargará del proceso de notificación, la cual cumple un rol meramente ejecutivo, dado que no tiene incidencia alguna en la

[337] FINN, P. 1997. Sex Offender Community Notification. U.S. Department of Justice. Office of Justice Programs. National Institute of Justice. p.5
[338] *Ibíd.* p.5

determinación de los individuos que serán monitoreados ni la *forma* en que se realizará la distribución de la información[339].

La ventaja de este modelo radica en que elimina la arbitrariedad en el funcionamiento del sistema, sumado a que aminora la carga de trabajo para las agencias, las cuales sólo tienen una función meramente ejecutiva. La desventaja está dada en que la aplicación formal de criterios de inclusión en el registro y notificación, puede generar un fenómeno de proliferación de juicios promovido por los agresores, basados en el argumento de que no se consideraron las características individuales para efectos de decidir la inclusión de ellos en el Registro.[340]

3.3.2.1.3. Modelo de notificación por el mismo agresor

El tercer modelo de *notificación activa* consiste en que el agresor registrado, por sí mismo, pone en conocimiento a la comunidad de su presencia en el vecindario, bajo la supervisión de una agencia de justicia criminal[341]. Los métodos para llevar a cabo esta comunicación varían, desde calcomanías pegadas en el automóvil hasta etiquetas situadas en la ropa del individuo. El primer modelo de notificación mediante auto-identificación fue implementado por Louisiana en el año 1992[342].

Las ventajas de este sistema son: (i) para la agencia encargada de la notificación, disminuye la carga de trabajo en la *implementación* del sistema; (ii) le otorga una responsabilidad al agresor sexual para que tome consciencia del proceso post-carcelario en el cual se encuentra inmerso.

Por otra parte, las desventajas son: (i) se pueden producir cuestionamientos en la fiabilidad de la información disponible, en tanto esta proviene del mismo agresor sexual; (ii) aumenta el riesgo de errores y evasiones en el Registro; (iii) por esto mismo, la necesaria supervisión de que todos los registrados provean la información correcta, puede generar un aumento en la carga de trabajo para la agencia y por último, (iv) no permitiría que la comunidad tome conocimiento y se eduque en cuanto al sistema de notificación, en tanto el trabajo queda relegado exclusivamente al agresor sexual[343].

---

339 COHEN, M. y JEGLIC, E. 2007. *op.cit.* p.374
340 FINN, P. 1997. *op.cit.* p.5
341 COHEN, M. y JEGLIC, E. 2007. *op.cit.* p.374
342 BEDARF, A. 1995. *op.cit.* p.904
343 FINN, P. 1997. *op.cit.* p.6

3.3.2.2. Notificación pasiva

El sistema de notificación tendrá una modalidad *pasiva* cuando la comunidad, entendida como la destinataria del Registro, es quien requiera efectuar un actuar positivo para acceder a la información dispuesta por la autoridad[344]. El ejemplo paradigmático es cuando el listado de condenados se encuentra contenido en un formato on-line, a través de una página web o la información se proporciona realizando previamente una solicitud.

3.3.2.3. Relevancia de la distinción

La distinción entre un *Registro restringido y judicial* en oposición al *Registro público y abierto*, da cuenta a su vez de las distintas concepciones y valoraciones culturales de la comunidad en torno a la privacidad, libertad de expresión y rehabilitación[345]. Por ello, la clasificación expuesta no es menor, en tanto un sistema de modalidad *activa* (en otros términos, el Registro en conjunto con las «community notification laws»), tendrá características más invasivas e intensas para el ofensor sexual, puesto que la información será entregada por la autoridad, sin que los individuos de la comunidad tengan que efectuar alguna acción específica para entrar en conocimiento de las personas registradas.

Caso contrario resulta en un sistema de modalidad *pasiva,* en donde necesariamente se exige una actuación por parte de la comunidad o bien, del individuo que requiera la información. Ejemplo de un sistema de *modalidad pasiva* es el Registro de inhabilidades chileno, en tanto para tener conocimiento si una persona tiene *inhabilidades* para trabajar con menores, necesariamente debe llevar a cabo un proceso de solicitud en la página del Registro Civil. De esta forma, un sistema registral desprovisto de la notificación tendrá un carácter más moderado, puesto que finalmente la información la tendrá quien la requiera o necesite, sin que exista una difusión de los nombres de los registrados.

[344] ALONSO RIMO, A. 2012. *op.cit.* p.443
[345] LARRAURI, E. y JACOBS. J. 2011. Reinserción laboral y antecedentes penales. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 13(09). p.9

En términos de *contenido,* los Registros cuentan con diversa información relativa al condenado según el formato que adopte. En este sentido, es posible encontrar sistemas de información en donde sólo se registra el nombre del individuo asociado al delito cometido, hasta sistemas más extensivos, que cuenten con detalles relativos a la individualización y otros datos de carácter más personales, tales como domicilio, imágenes, lugar de trabajo, patente de automóvil[346], etc.

Cabe señalar que entre las nuevas propuestas legislativas en la materia, es posible encontrar registros de datos genéticos**,** como es el caso de Argentina, los cuales cuentan con la información genética del individuo que ha sido condenado por delitos sexuales, teniendo por objeto colaborar en la individualización de los sujetos a los cuales se les imputan un delito sexual en el contexto de una investigación judicial que se encuentra en curso o aún no ha terminado[347].

Por último, en aquellos lugares en donde se ha rechazado la implementación de sistemas de notificación comunitarias, ha provocado que individuos y grupos organizados realicen una base de datos propias, diseminándose públicamente la información de manera *informal*[348].

Cuadro nº2. *Diferencia tipológica de los Registros*

Técnica legislativa	Acceso	Lógica operativa
«Registration Laws»	El acceso se encuentra limitado a las autoridades, para efectos de que lleven a cabo la supervisión administrativa, médica, etc.	Registro sin notificación
«Community notification-laws»	El acceso es público. La información puede ser obtenida por cualquier individuo de la comunidad.	Registro + notificación

[346] HUMAN RIGHTS WATCH. 2007. No Easy Answers: Sex offender laws in the US. 19 (4). p.47
[347] GUILLAMONDEGUI, L. 2012. *op.cit.* p.7
[348] THOMAS, T. 2011. *op.cit.* p.118

§ 4. Naturaleza jurídica de los Registros

*** Sumario**

4. Naturaleza jurídica de los Registros - 4.1. ¿Naturaleza civil o punitiva? - 4.1.1. Naturaleza civil de los registros notificaciones - 4.1.1.1. Adam Walsh Act - 4.1.1.2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos - 4.1.1.3. Resolución Corte Suprema EE.UU: Smith *v.* Doe (voto mayoría) - 4.1.1.3.1. Cuestión a resolver - 4.1.1.3.2. Antecedentes de hecho - 4.1.1.3.3. Opinión de la Corte - 4.1.1.3.4. Resolución - 4.1.2. Naturaleza punitiva - 4.1.2.1. Aplicación del test «Kennedy *v.* Mendoza-Martínez» - 4.1.2.1.1. Efectiva incapacidad o restricción - 4.1.2.1.2. Sanciones comprendidas históricamente como «castigos» - 4.1.2.1.3. Finalidad de la norma - 4.1.2.1.4. Aplicación exclusiva al comportamiento criminal tipificado - 4.1.2.1.5. Ley excesiva en relación a un propósito alternativo - 4.1.2.1.6. Conclusión del examen - 4.1.2.2. Sanción vergonzosa - 4.1.2.2.1. Alcances conceptuales - 4.1.2.2.2. Clasificación - 4.1.2.2.3. Registros Públicos como sanciones vergonzosas - 4.2. Dado su carácter punitivo, ¿pena o medida de seguridad? - 4.2.1. Sistema de penas y medidas de seguridad - 4.2.2. El Registro y la notificación comunitaria como medida de seguridad - 4.3. Las consecuencias del Derecho Penal: fines punitivos de los Registros - 4.3.1. Justificación de la reacción penal - 4.3.2. Teorías de la pena - 4.3.2.1. Teorías absolutas - 4.3.2.1.1. Teoría de la expiación - 4.3.2.1.2. Teoría de la retribución - a. Teoría de Kant - b. Teoría de Hegel - c. La retribución en los Registros Públicos - 4.3.2.2. Teorías relativas – 4.3.2.2.1. Prevención general negativa – 4.3.2.2.2. Prevención general positiva – 4.3.2.2.3. Prevención especial – a. Prevención especial positiva - b. Prevención especial negativa

4.1. ¿Naturaleza civil o punitiva?

Los Registros de Agresores sexuales se enmarcan en un esquema que contempla características de una regulación *civil*, en tanto su propósito es la *protección del público* y la *prevención*; y a su vez, caracteres *punitivos*, debido a la imposición de un sistema de cargas a la libertad del ofensor[349]. Se ha sostenido que la bifurcación de las sanciones en dos categorías excluyentes (civil /penal) es errónea[350], por lo que el diseño de estos sistemas de monitorización no pueden ser encasillados en una naturaleza *pura*.

La distinción paradigmática entre sanciones criminales y civiles consiste en que las primeras se enmarcan en el castigo, mientras que las segundas, en la compensación[351]. Sin embargo, cada característica atribuida a una, también se presenta en la otra. Véase el caso del encarcelamiento, asociado al catálogo de sanciones penales, pero también presente en materia civil, como en el desacato civil. Inversamente, sucede con las multas y pagos en dinero[352].

[349] CARPENTER, C. y BEVERLIN, A. 2012. *op.cit.* p.1101
[350] MANN, K. 1992. Punitive Civil Sanctions: The Middleground between criminal and civil law. The Yale Law Journal. 101(8). p.1797
[351] *Ibíd.* p.1804
[352] *Ibíd.* p.1804

Los paradigmas sancionatorios penales y civiles difieren en ciertos elementos, a saber:

(i) *Elemento mental*. Mientras que en el paradigma penal se requiere que el acto objeto de reproche sea acompañado del *mens rea* (intención delictiva), en el civil no siempre será necesario el elemento subjetivo, esto es, se prescinde de la intencionalidad para efectos de la procedencia de la responsabilidad civil[353].

(ii) *Efectos o consecuencia jurídica del acto prohibido*: En el paradigma penal, los hechos ilícitos son sancionados porque afectan al interés público, siendo procedente el castigo inclusive en aquellos casos en los cuales no existe un daño directo en un individuo. Por su parte, el paradigma civil exige el daño a un interés individual, siendo este -por regla general- requisito en la responsabilidad civil[354].

(iii) *Propósito*: se distingue entre objetivos punitivos y compensatorios. El propósito da cuenta de la razón o la motivación por construir y utilizar un sistema sancionatorio específico. En el paradigma tradicional, se entiende que la ley penal busca controlar el comportamiento antisocial mediante el *castigo*; mientras que el paradigma civil se dirige a obtener la *compensación* por el daño causado[355].

(iv) *Remedio*: el estigma y la encarcelación *versus* la restitución y los pagos monetarios. El *remedio* es definido como una medida adoptada por la autoridad –ya sea legislativa, judicial o administrativa- para asegurar el cumplimiento de una conducta exigida o bien, imponer una sanción por su incumplimiento[356]. En el paradigma penal, las medidas por excelencia son el *encarcelamiento* y el *estigma*. En el paradigma civil, los remedios se encuentran diseñados para reparar el daño producido o proveer dinero para que la víctima obtenga el valor del daño causado. De esta forma, los remedios en este último caso son la restitución y/o la compensación pecuniaria por el daño causado[357].

---

353 *Ibíd.* p.1806
354 *Ibíd.* p.1806
355 *Ibíd.* pp.1807-1808
356 *Ibíd.* p.1809
357 *Ibíd.* pp.1809-1810

(v) *Procedimiento*: Los procedimientos se distinguen por dos elementos: (a) el sistema probatorio y (b) la identidad de la parte actora. En el paradigma penal, en lo que respecta al acceso a la información, se permiten procedimientos más intrusivos y compulsivos que en el civil.[358] Respecto de la fuente de información, el procedimiento penal es más *estricto* que el civil. A su vez, también difieren en el estándar probatorio, en donde el penal es más alto que el civil, producto de la mayor severidad de la sanción aparejada. En este sentido, mientras que en el proceso penal se requiere probar «más allá de toda duda razonable» (*proof beyond a reasonable doubt*), en civil el estándar probatorio que rige es la «preponderancia de la prueba» o «probabilidad prevalente»[359] (*preponderance of evidence*)[360]. Por último, en cuanto a la parte actora, en el paradigma penal esta se corresponde con el Estado, mientras que en el paradigma civil, con el particular[361]

En consecuencia, la determinación de si los Registros tienen una naturaleza civil o punitiva, es de suma relevancia para efectos de verificar si ha existido una contravención de ciertos principios que rigen el área penal, tales como la irretroactividad y el *ne bis in idem*.

4.1.1. Naturaleza civil de los registros y notificaciones

La posición que sostiene que los Registros y sistemas de notificación tienen una naturaleza civil, se basa en los siguientes argumentos.

4.1.1.1. Adam Walsh Act

La ley federal estadounidense *Adam Walsh Act* (2006) permite la aplicación retroactiva de los Registros, esto es, los requisitos de «SORNA» (*Sex Offender Registration and Notification Act*, parte de la ley en donde se tratan los Registros y sistemas de notificación) no se limitan, en términos aplicativos, a aquellos ex condenados que se han incorporado al Registro con posterioridad a la promulgación e implementación de este mecanismo, sino que también rigen para aquellos individuos que fueron condenados con anterioridad a la entrada en vigencia del registro

[358] *Ibíd.* p.1810
[359] La regla P>0,5 consiste en un *juicio de* probabilidad: existiendo varias hipótesis posibles respecto de un mismo hecho, el juez deberá preferir aquella que tiene un grado relativamente más elevado de *probabilidad*.
[360] MANN, K. 1992. *op.cit.* p.1812
[361] *Ibíd.* p.1812

respectivo[362]. La justificación de esta aplicación retroactiva, se sustenta en que el Registro se considera *no punitivo*, por lo que la prohibición de la ley *ex post facto* no rige en este caso.

4.1.1.2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), al analizar el Registro de agresores sexuales de Francia, sostuvo que este *no puede ser considerado una pena*, en tanto tiene por finalidad evitar la reincidencia de los sujetos condenados, operando como una herramienta que facilita las investigaciones penales. Por ello, debería entenderse como una *medida de carácter policial* y no-punitiva.[363]. Además, agrega que existe un equilibrio entre los intereses del sujeto afectado en su derecho a privacidad y los intereses colectivos de la comunidad de evitar nuevos delitos de los agresores reincidentes[364].

4.1.1.3. Resolución Corte Suprema EE.UU: Smith *v.* Doe (voto mayoría)

La discusión acerca de la naturaleza *punitiva* o *civil* de los Registros y sistemas de notificación fue discutida por la Corte Suprema de Estados Unidos, en la sentencia «Smith *v.* Doe» (2003)[365], siendo esta una de las resoluciones paradigmáticas en la materia. Conforme a ella, se ha sostenido, por parte de los tribunales de justicia y órganos legislativos, la constitucionalidad de este tipo de leyes[366]. Cabe precaver que la resolución data del año 2003, por lo que el diseño de los registros y el panorama normativo ha cambiado dramáticamente[367]. Pese a ello, el núcleo de los argumentos en favor de la naturaleza civil aún se mantiene vigente.

4.1.1.3.1. Cuestión a resolver

El Registro de ofensores sexuales de Alaska exigía que los condenados por delitos de esta naturaleza debían registrarse con los órganos policiales y que parte de la información personal de

[362] U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. 2008b. The national guidelines for sex offender registration and notification [en línea] <http://ojp.gov/smart/pdfs/final_sornaguidelines.pdf> [consulta: 28 enero 2017] p.7
[363] SALAT PAISAL, M. 2016. Las consecuencias sancionatorias aplicables a los delincuentes sexuales tras las últimas reformas legislativas. Estudios Penales y Criminológicos. Vol. XXXVI. p.18
[364] *Ibíd.* p.318
[365] Smith *v.* Doe, 538 U.S. 84 (2003)
[366] CARPENTER, C. y BEVERLIN, A. 2012. *op.cit.* p.1074
[367] *Ibíd.* p.1107

estos, podía ser develada públicamente. En esta causa, la Corte Suprema debió resolver si la naturaleza del Registro de ofensores sexuales de Alaska correspondía a un castigo punitivo de carácter *retroactivo,* lo cual estaría prohibido por la cláusula *ex post facto*[368].

4.1.1.3.2. Antecedentes de hecho

El 12 de mayo de 1994, el Estado de Alaska promulgó la ley *Alaska Sex Offender Registration Act* (de aquí en más, referida como Acta/Estatuto/Normativa), la cual dispuso dos cuestiones de relevancia: (i) la implementación de un registro de ofensores sexuales y (ii) un sistema de notificación de información. Ambos elementos operarían de forma retroactiva.[369] El Registro comprendía a los ofensores sexuales condenados y a los secuestradores de menores[370], los cuales debían proveer información personal a las autoridades, tales como el nombre, alias, características que permitían la identificación del individuo, dirección del domicilio, lugar de empleo, fecha de nacimiento, historial delictivo, detalles de la condena, número de licencia de conducir, información acerca de los vehículos a los cuales tenía acceso y el historial de tratamiento post-condena, además de aportar sus huellas dactilares y una fotografía de su persona[371]. Para comunicar las notificaciones comunitarias, la información registrada estaba disponible públicamente en un sitio de internet administrado por el Departamento de Seguridad Pública de Alaska[372].

En cuanto a los intervinientes, John Doe I fue condenado por el delito *abuso sexual de menores* (la víctima fue su hija, durante el curso de dos años) y John Doe II por un delito sexual agravado (de una joven de 14 años)[373]. Ambos, tras cumplir condenas de ocho años, fueron liberados en 1990 y se sometieron a tratamientos de rehabilitación. Pese a que fueron condenados con anterioridad a la entrada en vigencia del Registro de Alaska en el año 1994, conforme a este debían corroborar su información personal trimestralmente y notificar cualquier cambio a las autoridades[374].

---

[368] Smith *v.* Doe, 538 U.S. 84 (2003) p.89
[369] Smith *v.* Doe, 538 U.S. 84 (2003) p.89
[370] LOGAN, W. 2011b. Populism and Punishment. Sex Offender Registration and Community Notification in the Courts. Criminal Justice. 26(1). p.37
[371] Smith *v.* Doe, 538 U.S. 84 (2003) p.90
[372] LOGAN, W. 2011b. *op.cit.* p.37
[373] McDONALD, D. 2004. Smith *v.* Doe: Judicial Deference Towards the Legislative Intent Behind a Broad, Punitive Civil Law Betrays the Core Principles of the Ex Post Facto Clause. Maryland Law Review. 63(2) Art.6. p.370
[374] Smith *v.* Doe, 538 U.S. 84 (2003) p.91

En 1994, Doe I y Doe II –sumado a la esposa de Doe I[375]- presentaron las acciones ante la Corte de Distrito de Estados Unidos para el Distrito de Alaska, con la pretensión de que se declarara que el Acta de Alaska violaba la *cláusula ex post facto* (artículo I, Secc.10-1 de la Constitución estadounidense) y el *debido proceso* (14º enmienda de la Constitución estadounidense, secc.1). La Corte distrital resolvió favorablemente al Estado[376], y la resolución fue apelada por Doe I y Doe II[377]. En segunda instancia, la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito revocó la decisión de la Corte Distrital, sosteniendo que la Ley del Registro de Alaska infringía la *cláusula ex post facto,* basada en el argumento de que si bien la intención de la legislatura era civil, sus efectos tenían un carácter punitivo[378]. La resolución fue apelada ante la Corte Suprema en el año 2002 y resuelta el 05 de marzo del 2003[379].

4.1.1.3.3. Opinión de la Corte (Voto mayoritario/6-3)[380]

a. Estructura de la argumentación

Sintéticamente, la estructura del razonamiento de la Corte Suprema de EE.UU. (voto mayoritario redactado por el juez Kennedy[381]) fue la siguiente: lo primero que se debía dilucidar era la *intención del legislador en la creación de la ley*. En el supuesto de que (1) la intención fuese manifiestamente la de imponer un castigo, entonces la ley tendría un carácter punitivo y por ello, su aplicación retroactiva infringiría la cláusula *ex post facto*. Sin embargo, (2) si la intención del legislador fue la de promulgar una reglamentación de carácter civil, la Corte Suprema debía examinar si, en cuanto a su propósito o efectos, tenía un carácter punitivo de tal entidad que permitiese desnaturalizar la *intención civil* de la medida[382].

---

375 McDONALD, D. 2004. *op.cit.* p.370
376 Doe I *v.* Otte, 259 F.3d (9th.Cir.2011) p.983
377 McDONALD, D. 2004. *op.cit.* p.371 / Doe I v. Otte, 259 F.3d (9th.Cir.2011) p.984
378 Doe I *v.* Otte, 259 F.3d (9th.Cir.2011) p.996
379 IIT CHICAGO-KENT COLLEGE OF LAW. [s.a.] Smith *v.* Doe [en línea] <https://www.oyez.org/cases/2002/01-729> [consulta: 28 enero 2017]
380 Para un análisis crítico, revisar McDONALD, D. 2004. *op.cit.* pp.390-400
381 *Ibíd.* p.384
382 Smith *v.* Doe, 538 U.S. 84 (2003) p.92

b. Determinación de la intención de la normativa de los Registros Públicos: Argumentos que sostienen su carácter civil

La Corte Suprema resolvió que la intención del legislador fue crear un registro de *carácter civil no-punitivo*. Lo referido, fue justificado conforme los siguientes argumentos[383]:

(i) En primer lugar, el texto del Acta señalaba que su propósito primordial era proteger a la comunidad de los ofensores sexuales, los cuales "*se caracterizan por un alto índice de reincidencia*". De esta forma, la divulgación de información específica de los ofensores permitía cumplir con el objetivo de resguardar la seguridad del público[384].

(ii) En segundo lugar, los *demandados en esta instancia* afirmaron que la Constitución de Alaska estipulaba que la necesidad de proteger a la comunidad era uno de los propósitos de la administración *criminal*. Ante ello, la Corte Suprema recurrió a los precedentes para sostener que, pese a que una ley tenga propósitos de justicia político-criminal, esto no la convertía en una norma *punitiva*[385].

(iii) En tercer lugar, la Corte Suprema señaló que para determinar la *finalidad de una normativa*, había que remitirse al proceso de codificación o creación de la misma. Las disposiciones acerca de las *notificaciones* se encontraban contenidas en el *Health, Safety and Housing Code*, lo que da cuenta de la *intención no-punitiva de la regulación*. Por su parte, las normas que regulaban el *registro*, estaban consagradas en el *Code of Criminal Procedure* del estado. Pese a ello, la Corte afirmó que la ubicación en este estatuto no trasformaría una regla *civil* en *penal*, dado que el título 12 del cuerpo legal referido, contenía disposiciones de naturaleza civil no-punitiva, como las normas que protegían la confidencialidad de la víctima y los testigos[386].

(iv) En cuarto lugar, los mecanismos procedimentales de la ley tampoco alteraron la conclusión de la Corte. El Acta modificó al «Reglamento de Procedimiento Penal» (*Rules of*

---

[383] Ante estos argumentos formales, el juez SOUTER (concurre en la decisión, pero disiente en el razonamiento por lo que opina separadamente) consideró que estos elementos, si bien no acreditaban una intención punitiva, sí morigeraban la conclusión de que esta fuese civil: En primer lugar, señaló que el *Acta de Alaska* no refería expresamente que las obligaciones impuestas tenían un carácter civil (Smith *v.* Doe, 538 U.S. 84 (2003) p.107) Dicha intención, en consecuencia, quedaba en entredicho, en virtud de que: (i) las ubicación de las normas de registro se encontraban consagradas en el Código de Procedimiento Criminal; (ii) para efectos de la admisión de culpabilidad, se requería necesariamente informar por escrito al condenado de los requisitos del Registro; (iii) comunicar las obligaciones del registro era un elemento de la sentencia condenatoria por delitos sexuales; y por último, (iv) los ofensores debían registrarse inicialmente ante órganos policiales, pese a que la información finalmente era mantenida por el Departamento de Seguridad Pública, una agencia regulatoria. (Smith *v.* Doe, 538 U.S. 84 (2003) p.108)

[384] Smith *v.* Doe, 538 U.S. 84 (2003) p.93

[385] Smith *v.* Doe, 538 U.S. 84 (2003) pp.93-94

[386] Smith *v.* Doe, 538 U.S. 84 (2003) pp.94-95

Criminal Procedure), en lo que respecta a la admisión de responsabilidad y la imposición de sentencias penales, exigiendo a la Corte informar al acusado de los requerimientos del acta y de ser posible, la extensión del período de registro, garantías procesales que son propias de normas punitivas. La política de informar al ofensor sexual de las consecuencias civiles derivadas de su comportamiento criminal, no convertía a dichas consecuencias en *punitivas*, puesto que era lógico proporcionar a las personas un aviso claro e inequívoco de los requisitos y sanciones que se pueden producir por el incumplimiento de una determinada normativa[387].

(v) En quinto lugar, la Corte Suprema señaló que su posición se encontraba reforzada por el hecho de que la ley *no obligaba a procedimientos*. En lugar de ello, el Acta confería al *Alaska Department of Public Safety* la autoridad para promulgar los reglamentos de implementación del Registro[388].

Conforme a lo expuesto, la Corte Suprema concluyó que la *intención* del legislador fue crear una normativa de carácter civil-administrativa, y por tanto, no punitiva[389].

c. Argumentos de la Corte Suprema para sostener que el propósito o los efectos del Acta no tienen un carácter punitivo tal que permitan negar su intención civil

La jurisprudencia estadounidense ha desarrollado una serie de criterios para efectos de delimitar la naturaleza civil o penal de una normativa, siendo «Kennedy *v.* Mendoza-Martínez», el caso más destacado[390]. De esta forma, para determinar el carácter *civil* o *punitivo* de una sanción, se deben analizar los siguientes factores respecto de la ley que la contiene: (i) si implica una efectiva incapacidad o restricción; (ii) si históricamente ha sido considerada como un castigo; (iii) si sólo entra en juego la constatación de que el individuo era consciente de los efectos perjudiciales de su conducta (iv) si su aplicación promueve los fines tradicionales de la pena (véase retribución y disuasión); (v) si el comportamiento ya se encuentra tipificado como un delito; (vi) si se le puede asignar un propósito alternativo al que pudiese estar racionalmente relacionado y (vii) si es excesiva en relación al propósito no punitivo[391].

---

[387] Smith *v.* Doe, 538 U.S. 84 (2003) pp.95-96
[388] Smith *v.* Doe, 538 U.S. 84 (2003) p.96
[389] Smith *v.* Doe, 538 U.S. 84 (2003) p.96
[390] MANN, K. 1992. *op.cit.* p.1832
[391] *Ibíd.* p.1832

Para demostrar que los *demandados* no fueron capaces de probar claramente que los efectos negativos del Acta controvertían su naturaleza civil en punitiva, la Corte Suprema realizó un análisis de los criterios previamente referidos:

(i) El Registro no es considerado histórica y tradicionalmente como un castigo

La *Corte de Apelaciones* aseveró que los registros y sistemas de notificación tenían un origen reciente, lo que sugería que estos no debían ser entendidos como una medida de castigo o, a lo menos, no como un medio *tradicional* de castigo[392]. Los demandados, por su parte, señalaron que el Registro y las notificaciones se asemejaban a los castigos vergonzosos de la época colonial, los cuales buscaban el descrédito público del infractor, algunos inclusive de forma permanente, como por ejemplo, marcando con una M al asesino (*Murderer*) o una T al ladrón (*Thief*)[393].

Sin embargo, la *Corte Suprema* consideró que era un error asimilar al Registro y las notificaciones con los castigos coloniales, en tanto estos presuponían infligir un dolor físico y confrontar directamente al ofensor con el público, lo que no se produciría en estos casos. Por su parte, los castigos que carecían del componente corporal, como la humillación o el avergonzar públicamente, implicaban *más que una mera difusión de información*. De esta forma, el estigma no sería resultado de la exposición pública para provocar vergüenza en el infractor, sino que este se producía por la difusión precisa del registro criminal del ofensor, el cual ya tenía un carácter público[394].

La *Corte Suprema* reconoció que la publicidad de la información personal podía causar consecuencias adversas en el condenado, desde vergüenza personal hasta el ostracismo social, sin embargo, afirmó que, al contrario de los castigos coloniales, para el Estado la publicidad y el estigma consecuente no integran parte del objetivo de la normativa regulatoria y el hecho de que Alaska publicara la información en internet, no alteraba su conclusión[395]. Según la *Corte*, el principal propósito y efecto de la notificación era informar al público de la presencia de ofensores sexuales en la comunidad, para que esta reguardase su propia seguridad. De esta forma, el acceso

[392] Smith *v.* Doe, 538 U.S. 84 (2003) p.97
[393] Smith *v.* Doe, 538 U.S. 84 (2003) pp.97-98
[394] Smith *v.* Doe, 538 U.S. 84 (2003) p.98
[395] Smith *v.* Doe, 538 U.S. 84 (2003) p.99

público a la información se volvía necesario para la eficacia de la medida y la humillación, por tanto, era una consecuencia colateral de una legítima reglamentación civil.[396]

(ii) El Registro no implica una efectiva incapacidad o restricción en el condenado

En primer lugar, la *Corte Suprema* sostuvo que la normativa no imponía *restricciones físicas*, paradigma de la efectiva incapacitación y restricción. Luego, afirmó que las obligaciones impuestas por el Registro eran menos gravosas que las *inhabilidades profesionales*, que ya habían sido consideradas no punitivas por la misma Corte. Concluye que los Registros no restringían las actividades de los agresores, quienes podían libremente cambiar de residencia o empleo[397].

Respecto de esto, la *Corte de Apelaciones* había señalado que las inhabilitaciones operaban respecto de trabajos específicos, pero las cargas impuestas por el Registro podían generar una situación de *total desempleo en el registrado*, debido a que los empleadores no iban a contratar a agresores sexuales por el riesgo de perder a su clientela. La *Corte Suprema* consideró que esto era una conjetura, dado que los empleadores pueden comprobar los antecedentes penales de sus empleados, aún cuando la ley no los obligue[398]. A pesar de que la disponibilidad pública de esta información podía causar un impacto doloroso y duradero en el ex convicto, esto no era consecuencia de las normas de registro y notificación, sino producto de que la condena ya era una información pública[399].

La *Corte de Apelaciones* consideró que el requerimiento de actualización periódica de información implicaba una *incapacitación efectiva*, dado que esta debía llevarse a cabo de forma *presencial*. La *Corte Suprema* afirmó que lo señalado era una comprensión errónea, en tanto el estatuto de Alaska no requería que la actualización de la información debía realizarse necesariamente en persona[400].

A su vez, la *Corte de Apelaciones* aseveró que el sistema de registro se asimilaba a la *libertad vigilada* o la *liberación supervisada*, en términos de las restricciones impuestas. Esto fue rechazado por la *Corte Suprema*, dado que mientras en la *libertad vigilada* y la *liberación supervisada* se debían cumplir condiciones controladas por un oficial, con la amenaza de revocación de libertad en caso de infracción, los individuos afectos al Registro público contaban con la libertad de desplazarse

[396] Smith *v.* Doe, 538 U.S. 84 (2003) p.99
[397] Smith *v.* Doe, 538 U.S. 84 (2003) p.100
[398] Smith *v.* Doe, 538 U.S. 84 (2003) p.100
[399] Smith *v.* Doe, 538 U.S. 84 (2003) p.101
[400] Smith *v.* Doe, 538 U.S. 84 (2003) p.101

donde ellos desearan, además de vivir y trabajar como cualquier otro ciudadano, sin supervisión. Si bien debían informar en ciertos casos, en supuestos como si se dejaban crecer la barba o se sometían a un tratamiento psiquiátrico, ellos no necesitaban pedir permiso para hacerlo. En caso de haber incumplido estas obligaciones, los registrados podían ser perseguidos penalmente, pero esto implicaba un procedimiento independiente del delito original[401].

(iii) El Registro Público no promueve fines punitivos tradicionales (retribución y/o disuasión)

(1) *Fin disuasivo.* Dado que el Estado de Alaska concedió que el estatuto podía disuadir futuros crímenes, los demandados sostuvieron que la *disuasión* era una finalidad punitiva. Sin embargo, la *Corte Suprema* señaló que existen muchos programas gubernamentales que disuadían el crimen sin mediar la imposición de un castigo[402].

(2) *Fin retributivo.* La *Corte de Apelaciones* concluyó que las obligaciones impuestas en el Acta eran retributivas, en tanto la información requerida parecía estar medida por la conducta previa del agresor, y no por su nivel de riesgo[403]. La *Corte Suprema* consideró que esto era incorrecto, dado que si bien el Registro distinguía a los ofensores en función de delitos sexuales agravados y no agravados, ambas categorías y la consecuente cantidad de información exigida estaba razonablemente relacionada con el peligro de reincidencia, lo que era coherente con el objetivo de la regulación[404].

(iv) Conexión racional entre el Acta y el propósito no-punitivo

La Corte refirió que la racional conexión de la normativa a un propósito civil era el factor más determinante para afirmar que sus efectos no tenían un carácter punitivo. El acta, en consecuencia, tenía un legítimo *propósito no punitivo*, a saber, resguardar la seguridad pública. Los demandados sostuvieron que este propósito era válido y racional, sin embargo, el problema radicaba en que el Registro no estaba diseñado para cumplir este objetivo. Ante ello, la *Corte*

401 Smith *v.* Doe, 538 U.S. 84 (2003) p.102
402 Smith *v.* Doe, 538 U.S. 84 (2003) p.102
403 Smith *v.* Doe, 538 U.S. 84 (2003) p.102
404 Smith *v.* Doe, 538 U.S. 84 (2003) p.102

Suprema indicó que un estatuto no podía considerarse *punitivo* por el simple hecho de carecer de una perfecta adecuación con el *propósito no punitivo* que pretendía cumplir[405].

(v) El Acta no es excesiva respecto de su propósito normativo establecido

La *Corte de Apelaciones* concluyó que el registro era excesivo en su propósito regulador, por dos razones: (i) el estatuto se aplicaba a todos los ofensores sexuales sin considerar el nivel de peligrosidad futura de cada individuo y (ii) no habían límites en el número de personas que podían acceder a la información. Según la Corte Suprema, ninguno de estos argumentos era persuasivo[406]:

(1) Respecto de (i), la *Corte Suprema* señaló que la condena por un delito sexual podía proveer evidencia sustancial suficiente para determinar el riesgo de reincidencia individual. La decisión de un estado de legislar respecto de los agresores sexuales como una *clase categorial,* en vez de requerir la determinación individual de la peligrosidad, no transformaba al estatuto en punitivo[407]. Por su parte, la extensión temporal del registro tampoco era excesiva, dado que existían estudios que demostraban que la reincidencia de los abusadores de menores de edad, no solía ocurrir inmediatamente después de la liberación de la cárcel, sino que esta se podía llegar a producir tras un trascurso de hasta 20 años[408].

(2) La *Corte de Apelaciones* consideró que la diseminación de la información era inútil, dado que esta se encontraba disponible para todo el mundo y la difusión terminaba siendo indiscriminada. La *Corte Suprema* dio cuenta de que el Registro contaba con un sistema de notificación *pasivo* y debido a la alta movilidad de la población, no se podía afirmar que la regulación era excesiva hasta convertirse en punitiva[409].

4.1.1.3.4. Resolución

La Corte Suprema resolvió que los demandados no demostraron que existiesen efectos punitivos capaces de revertir intención civil de la normativa. Por tanto, el acta tenía una naturaleza no-punitiva y su aplicación retroactiva no violaba la cláusula *ex post facto*[410].

[405] Smith *v.* Doe, 538 U.S. 84 (2003) pp.102-103
[406] Smith *v.* Doe, 538 U.S. 84 (2003) p.103
[407] Smith *v.* Doe, 538 U.S. 84 (2003) p.103
[408] Smith *v.* Doe, 538 U.S. 84 (2003) p.104
[409] Smith *v.* Doe, 538 U.S. 84 (2003) pp.104-105
[410] Smith *v.* Doe, 538 U.S. 84 (2003) pp.105-106

El test «Mendoza-Martínez» también ha sido aplicado en otros casos, arribando también a la conclusión de que los Registros serían una regulación civil. Entre ellos, en «State *v.* Noble», la *Corte Suprema* de Arizona consideró que no estaba claro si el propósito del Registro de Arizona era civil o punitivo. Por tanto, era menester examinar si los efectos punitivos eran tales como para determinar la naturaleza de la regulación. En cuanto al primer factor de la incapacidad, el tribunal se enfocó en el hecho de que la disponibilidad de información para el público sólo tenía un impacto marginal[411]. Respecto al factor de la comprensión histórica de la sanción, la *Corte Suprema* de Arizona consideró que el Registro ha sido visto tradicionalmente como un castigo, refiriéndose a la ignominia y la opresión de la vigilancia permanente del gobierno[412]. Del cuarto factor, si la sanción promueve los fines tradicionales de la pena, la *Corte* sostuvo que el Registro efectivamente producía un efecto disuasivo, dado que los registrados son más propensos a ser detenidos si la policía tiene conocimiento de sus paraderos[413]. Por último, el tribunal aseveró que el Acta no era excesiva respecto a su propósito no punitivo: asistir a las fuerzas del orden en las investigaciones de delitos sexuales. La Corte finalmente concluyó que el Registro de ofensores sexuales era no punitivo[414].

En doctrina, este razonamiento ha recibido adhesión**.** MASSARO afirma que medidas de publicitación de antecedentes criminales, tales como exigir que un individuo ponga una calcomanía en su automóvil que informe su condena por conducción en estado de ebriedad o que el individuo deba poner en cada automóvil que maneje, un letrero fluorescente que diga «CONVICTED DWI (*driving under the influence*), son sanciones *vergonzosas,* las que, sin embargo, difieren de las leyes de registro y notificación[415]. Estas últimas, si bien tienen por *efecto* de producir vergüenza en el registrado, han sido justificadas primariamente en la disuasión (con bases en la incapacitación)[416].

411 BEDARF, A. 1995. *op.cit.* p.916
412 *Ibíd.* p.916
413 *Ibíd.* p.916
414 *Ibíd.* p.916
415 MASSARO, T. 2012. The meanings of shame: implications for legal reform. Psychology, Public Policy and Law. 3(4). p.690
416 *Ibíd.* cita 229. p.690

4.1.2. Naturaleza punitiva

A continuación, se expondrán los principales argumentos que sostienen la naturaleza *punitiva* de los Registros y sistemas de notificación, posición que comparto. Para ello, en primer lugar se presentará un ejercicio aplicativo del test «Mendoza-Martínez» para dar cuenta de que las consecuencias perniciosas de los Registros y sistemas de comunicación determinan su naturaleza punitiva. Luego, se analizará al Registro bajo una comprensión que la entiende como una *sanción* «vergonzosa».

4.1.2.1. Aplicación del test «Kennedy *v.* Mendoza-Martínez»

Para determinar la naturaleza de una legislación en específico, la *Corte Suprema* de Estados Unidos, en el caso «Kennedy *v.* Mendoza-Martínez», utilizó un barómetro llamado «*intent-effects test*». Este método se compone de dos niveles: en *primer lugar* cabe resolver si el legislador ha tenido la intención de diseñar una normativa de carácter civil o punitivo. Con el objeto de dilucidar esta interrogante, se deben examinar diversos factores, tales como identificar el actual nombre o etiqueta atribuida a la ley, sus procedimientos de ejecución y la ubicación normativa de la misma[417]. En el supuesto de que la intención del legislador fuese crear una ley, se deberá llevar a cabo el segundo nivel, consistente en verificar en la práctica, pese a los objetivos de diseño de la regulación, si es tan punitiva como para no poder considerar su naturaleza como civil.[418].

La primera vez que este método fue utilizado en cuanto a la legislación vinculada a agresores sexuales, fue en «Kansas *v.* Hendricks». En el año 1994, se promulgó la *Kansas Sexually Violent Predator Act*, regulación que permitía el internamiento involuntario indefinido para aquellos individuos aquejados de una anormalidad mental o trastornos de personalidad, que pudiesen ser calificados como «sexually violent predators»[419].

La *Corte Suprema*, aplicando los criterios de «Kennedy v. Mendoza-Martínez», concluyó que el *civil commitment* regulado en el acta, tenía una naturaleza no-punitiva[420]. Si bien el test no arroja

[417] McDONALD, D. 2004. *op.cit.* pp.376-377
[418] CARPENTER, C. y BEVERLIN, A. 2012. *op.cit.* pp.1101-1102
[419] McDONALD, D. 2004. *op.cit.* p.382
[420] DUNCAN, A. 2015. Calling a Spade a Spade: Understanding sex offender registration as punishment and implications post-starkey. Oklahoma Law Review. 67. p.327

una calificación definitiva, sí puede ser utilizado como una guía útil para efectos de arribar a una conclusión acerca de la naturaleza de los efectos de una normativa[421].

4.1.2.1.1. Efectiva incapacidad o restricción

El primer factor para determinar si una ley es punitiva o civil, consiste en verificar si esta produce una «efectiva incapacidad» o «restricción» (*affirmative disability or restraint*) en el ofensor, lo cual se satisface, paradigmáticamente, con el encarcelamiento o actos que impliquen una (especie de) privación de libertad de los afectados. Conforme a este criterio utilizado por los tribunales estadounidenses, no producirían una *efectiva incapacidad* o *restricción* –en tanto no privan de libertad- las leyes que deniegan beneficios del Seguro Social; que revocan permanente la licencia de conducir o que cancelan la licencia para el expendio de bebidas alcohólicas, entre otras.[422] Por tanto, bajo esta interpretación -que peca de ser extremadamente simplista- los Registros y los sistemas de notificación no implicarían, necesariamente, una efectiva incapacidad o restricción.

En contra, se ha considerado que el mecanismo público registral significaría una *efectiva incapacidad,* dado que la difusión de la información –alguna de carácter muy personal- tiene por efecto la etiquetación de un individuo como «agresor sexual» al interior de la comunidad, lo cual condiciona su desenvolvimiento personal en tal manera, que la estigmatización puede llegar a provocar ostracismo social y represalias vigilantes.[423] Esto, a su vez, redunda en una merma en las oportunidades laborales o derechamente la privación de las mismas, además del acoso verbal y físico del resto de los ciudadanos.

Desde sus orígenes, los Registros han provocado en los ex condenados una sensación de sobre-vigilancia constante, lo que sumado a la periódica obligación de notificar todo cambio en diversos aspectos de la vida cotidiana a la autoridad, permite considerar este tipo de medidas como una reglamentación demasiado estricta[424]. Las obligaciones asociadas al Registro pueden llegar a ser significativamente *intrusivas*, como la permanente necesidad entregar y actualizar información periódicamente a las autoridades o verificar la identificación residencia, lugar de trabajo, proveer la foto y huellas dactilares[425]. Existe la posibilidad de que este proceso se extienda *de por vida* y siempre bajo amenaza de persecución criminal en caso de incumplimiento, lo que

[421] *Ibíd.* p.379
[422] CARPENTER, C. y BEVERLIN, A. 2012. *op.cit.* p.1108
[423] Doe *v.* Department of Public Safety and Correctional Services Nº125. Court of Appeals of Maryland. p.36
[424] LOGAN, W. 2011b. *op.cit.* p.38
[425] CARPENTER, C. y BEVERLIN, A. 2012. *op.cit.* p.1111

puede provocar una afectación en el ejercicio de la libertad de los agresores sexuales[426]. Particularmente, esta merma se manifiesta en la *libertad de movimiento,* en donde las leyes de registro –en conjunto a las de restricción de reincidencia y de monitorización electrónica- atentan contra la posibilidad de que el registrado se reinserte en la comunidad, encuentre hogar estable y obtenga empleo[427]. En cierta medida, el tener que estar constantemente entregando información, en lapsos de tiempo cíclicos, es una especie de vigilancia a las actividades del ofensor que obliga a un comportamiento reglado[428].

En cuanto al *empleo* y las *desventajas del hogar*, la posibilidad de cambiarse del lugar de trabajo o relocalizar su vivienda ya no es una opción para los ofensores registrados[429]. Debido a la publicitación de los antecedentes penales, arrendadores pueden negarse a celebrar contratos o bien, a ponerle término a los ya convenidos, generando una limitación en el *acceso* a la vivienda y la mantención de la misma. La situación referida -guardando las proporciones- es asimilable a la expulsión de un individuo de la comunidad[430].

En «Smith *v.* Doe»*,* el voto disidente de la jueza GINSBURG sostuvo que el Acta de Alaska provocaba una *incapacitación efectiva* o *restrictiva,* dado que esta le imponía obligaciones onerosas e intrusivas a los condenados por delitos sexuales. Además, los exponía públicamente a la humillación y el ostracismo, a través de una agresiva notificación de sus crímenes[431]. LOGAN, en el comentario de la sentencia, adhirió al voto de disenso de GINSBURG, agregándole a este que la exigencia de entregar información personal e ir actualizándola constantemente, en algunos casos de por vida y bajo la amenaza de una sanción penal, es una carga punitiva para el agresor que afecta su libertad de movimiento.[432]

Por su parte, WACQUANT considera que este tipo de leyes son la institucionalización jurídica de un *segundo castigo bajo la forma de infamia*, en donde la condena se extiende más allá del cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad, lo que tiene como consecuencia una transgresión a las libertades públicas del ex convicto[433].

BEDARF aplicó el test «Mendoza-Martínez» al modelo de notificación de auto-identificación y concluyó que este impone una *efectiva incapacidad*, dado que es el mismo ofensor

---

426 LOGAN, W. 2011b. *op.cit.* p.39
427 CARPENTER, C. y BEVERLIN, A. 2012. *op.cit.* p.1111
428 Wallace v. State, 905 N.E.2d 379 (Ind.2009)
429 CARPENTER, C. y BEVERLIN, A. 2012. *op.cit.*. p.1115
430 Doe *v.* Department of Public Safety and Correctional Services Nº125. Court of Appeals of Maryland. pp.39
431 Smith *v.* Doe, 538 U.S. 84 (2003) p.115
432 LOGAN, W. 2011b. *op.cit.* p.39
433 WACQUANT, L. 2010. *op.cit.* p.323

quien debe financiar el proceso para cumplir con la obligación legal de identificarse ante la comunidad, siendo esto tedioso, humillante y potencialmente costoso[434].

4.1.2.1.2. Sanciones comprendidas históricamente como «castigos»

En cuanto a los efectos de las leyes normativas objeto de análisis, es reconocido -inclusive por la jurisprudencia que defiende la naturaleza no punitiva del registro- que la publicación de la información personal del agresor sexual produce vergüenza, humillación, soledad y ostracismo social[435]. En consecuencia, lo que cabe dilucidar, más que la verificación cuantitativa de estas consecuencias, es si los Registros y sistemas de notificación tienen una aptitud punitiva asimilable al de los castigos históricos y tradicionales[436].

Los Registros de ofensores sexuales no tienen larga data, por lo que no se puede esperar que sean un reflejo exacto de los castigos históricamente tradicionales[437]. La inclusión de un agresor sexual en el Registro implica más que la mera difusión de información personal, dado que si el objetivo primordial es facilitar el acceso a los antecedentes penales de los delincuentes, la diseminación también debería comprender a condenados por delitos diversos a los sexuales. Por ello, LOGAN afirma que el proceso de difusión de información dista de ser neutro en tanto existe una *pre-selección* de individuos, a los cuales -según una *decisión legislativa*- se les reconoce un riesgo particular[438] y por el sólo hecho de estar incluidos en la base de datos, sin que medie una declaración o una advertencia explícita de peligrosidad, ya son merecedores de una etiqueta negativa[439].

Pese a que las *Cortes* han considerado que los Registros tienen una naturaleza *no punitiva,* también reconocen que sirven para humillar y aislar al ofensor[440], y las experiencias vividas por estos dan cuenta del estigma al cual son sujetos, desde informar su condición de registrado a los médicos hasta ver *flyers* con sus rostros distribuidos por toda la comunidad. Si bien se puede considerar que estos efectos son una consecuencia *necesaria* para lograr la protección del público,

---

434 BEDARF, A. 1995. *op.cit.* p.924
435 Smith *v.* Doe, 538 U.S. 84 (2003) p.99
436 CARPENTER, C. y BEVERLIN, A. 2012. *op.cit.* p.1114
437 John Doe v. State of New Hampshire, 111 A.3d 1096 (2015)
438 LOGAN, W. 2011. *op.cit.* p.39
439 John Doe v. State of New Hampshire, 111 A.3d 1097 (2015)
440 CARPENTER, C. y BEVERLIN, A. 2012. *op.cit.* p.1113

también cabe tener consciencia de que los efectos referidos son reales y negativos para el individuo afecto al registro[441].

Según ya se señalado, la lógica que opera tras los Registros consiste en poner a disposición de la comunidad, la información acerca del historial conductual de un sujeto condenado, lo cual conlleva a una estigmatización permanente de la sociedad[442]. De esta forma, se busca construir *estigmas* mediante la sindicación de un individuo como una persona «condenada», para que el resto de la sociedad esté al tanto de ello, lo que se traduce en una afectación de la dignidad del ofensor mediante la focalización intensificada del reproche social, socavando su autoestima.

La analogía con los castigos coloniales parte de la base en que estos tenían por finalidad *castigar al ofensor*, excluyéndolo de la comunidad mediante la ridiculización y humillación, lo que además servía para notificar al resto de los ciudadanos del crimen cometido y su autor, gracias a lo cual la comunidad podía tomar las medidas de protección pertinentes. El Registro Público es el equivalente en la modernidad: difundir la identificación y las características personales del ofensor, en todo momento y sin necesidad de justificación, para que la comunidad pueda protegerse, pero también para que otros los humillen y avergüencen, debido a los caracteres propios del mecanismo utilizado para llevar a cabo este fin[443].

Ahora bien, existe una diferencia significativa entre realizar la búsqueda de una información particular –*disponible*- relativa a una persona en específico y la posibilidad de ingresar, sin restricciones y vía internet, a *toda* la información relativa a *todos* los agresores registrados[444]. En virtud de ello, difiere el conjunto de información concentrado y recopilado en un centro unificado de gestión de datos (véase acceder a *un* Registro) de aquella que se encuentra distendida y desconectada entre sí, almacenada en lugares distintos (véase en el Conservador de Bienes Raíces y en el Registro Civil). Y pese a que esta última información pueda tener un carácter *público*, tradicionalmente se ha demostrado preocupación por una eventual afectación correlativa a la privacidad del registrado, como el hecho de que la dirección de domicilio de un ofensor se encuentre disponible para el resto[445].

En armonía con lo expuesto, los *nuevos modelos de registro* rememoran históricas formas comunes de castigo, como la imposición de condiciones en *probation* o *supervised release*[446], en tanto

[441] John Doe v. State of New Hampshire, 111 A.3d 1097 (2015)
[442] ROBLES PLANAS, R. 2007. *op.cit.* p.17
[443] John Doe v. State of New Hampshire, 111 A.3d 1097 (2015)
[444] Doe *v.* Department of Public Safety and Correctional Services Nº125. Court of Appeals of Maryland. Cita 20., p.37
[445] LOGAN, W. 2011b. *op.cit.* p.39
[446] Wallace v. State, 905 N.E.2d 380 (Ind.2009)

producen esencialmente los mismos efectos en el *registrado*. La jurisprudencia ha entendido que tanto la libertad vigilada como el encarcelamiento, son formas de una sanción criminal dictada por un tribunal[447]. A los agresores se les imponen obligaciones, como reportarse cada cierto tiempo ante una autoridad policial, notificar cambios de domicilio, entregar información personal, algunas altamente personales, evitar la concurrencia de ciertos lugares en donde exista presencia de menores. Si el ex condenado incumple, se arriesga a una pena de privativa de libertad[448]. En forma análoga, en *probation* y en *parole,* como consecuencia de una condena penal, la persona debe reportarse ante la autoridad y cumplir condiciones que no son impuestas al resto de los ciudadanos.

Este tema también es tratado en «Smith *v.* Doe»*,* siendo relevante las siguientes consideraciones:

(a) El Juez SOUTER, en su voto concurrente, afirmó que la difusión de información personal del ofensor, no sólo servía para poner en conocimiento de esta al público, sino también para humillar al registrado y provocar su ostracismo, lo que se asemejaba a castigos vergonzosos utilizados históricamente[449].

(b) El Juez STEVENS, en su voto disidente, sostuvo que el acta imponía obligaciones significativamente importantes y un severo estigma sobre las personas que se aplica*,* lo que se manifestaba en el hecho de que un individuo condenado por un delito sexual *no* agravado, debía entregar una cantidad excesiva de información personal –dirección del empleo y empleador, licencia de conducir, modelo de automóvil utilizado, foto, tratamientos médicos, descripción física-, al menos por 15 años. Además, no podían afeitarse, cortarse el pelo, cambiar de empleo o solicitar un automóvil sin reportar estos eventos a las autoridades[450]. Estableciendo un símil con las obligaciones y limitaciones impuestas en la liberación supervisada y libertad condicional, concluyó que el estatuto afectaba incuestionablemente el derecho de libertad protegido constitucionalmente[451].

(c) La Jueza GINSBURG, en su voto disidente, señaló que el régimen de Registro y notificación pública, comparable a las condiciones de la *liberación supervisada* o la libertad condicional, permitía la difusión del rostro del registrado junto a la etiqueta de «ofensor sexual

---

[447] Doe *v.* Department of Public Safety and Correctional Services Nº125. Court of Appeals of Maryland p.32 / Wallace v. State, 905 N.E.2d 380 (Ind.2009) / John Doe v. State of New Hampshire, 111 A.3d 1096 (2015)
[448] Doe *v.* Department of Public Safety and Correctional Services Nº125. Court of Appeals of Maryland p.33
[449] Smith *v.* Doe, 538 U.S. 84 (2003) p.109
[450] Smith *v.* Doe, 538 U.S. 84 (2003) pp.110-111
[451] Smith *v.* Doe, 538 U.S. 84 (2003) p.111

registrado», lo que rememoraba castigos humillantes y vergonzosos, los cuales eran utilizados a través de la marca del infractor para que este fuese rechazado[452].

En doctrina, ZUGALDÍA asevera que la medida consistente en ofrecer información a la sociedad de la ubicación o identidad de los ofensores sexuales, para que los ciudadanos puedan adoptar medidas oportunas, parecen sacadas de otras épocas, por su carácter infamante, vergonzante, humillante o estigmatizador[453].

BEDARF sostiene que en la América colonial, los mecanismos humillantes eran formas familiares de castigo, los cuales se llevaban a cabo mediante etiquetas identificativas, como ropas distintas, siendo el propósito humillar al ofensor ante la comunidad. Luego, afirma que los modelos de notificación comunitaria presuponen la idea de identificar al ofensor ante la comunidad[454].

BERENGUER MEGALE asevera que se ha señalado que los registros son la moderna *Letra Escarlata*, símbolo literal de la marginación[455] y que históricamente se han utilizado símbolos de vergüenza, de impureza y contaminación para fortalecer la división entre los vivos y los *socialmente muertos,* mismos símbolos que son utilizados hoy en día para marginalizar a los agresores sexuales[456]

En el plano nacional, VERA VEGA sindica a la publicación de listas de «maltratadores» o «delincuentes sexuales» como una manifestación del renacimiento de las penas infamantes, siendo una muestra de aquello la ley Nº 20.594 de nuestro país, la cual crea inhabilidades para condenados por delitos sexuales contra menores y establece el registro de las mismas[457]

Por último, la doctrina comparada, predominante en España y el resto de Europa, considera que la publicidad de las condenas es un castigo degradante[458].

---

[452] Smith *v.* Doe, 538 U.S. 84 (2003) pp.115-116

[453] ZUGALDÍA, J.M., 2009. Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena. Revista Derecho Penal y Criminología. 3º Época (1). p.208

[454] BEDARF, A. 1995. *op.cit.* p.911

[455] BERENGUER MEGALE, E. 2011. *op.cit.* p.23

[456] *Ibíd.* p.30

[457] VERA VEGA, J. 2012. Algunas notas sobre el programa político-criminal de la constitución a la luz de los nuevos modelos políticos-criminales. Revista de Derechos Fundamentales. Universidad Viña del Mar. 8. p.188

[458] JACOBS, J. y LARRAURI, E. 2010. ¿Son las sentencias públicas? ¿Son los antecedentes penales privados? Una comparación de la cultura jurídica de Estados Unidos y España. Barcelona. InDret Revista para el análisis del Derecho. 4. p.39

4.1.2.1.3. Finalidad de la norma presupone constatar que el individuo era consciente de los efectos perjudiciales de su conducta

La existencia de un requisito que exija la actuación dolosa de un individuo, es considerado habitualmente un elemento importante para distinguir entre estatutos penales y civiles. De esta forma, si una sanción no está conectada con la finalidad de demostrar el *mens rea,* es menos probable que su intención sea punitiva[459]. En las leyes relativas a los Registros y sistemas de notificación no suele proceder la responsabilidad objetiva, dado que el comportamiento doloso es una exigencia común para imponer una condena en los delitos sexuales.[460] Si bien existen excepciones, esto no implica que la intención sea *civil.* Por lo tanto, tal como concluye la *Corte Suprema* de Indiana[461], este factor inclina la balanza a una consideración *punitiva* de los Registros, aunque sólo marginalmente, ya que el peso que se le ha reconocido como factor es menor[462].

4.1.2.1.4. Aplicación exclusiva al comportamiento criminal tipificado

El presente factor entiende que si un estatuto se aplica sólo respecto de conductas que ya son, exclusivamente, crímenes o delitos, entonces debe concluirse que los efectos de la ley con punitivos[463]. De esta forma, en el supuesto de que la condena sea el presupuesto necesario para la procedencia de las cargas registrales, estaría satisfecha la exigencia para considerar los efectos de los Registros como punitivos. Si bien existen mecanismos registrales que no siempre presuponen una *condena,* como el de Washington, el cual también contempla la inclusión de aquellos individuos que fueron acusados, pero declarados inimputables con posterioridad[464], esta no es regla general, dado que en la mayoría se deberá acreditar la culpabilidad de un individuo e imponer, consecuentemente, una condena. Por ello, es posible concluir que los Registros son punitivos en sus efectos[465].

En «Smith *v.* Doe», el juez STEVENS (voto disidente) consideró que las consecuencias derivadas de los registros eran sanciones punitivas, dado que presentan tres características que las

[459] Wallace v. State, 905 N.E.2d 381 (Ind.2009)
[460] Wallace v. State, 905 N.E.2d 381 (Ind.2009)
[461] Wallace v. State, 905 N.E.2d 381 (Ind.2009)
[462] John Doe v. State of New Hampshire, 111 A.3d 1098 (2015)
[463] Wallace v. State, 905 N.E.2d 381 (Ind.2009)
[464] Wallace v. State, 905 N.E.2d 382 (Ind.2009)
[465] Wallace v. State, 905 N.E.2d 382 (Ind.2009)

civiles no poseen: (i) implican una severa privación de la libertad del registrado; (ii) son impuestas a todo individuo que ha cometido un delito de gravedad y (iii) sólo se imponen a los agresores sexuales[466]. Bajo esta normativa, en consecuencia, la condena es una condición necesaria y suficiente para la procedencia de la sanción[467], siendo las obligaciones de registro y notificación parte del castigo del individuo[468].

4.1.2.1.5. Ley excesiva en relación a un propósito alternativo

Se ha considerado que los estatutos en la materia tienen conexión a un propósito no punitivo, entendiéndose que el objetivo –formal- de las leyes de registro y notificación sería la protección del público ante los agresores sexuales reincidentes[469]. Consecuentemente, para resolver si una ley es punitiva, cabe consultar si en su necesaria aplicación, la normativa resulta *excesiva* en relación a su expreso propósito no-punitivo. Esta lógica da cuenta que, si los medios elegidos por una normativa para llevar a cabo su propósito *civil no-punitivo* no resultan ser una elección *razonable,* entonces a ley debe ser considerada *punitiva en sus efectos*, lo que ameritaría obviar su intención legislativa[470].

En este punto, resulta relevante establecer que actualmente, para efectos de la clasificación de los agresores sexuales, en los registros predomina el criterio de la *gravedad del delito* por sobre la determinación del *riesgo individual*[471]. Conforme a este, no existen las instancias para que los ofensores sexuales puedan presentar evidencia que den cuenta de su rehabilitación o sus avances terapéuticos, lo que les permitiría reducir la extensión de las obligaciones del registro y la duración de las mismas. De esta forma, si la difusión de la información debe ser funcional al propósito legitimado -proteger al público- entonces llevar a cabo el proceso de registro y notificación respecto de individuos que no representan actualmente un verdadero *peligro* para la comunidad, desborda dicha finalidad. Además, esto implicaría una transferencia en la gestión de la

[466] Smith *v.* Doe, 538 U.S. 84 (2003) p.112
[467] Smith *v.* Doe, 538 U.S. 84 (2003) p.112
[468] Smith *v.* Doe, 538 U.S. 84 (2003) p.113
[469] Wallace v. State, 905 N.E.2d 383 (Ind.2009)/ Smith *v.* Doe, 538 U.S. 84 (2003) pp.102-103 / John Doe v. State of New Hampshire, 111 A.3d 1099 (2015)
[470] CARPENTER, C. y BEVERLIN, A. 2012. *op.cit.* p.1117
[471] *Ibíd.* p.1117

determinación del riesgo hacia los individuos que componen la comunidad, los cuales no se encuentran en condiciones de analizar los niveles de peligrosidad de los ofensores registrados[472].

En «Smith *v.* Doe», el Juez SOUTER, en lo que respecta al *propósito* del Acta, sostuvo que el Registro fue diseñado primordialmente para prevenir la reincidencia de los agresores sexuales y facilitar las investigaciones policiales. Pese a ello, el registro imponía las obligaciones en función del delito cometido, por lo que quedaban afectos a sus normas individuos que no representaban un peligro actual para la sociedad. En consecuencia, el propósito ulterior del Acta parecía revisitar crímenes pasados y no prevenir los futuros[473].

En la misma causa, la Jueza GINSBURG (voto disidente) señaló que lo definitivo en la balanza de la delimitación de la naturaleza jurídica de los Registros y sistemas de notificación, es lo *excesiva* que resultaba el Acta en relación con el propósito no-punitivo que pregona. Tal como señalaron los demandados, el Acta tenía un propósito civil legítimo: promover la seguridad pública alertando a la comunidad de la presencia de ofensores sexuales potencialmente reincidentes. Sin embargo, los alcances de la normativa eran notablemente *excesivos respecto de dicho propósito*, puesto que se aplica a todos los agresores, sin determinar la futura peligrosidad de cada uno de ellos[474]; la duración del Registro no estaba determinada por el riesgo de reincidencia del ofensor, sino por el delito condenado y lo más importante, la ley no preveía la posibilidad de rehabilitación, ya que los delincuentes no podían disminuir el período de registro o notificación, aun cuando se demostrase que esta se produjo[475].

En similar sentido, CARPENTER sostiene que el hecho de que los registros no proporcionen una evaluación individualizada del riesgo de reincidencia, da cuenta de una manifestación de lo excesiva que resulta la normativa en función de un *propósito no punitivo*[476]. La aplicación indiscriminada y axiomática de estas medidas a todos los ofensores sexuales, sólo en función de un criterio formal como lo es la entidad del delito, promueve el mensaje a la comunidad de que todos los registrados son portadores de un idéntico quantum de peligrosidad, lo cual es insostenible. En este punto, es donde CARPENTER identifica el defecto fundamental de las herramientas en comento: dado que las leyes de registro y sistemas de notificación resultan *sobre inclusivas* (en términos del universo de individuos potencialmente afectos a sus

[472] McDONALD, D. 2004. *op.cit.* p.397
[473] Smith *v.* Doe, 538 U.S. 84 (2003) p.109
[474] Smith *v.* Doe, 538 U.S. 84 (2003) p.116
[475] Smith *v.* Doe, 538 U.S. 84 (2003) p.117
[476] CARPENTER, C. y BEVERLIN, A. 2012. *op.cit.* p.1119

requerimientos), esto conlleva que sean excesivas en cuanto a su propósito civil declarado y por tanto, de efectos punitivos[477].

4.1.2.1.6. Conclusión del examen

Conforme al análisis que se ha realizado, los factores del test «Mendoza-Martínez» permiten afirmar que los efectos y consecuencias de los Registros Públicos tienen un carácter punitivo tal capaz de controvertir la finalidad *no punitiva* formalmente declarada en las normativas que rigen la materia. De esta forma, se ven satisfechos los factores de (i) efectiva incapacidad o restricción, (ii) la consideración de los Registros asimilables a castigos históricos; (iii) la exigencia de la normativa en lo que respecta a constatar que el individuo era consciente de los efectos perjudiciales de su conducta; (iv) la aplicación exclusiva al comportamiento criminal tipificado y (v) el exceso de la ley en relación al propósito no punitivo que pregona.

Por último, en cuanto a los criterios de la jurisprudencia estadounidense, los principales argumentos a favor de la naturaleza civil de los Registros (en particular, el de Alaska) versan sobre un registro diseñado previo a la nueva normativa regulatoria que rige en el país indicado, la cual comenzó a regir en el año 2006. Es por ello que el examen realizado por la *Corte Suprema* en dicho caso, hoy en día resultaría insuficiente para efectos de justificar la naturaleza civil. En este sentido, los tribunales estadounidenses paulatinamente han ido cambiando de criterio en lo que respecta a la naturaleza *jurídica* de los Registros, teniendo en consideración los efectos perniciosos y devastadores que se producen en los ex condenados. Desde el año 2009 en adelante, las *Cortes Supremas* de Indiana, Maine y Ohio han llegado a la conclusión de que los Registros, en los términos más extendidos, no pueden ser considerados como una «regulación civil»[478].

[477] *Ibíd.* p.1120
[478] *Ibíd.* p.1130

4.1.2.2. Sanción vergonzosa[479]

4.1.2.2.1. Alcances conceptuales

En la actualidad, se ha producido un resurgimiento de las *shameful sanctions,* las cuales han sido propuestas como la solución para hacer frente a determinados delitos y a un cierto tipo de ofensores[480]. Según PÉREZ TRIVIÑO, estas sanciones se caracterizan por (i) la participación del grupo social o de la víctima del delito en su ejecución; (ii) el contenido del castigo implica, para el afectado, una privación en la disposición de bienes, tales como la propiedad o la libertad de movimiento, en donde lo medular de estas medidas es que el *individuo afecto* es colocado en una situación que causa vergüenza[481]. En su concepto, los castigos «avergonzantes» serían "aquellos impuestos por la autoridad judicial, que cuentan con la participación de un grupo social (o víctima del delito) en su aplicación en los que se coloca al condenado en una situación que normalmente provoca vergüenza"[482]. Para complementar esta definición, cabe mencionar que este tipo de sanciones tienen por *finalidad* la producción de una emoción específica, la vergüenza, a diferencia de otro tipo de penas, como la privación de libertad o la multa, en donde la producción de un sentimiento es meramente contingente[483].

En la literatura nacional, CURY entiende por «penas infamantes» aquellas que afectan el honor del individuo sujeto a la pena, y las cuales tienen por propósito poner al «delincuente» en evidencia frente al grupo social, para que este pueda precaverse de las tendencias criminales del primero[484].

---

[479] En doctrina, se ha utilizado el concepto «vergonzante» para hacer referencia a este tipo de sanciones (véase Pérez Triviño "El renacimiento de los castigos vergonzantes"). Sin embargo, considero que el término que debiese ser utilizado es *vergonzoso,* el cual difiere de *vergonzante* y sería un error tratarlos como sinónimos. Según la RAE, el concepto *vergonzante* es un adjetivo, dicho de una persona que siente vergüenza, especialmente referido a quien pide limosna con cierto disimulo o encubriéndose. Por su parte, conforme a la RAE, *vergonzoso* significa *que causa vergüenza.* Por lo tanto, la pena o sanción no tiene un carácter «vergonzante», puesto que este adjetivo es aplicable al individuo que siente vergüenza, pero sí sería *vergonzosa,* esto es, que causa vergüenza. Lo señalado, está en concordancia con el hecho de que en inglés, este tipo de sanciones son referidas como «shameful sanctions» en donde la traducción de *shameful* es *vergonzoso,* mientras que *shamefaced* es el término en inglés de *vergonzante.*

[480] PÉREZ TRIVIÑO, J.L. 2001. El renacimiento de los castigos avergonzantes. Isonomía Nº15. Octubre. p.194

[481] *Ibíd.* p.195

[482] *Ibíd.* p.195

[483] CONTESSE SINGH, J. 2007. Consideraciones acerca de la relación entre reproche penal y pena: el caso del "shaming punishment" en la práctica punitiva norteamericana. REJ Revista de Estudios de la Justicia. 9. p.247

[484] CURY, E. 2009. Derecho Penal: Parte General. Santiago de Chile. Ediciones UC. p.701

4.1.2.2.2. Clasificación

PÉREZ TRIVIÑO distingue tres tipologías de sanciones «vergonzosas» -en mi concepto-, a saber: (i) aquellas que pretenden estigmatizar al condenado; (ii) aquellas que promueven la degradación del condenado a través de la imposición o rituales que normalmente tienen esa consecuencia y (iii) las penas que persiguen el arrepentimiento del condenado[485].

En un similar sentido, CONTESSE afirma que la doctrina ha distinguido al menos cuatro tipo de penas deshonrosas:

En primer lugar, la (a) *publicidad estigmatizadora,* en las cuales las sanciones se encuentran dirigidas a magnificar la humillación inherente al momento de la condena, a través de la publicitación del *status* de condenado al resto de la comunidad (véase la publicación de la individualización del condenado en diarios o revistas)[486].

En segundo lugar, se encuentra la (b) *estigmatización estricta o literal,* en donde la sanción consiste en el que condenado debe portar algún accesorio que provoque su ridiculización (véase adhesivos en los automóviles de individuos condenados por conducción en estado de ebriedad)[487].

Una tercera categoría es la (c) *exposición pública,* en donde se realizan ceremonias o rituales que deshonran públicamente al condenado (véase portar una pancarta que indique la pena impuesta)[488].

La cuarta categoría son las (d) *disculpas públicas o reconocimiento,* en donde el condenado hace pública, a través de distintos medios, su arrepentimiento por la comisión del delito[489].

4.1.2.2.3. Registros públicos como sanciones vergonzosas

Conforme a las distinciones taxonómicas señaladas, los Registros Públicos se encuadran en aquellas medidas *vergonzosas* que tienen por objetivo *estigmatizar* al condenado a través de la *infamia*, por la cual cabe entender *la pérdida del buen nombre y reputación que tiene un hombre entre los*

485 PÉREZ TRIVIÑO, J.L. 2001. *op.cit.* pp.195-197
486 CONTESSE SINGH, J. 2007.*op.cit.* p.245
487 *Ibíd.* p.246
488 *Ibíd.* p.246
489 *Ibíd.* p.246

demás con quienes vive[490]. LOGAN refiere que se ha reconocido que el *estigma social* es una consecuencia de la condena criminal[491].

En el contexto de las sanciones, POSNER entiende que «vergüenza» es aquella que sufre el infractor de una norma, cuando siente que su acción lo ha *rebajado* ante sus propios ojos o del resto de los individuos[492]. En consecuencia, la sensación de vergüenza se encuentra condicionada, en parte, por la percepción que se forman los terceros respecto del actuar de una persona. Sin embargo, esto no implica necesariamente que sea una percepción efectivamente concretizada, en tanto el infractor también puede sentir vergüenza cuando no es descubierto, mediante un ejercicio de proyección hipotética de la reacción que *podrían llegar a tener* los terceros, en el supuesto de que hayan adquirido conocimiento de la acción o del comportamiento basal sujeto a reproche.

El autor, además, asevera que una persona puede sentirse *avergonzada* por la realización de conductas que no violan un código moral personal, sin que exista propiamente una sensación de culpa. Ejemplo de ello, es que en la Revolución Cultural en China, personas contrarias al régimen desfilaron con orejas de burro por las calles, y pese a que no sintieran culpa por haber violado el código de un régimen al cual desaprobaban, sí sintieron *humillación*. De ello, POSNER entiende que la humillación es una forma de la vergüenza y esta última, por si misma, sería una *sanción puramente externa por la violación de un código moral*[493]. POSNER, conforme al *análisis económico del derecho,* sostiene la eficiencia de la medida para efectos de lograr la prevención. Cabe señalar que si bien no se puede prescindir de una herramienta que permite guiar la imposición de medidas con el menor costo social, esta no sólo se puede remitir a una base puramente «eficientista» de carácter económico, dado que también se debe considerar el respeto a la persona y su dignidad.[494]

Establecida *en abstracto* la proposición de la naturaleza punitiva de los Registros, pese a la atribución formal de una finalidad civil, ahora cabe analizar si la aptitud punitiva tiene consecuencias prácticas en las que se materialice el castigo *vergonzoso* o *denigrante*.

Bajo mi perspectiva, no cabe entrar (por ahora) en un examen concreto respecto de si la eficacia preventiva es satisfecha o no, dado que aun lográndose esta, no se puede desproveer al Registro Público de un *carácter vergonzoso,* en el supuesto de que también se verifiquen consecuencias adversas para el registrado. La calificación de una medida sancionatoria como

---

490 HERRERA, M. 2004. p.96
491 LOGAN, W. 2013. Informal collateral consequences. Washington Law Review. 88. p.1106
492 POSNER, R. y RASMUSEN, E. 1999. Creating and Enforcing norms, with special reference to sanctions. International Review of Law and Economics 19. p.371
493 *Ibíd.* p.371
494 CARNEVALLI, R. 2008. *op.cit.* p.28

«vergonzosa», y por ende punitiva, no puede verse excluida por un formalismo como lo es la indicación ex ante de una naturaleza funcional a una determinada finalidad –en este caso, prevención y protección del público- que hasta ese momento está abstraída de la verificación práctica. En mi entendimiento, una medida será «vergonzosa» si produce tal efecto, lo cual no necesariamente es excluyente con la *finalidad* que se busque adosar a la medida. De esta forma, no se puede sostener que, dado el fundamento preventivo que se le atribuye al Registro, se debe descartar lo *vergonzoso de la medida* y simplemente reducir sus consecuencias a una co-lateralidad (necesaria) del propósito establecido ex ante. Tal como se ha señalado en los parágrafos precedentes, el método «Kennedy *v.* Mendoza-Martínez» permite dilucidar que los Registros Públicos pueden tener un *propósito* preventivo pero su *naturaleza* es propiamente denigrante, vergonzosa y humillante, caracteres propios de una sanción punitiva. Y cabe comprender que el *propósito* excede a la naturaleza, por tanto se encuentra en un plano deóntico, mientras que *lo* «vergonzoso» en el plano ontológico.

Por tanto, el carácter «vergonzoso» de la medida debe estar sujeto estrictamente a las consecuencias de las cuales es apta producir, por más que en términos puramente nominales, dicha aptitud (potencialmente) *vergonzosa* no se encuentre incluida en la formula atributiva de un propósito por cumplir. Si (hipotéticamente) se planteara que, para *prevenir* la reincidencia de los ofensores sexuales, estos tendrán que deambular públicamente con un cartel que señale su condición de condenados, la medida, por más que se encuentre fundada en la prevención, no puede evadir su naturaleza estigmatizadora.

Idéntica lógica opera para el propósito de *protección de la comunidad*. En el caso «John Doe *v.* Department of Public Safety and Correctional Services»[495], el Estado de Maryland afirmó que su registro de ofensores sexuales tenía un *carácter no punitivo dado que su propósito era la protección de los menores de edad y el público ante los delincuentes reincidentes*[496]. Ante ello, la *Corte de Apelaciones* de Maryland sostuvo que la protección del público también era uno de los propósitos del encarcelamiento, pero ello no quitaba el carácter punitivo de la sanción. Luego, en similar sentido a lo que se ha expuesto, señaló que el hecho de que un determinado procedimiento o materia en específico, o en este caso particular, el Registro sea etiquetado como «civil» en lugar de «criminal»,

[495] Doe *v.* Department of Public Safety and Correctional Services Nº125. Court of Appeals of Maryland
[496] Doe *v.* Department of Public Safety and Correctional Services Nº125. Court of Appeals of Maryland p.30

no necesariamente lo elimina del ámbito de la prohibición *ex post facto*, la cual rige las normas penales[497].

4.2. Dado su carácter punitivo, ¿pena o medida de seguridad?

Habiendo sostenido que los Registros tienen una naturaleza *punitiva*, cabe resolver si constituyen propiamente una *pena* -diversa de la privación de libertad- o bien una *medida de seguridad.*

4.2.1. Sistema de penas y medidas de seguridad

ZUGALDÍA sostiene que las penas y medidas de seguridad no se diferencian por su fundamento –dado por la *necesidad*- ni por su finalidad preventiva –la cual se persigue de formas diferentes respectivamente-. Por tanto, el criterio de distinción son sus límites: mientras la pena es una sanción limitada por el principio de culpabilidad, las medidas de seguridad lo son por el principio de proporcionalidad[498].

Según la procedencia aplicativa de las penas y las medidas de seguridad, los ordenamientos jurídicos han desarrollado modelos de consecuencias *monistas* y *dualistas*. Sintéticamente, las posiciones *monistas* proponen sistemas penales basados exclusivamente en –sólo- la pena (prolongada) o sólo la medida de seguridad, mientras que las posiciones *dualistas*, abogan por la aplicación de penas más medidas[499].

Las teorías *monistas* han sido objeto de críticas por su falta de concreción y los riesgos que conllevan para la seguridad jurídica. En este contexto, también se han esbozado proposiciones monistas que abogan por la pena como *única* reacción penal[500]. Dentro de estas, destaca el llamado *nuevo monismo*, caracterizado en su versión más moderna[501] por reconocer a la pena y a la medida de seguridad como sanciones ampliamente fungibles, particularmente en el sistema vicarial, en

[497] Doe *v.* Department of Public Safety and Correctional Services Nº125. Court of Appeals of Maryland p.30
[498] ZUGALDÍA, J.M., 2009. *op.cit.* p.201
[499] TAPIA BALLESTEROS, P. 2013. Las medidas de seguridad. Pasado, presente y ¿futuro? De su regulación en la legislación chilena y española. Política Criminal. 8(16) Art.7. p.575
[500] SÁNZ MORÁN, A.J. 2007. *op.cit.* p.3
[501] *Ibíd.* p.3

donde operan *alternativamente* y *sustituyéndose la una a la otra;* y además, por dotarle el contenido de la medida seguridad a la pena, rodeando a la primera con las garantías de la segunda[502].

En el modelo *dualista* -que se ha impuesto en la discusión actual[503]- el Derecho Penal reacciona mediante una doble vía: (i) la *pena* y (ii) las *medidas de seguridad*. La doctrina mayoritaria y gran parte de las legislaciones entienden que es posible imponer de manera conjunta y copulativa ambas reacciones (pena + medida de seguridad), en aquellos casos de individuos respecto de los cuales se pueda afirmar, además de su culpabilidad, un juicio de peligrosidad[504]. En consecuencia, bajo este modelo, el tratamiento del delincuente habitual operaría mediante la ejecución, tras el cumplimiento de la pena impuesta por el delito cometido, de una *medida de corrección* o *de seguridad.*

Cabe señalar que el sistema de doble vía *no* aboga por la aplicación de *pena* o *medida seguridad* según concurra o no la culpabilidad respectivamente: al contrario, la pena es potencialmente aplicable a los autores culpables, mientras que la medida de seguridad opera respecto de individuos *peligrosos,* sean o no capaces de la culpabilidad[505]. En este contexto, se ha sostenido que la *psicopatía* (presente en muchos casos de los delitos sexuales) es un trastorno de la personalidad y *no* un trastorno mental, lo que implicaría que por regla general no se estaría en el ámbito de los sujetos inimputables[506]. TAPIA entiende que tiene cabida la acumulación de penas y medidas de seguridad para determinados sujetos imputables, siempre que no sea una *imposición automática* y esté basada en la peligrosidad del individuo que ha cumplido la pena[507].

4.2.2. El Registro y la notificación comunitaria como medida de seguridad

Para esclarecer la naturaleza de esta miscelánea figura, HERRERA señala que debe verificarse si los Registros buscan el cumplimiento de las clásicas finalidades punitivas o si tienen por propósito objetivos *asegurativos* y *reeducativos,* propios de las medidas de seguridad[508]. La autora

[502] ZUGALDÍA, J.M., 2009. *op.cit.* p.201
[503] SÁNZ MORÁN, A.J. 2007. *op.cit.* p.3
[504] MALDONADO, F. 2011. ¿Se puede justificar la aplicación copulativa de penas y medidas de seguridad? Estado actual de las posiciones doctrinales que buscan dicho objetivo. Política Criminal. 6(12). p.388
[505] ZUGALDÍA, J.M., 2009. *op.cit.* p.202
[506] GONZÁLEZ-GÓMEZ, G. y GONZÁLEZ-CHÁVEZ, M. 2007. La teoría criminalística en la individualización de la pena [en línea] Cinta Moebio. 29. <www.moebio.uchile.cl/29/gonzalez.html> [consulta: 28 enero 2017] p.201
[507] TAPIA BALLESTEROS, P. 2013. *op.cit.* p.595
[508] HERRERA, M. 2004. *op.cit.* p.104

refiere que el sistema de registro y notificación se encuentra vinculado a la idea de *peligrosidad criminal*[509], concepto del cual distingue tres vertientes:

(i) Las *abstractas condiciones de peligrosidad* son el presupuesto básico para la procedencia de la reacción penal, entendida como la consecuencia jurídica. No se corresponde con un juicio individualizado ni *ex post* del individuo en particular que cometió un delito sexual, sino que es la imputación de peligrosidad a la *categoría* del criminal sexual, lo que justifica la imposición de una medida («inocuizadora») en contra de dicho conjunto[510].

(ii) La *peligrosidad criminal en la determinación individualizada de la consecuencia jurídica* corresponde al pronóstico de peligrosidad criminal deducido tanto del hecho, como de las circunstancias personales del sujeto. El pronóstico no opera como *base de la imposición de la medida,* mas si como un ajuste del alcance y extensión de esta[511]. HERRERA asevera que el antecedente delictivo se difumina, por lo que se impone el pronóstico de *peligrosidad social* del infractor[512].

(iii) La *peligrosidad calibrada* opera en el plano de la ejecución como la materialización de una *marca de peligrosidad,* siendo el medio punitivo infamante para individualizar al infractor, tal como lo hacen las cadenas, los atuendos distintivos o las pegatinas exculpatorias[513].

Según lo expuesto, HERRERA concluye[514] que el presupuesto de la consecuencia jurídico-penal es la *peligrosidad adscrita* al agresor sexual (de menores, en su análisis) y no la culpabilidad manifestada en la comisión del delito, por lo que entiende el registro y la notificación comunitaria como una *medida de seguridad complementaria a la pena, de carácter inocuizador*[515]. En este sentido, la doctrina es conteste en que la fundamentación de las medidas de seguridad es la peligrosidad del sujeto que lleva a cabo un comportamiento delictivo, frente a la culpabilidad propia de las penas[516].

---

[509] *Ibíd.* p.105
[510] *Ibíd.* p.105
[511] *Ibíd.* p.106
[512] *Ibíd.* p.107
[513] *Ibíd.* p.107
[514] La autora sostiene que sólo en un sentido convencional y en pro de la seguridad científica, vale admitir que los registros y sistemas de notificación son una medida de seguridad de índole «inocuizadora», que descansa en criterios de peligrosidad delictual. Tras el análisis de las finalidades de los Registros, da cuenta de que están destinadas también a imputables y que tienen presentes tanto aspectos de retribución como de prevención general (*Ibíd.* p.113)
[515] *Ibíd.* p.107
[516]TAPIA BALLESTEROS, P. 2013. *op.cit.* p.576

En armonía con lo expuesto, las definiciones doctrinarias de las *medidas de seguridad* cuentan con un presupuesto común: la adscripción de la finalidad de evitar la comisión de delitos futuros por parte de individuos considerados peligrosos[517].

LANDROVE señala que las *medidas de seguridad* consisten en la privación de bienes jurídicos y tienen como fin evitar la comisión de delitos, aplicándose en función del *sujeto peligroso*; VAELLO ESQUERDO, en similar sentido, también define a la *medida de seguridad* como una privación de bienes jurídicos, la cual es impuesta coactivamente por el Estado a quien ha delinquido previamente y es considerado peligroso, para evitar que cometa futuros delitos[518]. Además, en doctrina existe unanimidad en que las *medidas de seguridad* y la *reinserción social* serían las respuestas jurídico-penales más óptimas para aquellas personas que han cometido un delito y son cualificadas como peligrosas[519].

Históricamente, las *medidas de seguridad* surgieron para sustituir a la pena, pero también como complemento de la misma, cuando esta resultase insuficiente[520]. Sustancialmente, fueron concebidas como reacciones destinadas a educar, corregir y conseguir que el infractor se torne inofensivo[521]. La Escuela Positivista italiana las propuso como una alternativa absoluta a la pena, partiendo de la premisa de que ningún ser humano es responsable de su conducta, dado que las personas son determinadas genética o socialmente para delinquir[522]. De esta forma, ante un individuo que se encontraba predeterminado a actuar delictivamente, la intervención consistía en un tratamiento dirigido a corregir su comportamiento o bien, a *inocuizarlo*, lo que da cuenta de la función *preventivo-especial* que se les asocia.

SANZ MORÁN busca resolver si la pena está en condiciones de asumir con carácter exclusivo todas las exigencias derivadas de la prevención especial. Sostiene que el tratamiento ante el llamado «delincuente habitual» se lleva a cabo a través de la pena o bien mediante el sistema binario de pena-medida[523]. En el sistema *dualista*, al individuo se le impone una pena y una vez que ha cumplido esta, basado en la prevención y la seguridad ciudadana se le requiere que continúe sometiéndose al tratamiento o supervisión por las autoridades[524]. Entre estas últimas medidas,

---

517 MARCO FRANCIA, M.P. 2015. *op.cit.* p.222
518 *Ibíd.*, p.222
519 ARMAZA ARMAZA, E. 2011. *op.cit.* pp.185-186
520 SÁNZ MORÁN, A.J. 2007. *op.cit.* p.2
521 MEINI, I. 2013. La pena: función y presupuestos. Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho. p.158
522 TAPIA BALLESTEROS, P.2013. *op.cit.* p.575
523 SÁNZ MORÁN, A.J. 2007. *op.cit.* p.6
524 ROSARIO NIEVES, I. 2016. El Fraude de Etiquetas en la clasificación del registro de ofensores sexuales como "medida no punitiva". Revista Jurídica UPR. Vol.85(1). p.176

SANZ MORÁN asevera que se encuentran aquellas que tienen por propósito la *vigilancia de la conducta,* tales como la castración química o la publicación de los fallos de una lista de condenados, esto es, el *Registro público*[525].

Ante la lógica que permite la procedencia aplicativa de las medidas de seguridad respecto de individuos que, habiendo cumplido su condena, siguen siendo una alta fuente de peligro, ZUGALDÍA se pregunta por la licitud de imponer una medida de seguridad *complementaria* y *acumulativa* a la pena al autor que será excarcelado y del cual consta que no se ha rehabilitado, por lo que representa un grave peligro para la sociedad[526]. Precisamente, esa es la lógica de la naturaleza de los Registros Públicos, sin embargo, la procedencia suele ser axiomática, sin que exista un examen de rehabilitación. El autor señala expresamente que las medidas consistentes en ofrecer información a la sociedad de la ubicación o identidad del delincuente no son aceptables**,** debido a su carácter humillante o estigmatizador[527].

SALAT PAISAL, tras analizar las medidas post-penitenciaras aplicables a los ofensores sexuales –véase registros con sistemas de notificación y restricciones de residencia-, concluye que, aunque estas sean concebidas en el derecho norteamericano como medidas de naturaleza civil, la legislación española de *lege ferenda* debería considerarlas como *medidas de seguridad* y por lo tanto, *de naturaleza penal,* dado que con su imposición lo que se pretende es –al menos en teoría- evitar la comisión de nuevos delitos a través de la privación o limitación de derechos fundamentales[528].

Por su parte, SILVA SÁNCHEZ expone que desde la década de los 90', en Estados Unidos comenzó a primar una orientación «punitivista» e «inocuizadora» en el tratamiento de los agresores sexuales mediante la internación en centros psiquiátricos. Conforme a ello, identifica un nuevo modelo de consecuencias jurídicas para los «delincuentes sexuales»: si este es estimado peligroso, *tras* el cumplimiento de la pena se le impone una medida de seguridad acumulativa de «inocuización»[529]. Bajo este modelo *dualista*, refiere que existían otras medidas *adicionales* que tenían por propósito la neutralización del agresor sexual: medidas de supervisión y control post-condena; tratamientos hormonales y los *registros de ex delincuentes sexuales y sistemas de notificación*[530]. En este

[525] SÁNZ MORÁN, A.J. 2007. *op.cit.* p.6
[526] ZUGALDÍA, J.M., 2009. *op.cit.* p.203
[527] *Ibíd.* p.208
[528] SALAT PAISAL, M. 2015. *op.cit.*, p.32
[529] SILVA SÁNCHEZ, J.M. 2001. *op.cit.* p.703
[530] *Ibid.* pp.705-706

mismo sentido, ROSARIO NIEVES asegura que los Registros de condenados, son el "prototipo de una medida de seguridad copulativa"[531].

El Tribunal Supremo de Puerto Rico discutió acerca de la naturaleza de la inscripción en el Registro de Ofensores, en donde la mayoría de los jueces votó a favor de catalogarlo como una *medida de seguridad*[532]. En el caso *Pueblo* v. *Hernández García*, el juez Erick Kolthoff Caraballo sostuvo que la inscripción en el Registro constituye una *medida de seguridad,* la cual no surge propiamente de una ley penal pero es impuesta como *consecuencia* del incumplimiento de la ley penal, por lo que el Registro sería una exigencia contenida en la sentencia penal[533]. De esta forma, la opinión mayoritaria del Tribunal entiende que la inscripción al Registro es una consecuencia de la sentencia, lo que no implica que sea una *pena,* sino que tiene un carácter complementario el cual presupone un hecho delictivo[534]. Precisamente, la medida de seguridad es impuesta a determinados sujetos en razón de su *peligrosidad,* por lo que no busca restaurar el orden jurídico transgredido, sino asegurar la tranquilidad de la comunidad y proteger el orden público.

Bajo el entendimiento de los Registros como medidas de seguridad, es menester referir que estas últimas no tienen porqué conformar un *cuerpo homogéneo,* en tanto ya la concreta orientación de una medida hacia el tratamiento o aseguramiento conlleva problemas de *legitimidad* y *fundamento*[535]. Respecto de ellas, cabe establecer un presupuesto necesario para efectos de no confundirlas con la pena: toda medida de seguridad y –especialmente- las medidas privativas de libertad tienen un carácter *aflictivo*, pese a su propósito de reinserción y reeducación social, en tanto *limitan los derechos del sujeto sometido a tratamiento*[536]. Esta precisión es de suma relevancia, en tanto la aflicción no es el criterio delimitador entre medida de seguridad y pena, por lo que si el Registro cuenta con *carácter aflictivo,* de ello no se sigue que necesariamente sea una pena. Bajo esta lógica, los Registros serían una medida de seguridad en tanto el legislador entiende que el efecto rehabilitador de la pena no es suficiente para reducir o eliminar el riesgo de reincidencia, por lo que resulta necesario complementarlo con una medida que neutralice la *peligrosidad* del individuo infractor[537].

---

[531] ROSARIO NIEVES, I. 2016. *op.cit.* p.177
[532] *Ibíd.* p.170
[533] *Ibíd.* p.172
[534] *Ibíd.* p.173
[535] SÁNCHEZ LÁZARO, F. 2006. *op.cit.* p.151
[536] *Ibíd.* p.155
[537] TAPIA BALLESTEROS, P.2013. *op.cit.* p.591

En similar sentido, HERRERA advierte que la notificación comunitaria no tiene declarado un cariz retributivo, ni aspira o amenaza con la producción de un efecto aflictivo, ya que su fin declarado es la *protección de la infancia vulnerable*[538]. Sin embargo, más allá de la legitimación formal que refieren los Registros, sí sería posible identificar dos consecuencias aflictivas: (i) en primer lugar, los Registros suponen una segura restricción del derecho a la intimidad, cuyo alcance se encuentra supeditado a la peligrosidad baremada e (ii) implican la afectación de la dignidad y las libertades civiles a través de la acción «inocuizadora» de la ciudadanía. Este segundo elemento tiene un carácter aleatorio, ya que el daño social en el individuo puede variar de intensidad, según el grado relativo o de estimación propia o de cohesión en el entorno[539]. Debido a lo azaroso y eventual de la verificación del componente aflictivo, se podría sostener que los registros y los sistemas de notificación son medidas de seguridad que constituyen un "resorte asegurativo, cuyo fin directo no es producir sufrimiento alguno, aunque impliquen una restricción de bienes y derechos en la persona"[540].

Lo expuesto, tanto en términos doctrinarios como jurisprudenciales, permiten arribar a la conclusión que la naturaleza jurídica de los Registros y sistemas de notificación corresponde a una *medida de seguridad.*

4.3. Las consecuencias del Derecho Penal: fines punitivos de los Registros Públicos

Las leyes en materia de delitos sexuales, al igual que el resto de propuestas de justicia criminal, se encuentran sujetas a uno o más objetivos o intereses por satisfacer, a saber: (i) *incapacitación*, confinando al agresor para eliminar el potencial daño que es capaz de provocar; (ii) *retribución* o *castigo,* imponiendo sanciones que se entienden proporcionales a la gravedad del delito sexual cometido; (iii) *disuasión*, mediante la aplicación de una sanción severa para el individuo que pueda producir la abstención de comportamientos en otros agentes infractores; y (iv) *rehabilitación*, a través de tratamientos u otro tipo de intervenciones que modifiquen los factores de riesgo que inciden en el comportamiento sexual y con ello, controlar eventuales comportamientos

538 HERRERA, M. 2004. *op.cit.* p.109
539 *Ibíd.* p.109
540 *Ibíd.* p.110

reprochables[541]. Los fines legislativos referidos coinciden con las respuestas paradigmáticas del porqué se legitima la pena estatal.

4.3.1. Justificación de la reacción penal

En principio, las medidas de seguridad y las penas, pese a sus diferencias, comparten ser una *reacción penal* que no puede prescindir de fundamentos o finalidades[542]. En este sentido, si bien la medida de seguridad es un instrumento *diverso* a la pena, de todas formas puede satisfacer fines preventivos o retributivos. ROXIN afirma que el fin de la pena y la medida de seguridad no se diferencia en lo esencial, esto es, no difieren entre sí por el *objetivo*, sino en la *limitación*[543]. SILVA SÁNCHEZ señala que las diferencias entre un sistema monista (Estados Unidos) y dualista (Europa continental) desaparecen en función de la finalidad exclusivamente «inocuizadora» que define a la sanción penal[544]. Por su parte, HERRERA advierte que desde la perspectiva de los fines, la cercanía conceptual-doctrinaria de los objetivos preventivos de la pena y de la medida de seguridad, no sirven al mejor esclarecimiento de la auténtica condición del Registro y notificación comunitaria[545]. Dado que las medidas de seguridad son la consecuencia de cometer un hecho antijurídico que es tenido en cuenta para efectos de su imposición, se ha afirmado que su naturaleza tiene «algo» de sancionatoria[546]. Lo expuesto previamente, da cuenta de que la distinción entre medida de seguridad y pena, en lo que a sus respectivos fines se refiere, se ha diluido o relativizado notablemente[547].

A continuación, se buscará identificar los fundamentos punitivos que subyacen a los Registros y sistemas de notificación. Como se ha expuesto previamente, pese a que predomina la posición que considera a los Registros como una medida de seguridad, de todas formas es posible remitirse a las justificaciones de la pena para poder extrapolar sus principios básicos y analizar si algunas de estas posiciones paradigmáticas pueden dar cuenta de la justificación de los mecanismos objeto de análisis.

---

[541] U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. 2008a. *op.cit.* p.2
[542] ROBLES PLANAS, R. 2007. *op.cit.* p.14
[543] ROXIN, C. 1993. Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad. En: Varios autores. 1993. Determinación judicial de la pena. Buenos Aires. Editores dEL PUERTO. p.44
[544] ROBLES PLANAS, R. 2007. *op.cit.* p.4
[545] HERRERA, M. 2004. *op.cit.* p.108
[546] MEINI, I. 2013. *op.cit.*. p.159
[547] HERRERA, M. 2004. *op.cit.* p.109

4.3.2. Teorías de la Pena

En la actualidad, existe consenso en que tanto la pena como la medida de seguridad son las principales herramientas utilizadas por el Derecho Penal para efectos de cumplir sus fines[548]. Sintéticamente, las *teorías de la pena* buscan resolver las justificaciones adecuadas para explicar el fenómeno punitivo[549]. Si bien la relación entre la infracción de una norma de comportamiento y su consecuencia jurídica sancionatoria podría resultar una cuestión intuitiva, el debate que versa acerca de la legitimación de la respuesta penal debe dirigirse a resolver *cómo* y en *qué medida* esta puede repercutir favorablemente en el aseguramiento de la libertad y en el funcionamiento del sistema jurídico[550]. Cabe señalar que la discusión de las teorías de la pena se ha enfocado de forma exclusiva en la legitimación de la *pena de prisión,* desatendiendo el resto de modalidades que también componen el arsenal punitivo del Estado (véase restrictivas de libertad, de derechos y multas)[551].

4.3.2.1. Teorías absolutas

Para las teorías absolutas, la pena retribuye o expía la culpabilidad del autor[552], por lo que rechazan predicar una finalidad respecto de la realidad social[553]. La pena se encontraría *desvinculada* (lat. *absolutus* = «desvinculado») de un fin ulterior que sea empíricamente constatable, puesto que esta tendría un valor propio en sí misma, cuyo contenido se agotaría al irrogar un sufrimiento en quien haya quebrantado el Derecho[554]. En consecuencia, el contenido de las teorías absolutas tiene un carácter *retrospectivo*, en tanto se castiga al individuo por un acto que ya se ha producido[555]. Al no tener un *fin* para efectos de su legitimación –entendido como una utilidad social derivada de su imposición- se ha señalado que no serían teorías sobre los *fines de la pena*, sino propiamente *teorías penales*[556].

---

548 AGUDO FERNÁNDEZ, E. 2005. Principio de culpabilidad y reincidencia en el Derecho Español. Tesis doctoral. Universidad de Granada. p.122
549 *Ibíd.* p.124
550 MEINI, I. 2013. *op.cit.* p.142
551 *Ibíd.* p.143
552 *Ibíd.* p.145
553 AGUDO FERNÁNDEZ, E. 2005. *op.cit.* pp.127-128
554 LESCH, H. 1999. La función de la pena. 1º Ed. Madrid. Editorial Dykinson. p.8
555 VILAJOSANA, J.M. 2008. Castración química y determinismo. Cuadernos de filosofía del Derecho. 31. p.488
556 MEINI, I. 2013. *op.cit.* p.145

Las teorías que se han esbozado bajo estos presupuestos, son la *teoría de la expiación* y la *teoría de la retribución*.

4.3.2.1.1. Teoría de la expiación

La *teoría de la expiación* entiende la pena como una reconciliación del «delincuente» consigo mismo, con el ordenamiento quebrantado y en definitiva, con la comunidad. Bajo esta comprensión, el infractor debe prestar libremente su arrepentimiento, lo cual es visto por parte de la sociedad como una redención de su culpa que le permite alcanzar de nuevo la plena posesión de su dignidad[557]. Respecto de la teoría en comento, se ha criticado que al producirse la expiación en el plano subjetivo del autor, dependerá exclusivamente de su disposición psíquica, la cual no puede ser compelida por el Estado mediante una pena[558]. Si bien esta puede posibilitar la expiación, no debería tener un *carácter forzoso* si se pretende respetar el fuero interno del individuo[559].

Resulta evidente que los *sistemas de registro* y *notificación* carecen de un componente expiativo, en tanto no tienen por propósito conseguir el arrepentimiento del ofensor ni tampoco la conciliación con la comunidad. A esta última se le pone en conocimiento de la presencia del agresor sexual para que tome las medidas de seguridad correspondientes, lo que evidencia una lógica que confronta ambas partes, sin que el culpable logre nuevamente su dignidad personal mediante la liberación de la culpa.

4.3.2.1.2. Teoría de la retribución

La *teoría de la retribución* le asigna a la pena un sentido fuera del espectro de la realidad social[560] y se sustenta en dos postulados básicos: (i) se afirma que la pena no debe garantizar el estado real de la sociedad, sino la realización entendida como una necesidad moral o bien, como imperio del derecho y (ii) la pena no puede utilizar al individuo como un *medio* para fomentar el

[557] LESCH, H. 1999. *op.cit.* pp.7-8
[558] *Ibíd.* p.8
[559] AGUDO FERNÁNDEZ, E. 2005. *op.cit.* p.130
[560] LESCH, H. 1999. *op.cit.* p.8

bienestar de los demás[561]. En términos sintéticos, la teoría retributiva busca la expresión de un reproche por el comportamiento defectuoso del infractor en el pasado.

En cuanto a la conformación de las teorías retributivas, destacan los postulados de los filósofos KANT y HEGEL. A continuación se tratan ambas posturas:

a. Teoría de Kant

La teoría retributiva de Immanuel KANT (1724-1804) se encuentra fundamentada en el principio de que la pena no puede ser impuesta como un *medio* para procurar un bienestar de la sociedad civil (véase la prevención) o del propio infractor (véase la expiación), sino que debe aplicarse conforme a una necesidad moral *todas las veces que el individuo haya delinquido*[562]. Si bien presupone la idea de que el hombre no puede ser utilizado como un instrumento, por lo que sus acciones deben considerarse como un fin en sí mismo, bajo esta teoría se ha sostenido que la pena tendría por función alcanzar la justicia, restableciendo el orden moral perturbado por el delito[563].

Conforme a lo expuesto, el delito alteraría el «orden moral» -de naturaleza objetiva, universal y necesaria- un estado racional-metafísico al cual se puede acceder exclusivamente a través de la razón. La pena busca reparar esta situación, por lo que se configura como el restablecimiento del orden perturbado, siendo el resultado racionalmente *necesario* a la transgresión de la ley[564]. De esta forma, el sustrato del delito no radica en la afectación de una esfera externa, sino la lesión inmaterial o absoluta del mencionado orden metafísico. En ello se sustenta el clásico ejemplo de KANT, el cual ilustra que, aún cuando los miembros de una sociedad civil decidiesen ponerle término a esta para dispersarse por el mundo, antes de ello se debe ejecutar al último asesino que se encontrase en prisión, para que todo el mundo se entere del valor que tienen sus hechos[565].

KANT parte de la premisa de que el hombre es un ser libre y por ende, responsable de sus actos, por lo que la pena se erige como la consecuencia necesaria del mal uso que el individuo dé a

[561] AGUDO FERNÁNDEZ, E. 2005. *op.cit.*, p.131
[562] LESCH, H. 1999. *op.cit.* p.9
[563] *Ibíd.* p.9
[564] *Ibíd.* p.10
[565] *Ibíd.* p.9

su libertad, lo que se justificaría a partir de la *culpabilidad del autor* mediante la imposición de un mal[566].

b. Teoría de Hegel

Con su concepto de pena, HEGEL pretendió superar la comprensión que la entendía como un mal que se impone porque se ha causado otro mal. Por ello, el delito es considerado tanto como un ataque a una *existencia jurídica externa* (véase la propiedad) y como un ataque dirigido a la propia existencia del Derecho[567]. De esta forma, el Derecho Penal debería orientarse hacia la superación dialéctica del ataque a la propia *existencia del Derecho* que el delito supone.

En este sentido, HEGEL sostiene que todo delito es un atentado *mediato* contra la libertad, y al igual que KANT, dicha perturbación se supera dialécticamente mediante la imposición de la pena. Por su parte, el delito es considerado como una afirmación de lo injusto por parte del «delincuente», mediante la cual pretende imponer su voluntad *particular* frente a la voluntad *general*. En consecuencia, el fundamento de la pena procede como una *réplica*, como la *negación de la negación,* de lo que resultaría en una afirmación y con ello, el restablecimiento del Derecho[568].

Desde un punto de vista *subjetivo-formal*, la pena *retributiva* se justifica por la racionalidad –formal y aparente- del autor que comete el injusto. La acción del «delincuente» contiene una declaración que establece como *general* que está permitido delinquir, por lo tanto mediante su acción formula una ley en la que él mismo se reconoce. Bajo esta lógica, existe un consentimiento del «delincuente» en virtud del despliegue de su conducta realizada libremente, por lo que la pena lo reconoce y honra como un ser racional reconociendo su propia voluntad como ley[569]. Además de esta legitimación *subjetivo-formal* frente al infractor (retribución positiva), el autor propone una *legitimación de la pena,* a través de la superación del delito (retribución negativa). De esta forma, la pena se justifica a partir de la necesaria afirmación del Derecho y esto se produce *porque debe,* dado que para mantener el orden ideal y metafísico previo, accesible mediante la razón, *debe* imperar el Derecho[570].

---

566 AGUDO FERNÁNDEZ, E. 2005. *op.cit.* p.133
567 *Ibíd.* p.134
568 LESCH, H. 1999. *op.cit.* pp.13,18
569 *Ibíd.* pp.14-15
570 *Ibíd.* pp.135-136

c. La retribución en los Registros Públicos

GARCÍA ARÁN afirma que en la actualidad, al interior del Derecho Penal predomina un discurso de *carácter retributivo*, teniendo presente la consideración de que la pena resultaría insuficiente para generar un sufrimiento en el «delincuente» comparable al padecido por las víctimas[571]. Si se parte de una premisa que *descarta* las concepciones deterministas de la conducta criminal y por ende, se le reconoce el libre albedrío de todos los agentes de la sociedad para tomar sus decisiones, entonces la comisión del delito dependerá de la voluntad del individuo que se perfila como el autor del mismo. Por ello, si el individuo decide llevar a cabo un comportamiento delictivo, al ser tomado en un contexto de libre albedrío, deberá hacerse responsable de las consecuencias que se siguen de su acto[572].

En términos formales, la intención legislativa de los Registros suele asociarse a la protección de la comunidad y la prevención de la reincidencia de los ofensores sexuales, por lo que los efectos *retributivos* (junto a los *disuasivos*) no pertenecen a la función estrictamente reguladora que se les busca reconocer. Sin embargo, resultaría incrédulo creer que los Registros y los sistemas de notificación no pretenden, en cierta medida, la condena de la comunidad para con el agresor sexual[573]. Dado estos mecanismos son aplicables a todos los ofensores sexuales condenados, sin la *consideración del peligro de reincidencia individual* y *el riesgo para la comunidad*, las restricciones adquieren tintes retrospectivos, más cercanos a un castigo por los delitos ya cometidos, que a una regulación preocupada de prevenir delitos futuros[574].

En «Smith *v.* Doe», la jueza GINSBURG señala que la imposición de las obligaciones de registro está en función del delito o crimen cometido y no de la *peligrosidad actual* del sujeto, lo que demuestra un componente retributivo[575]. BEDARF sostiene que la retribución suele caracterizarse como la *venganza,* sin embargo, la primera -de forma más precisa- consiste en una condena moral de la sociedad por el comportamiento del ofensor, mientras que la venganza es una emoción personal en respuesta de una actuación condenable[576].

Considero que el componente retributivo se ve manifestado en los Registros y sistemas de notificación principalmente en que se deduzca la peligrosidad de cada individuo conforme al

[571] GARCÍA ARÁN. 2008. *op.cit.* p.55
[572] VILAJOSANA, J.M. 2008. *op.cit.* p.488
[573] Wallace v. State, 905 N.E.2d 382 (Ind.2009)
[574] John Doe v. State of New Hampshire, 111 A.3d 1098 (2015)
[575] Smith *v.* Doe, 538 U.S. 84 (2003) p.116
[576] BEDARF, A. 1995. *op.cit.* p.924

hecho cometido, por lo que la obligación de registro está supeditada a la imposición de la condena como una especie de castigo. En consecuencia, la retribución es posible observarla en tanto es entendida como una reacción a algo que ya ha sucedido y el Registro *siempre* presupone el reconocimiento formal de la *culpabilidad* del ofensor registrado. Pese a lo expuesto, no se debe descuidar del fundamento formal que se adscribe a los registros: la protección del público y prevención de la reincidencia. Si bien fácticamente los efectos punitivos pueden deslegitimar un carácter civil, el diseño de los Registros y sistemas de notificación no apunta a un mero castigo, sino que busca neutralizar al agresor sexual, sometiéndolo a mecanismos de vigilancia por parte de la comunidad. En consecuencia, se puede reconocer que existe un *componente* retributivo, particularmente por un tipo de diseño de Registro, sin embargo esta no es *la justificación subyacente* que dote de contenido a la *medida de seguridad* en comento.

4.3.2.2. Teorías Relativas

El presupuesto de las teorías relativas consiste en que detrás de toda sanción penal, existe una idea de justicia basada en la utilidad[577]. El programa de estas teorías se encuentra en *Protágoras,* uno de los diálogos de Platón, en el cual se señala que la imposición de una pena sólo por la comisión del delito, constituye una venganza poco razonable. Dado que el injusto no puede deshacerse, la forma razonable de penar será en razón del futuro, para que el individuo no vuelva a cometer el mismo delito u otro parecido[578].

Conforme a las teorías relativas, la función de la reacción penal varía según la producción de efectos sociales empíricamente constatables que se pretendan cumplir: (i) intimidar a la generalidad con el propósito de disuadir los impulsos delictivos de potenciales individuos indeterminados (prevención general negativa); (ii) ejercitar en el reconocimiento de la norma (prevención general positiva); (iii) corregir o «resocializar» al infractor (prevención especial positiva) o (iv) convertir al autor delictivo en inofensivo (prevención especial negativa)[579].

En este contexto, para los *positivistas criminológicos,* cuyos postulados son el fundamento de los Registros como se analizará más adelante, la sanción penal tenía por fin asegurar la defensa social, debiendo por ello cumplir una función *preventiva.* De esta forma, no debía sólo estar

[577] AGUDO FERNÁNDEZ, E. 2005. *op.cit.* p.142
[578] LESCH, H. 1999. *op.cit.* p.21
[579] *Ibíd.* p.21 / AGUDO FERNÁNDEZ, E. 2005. *op.cit.* p.143

proporcionada a la entidad del delito, sino también adaptada a la peligrosidad del infractor, inclusive extendiéndose hasta por tiempos indeterminados[580].

4.3.2.2.1. Prevención general negativa

El principal exponente de esta posición fue FEUERBACH, quien a partir de la teoría de la *coacción psicológica,* sostuvo que el hombre no es *únicamente* un ser racional, sino también uno que se mueve por sus instintos[581]. El autor concluye que el Estado tiene que servirse del *medio* a través del cual al ciudadano le resulte *psicológicamente* imposible dañar y este *medio* consistirá en la influencia en los sentidos del individuo infractor, con el propósito de que supere una inclinación instintiva (y propiamente delictiva) con *la inclinación contraria,* esto es, con un contra-motivo[582].

La *prevención general negativa*, en consecuencia, tiene por propósito disuadir los comportamientos delictivos de los individuos –lo que define su carácter *prospectivo*- sustentado en un principio utilitarista, en tanto la procedencia estará supeditada al examen de si la imposición del castigo tendrá más consecuencias beneficiosas que su *no* imposición[583]. De esta forma, si los ciudadanos saben con seguridad que a una infracción le sigue un mal mayor –amenaza penal-, este conocimiento tendría un efecto intimidatorio en el individuo, desincentivándolo a actuar[584]. Por lo expuesto, se ha señalado que sería una teoría acerca de la *norma penal,* más que de la pena propiamente tal[585].

Bajo la óptica de la *prevención general negativa*, el hecho de que la información relativa a ofensores sea difundida, provocaría que el resto de los potenciales ofensores se vean disuadidos a la hora de delinquir, producto de las consecuencias adversas que el Registro acarrea[586]. HERRERA señala que si bien los Registros no incorporarían los normales propósitos de la prevención general, los criterios selectivos de los agresores sexuales –como categoría- operarían como un *subtipo* de intimidación general circunscrita al grupo criminal delimitado[587]. La autora refiere que

---

580 ÁLVAREZ DÍAZ DE LEÓN, G., MONTENEGRO, M. y MARTÍNEZ, J.M. 2012. Unidad 2: Apuntes acerca de dos escuelas criminológicas: Clásica y Positivista. 1º Edición. Departamento de Publicaciones. Facultad de Psicología UNAM. p.17
581 AGUDO FERNÁNDEZ, E. 2005. *op.cit.* p.143
582 LESCH, H. 1999. *op.cit.* p.22
583 VILAJOSANA, J.M. 2008. *op.cit.* p.489
584 LESCH, H. 1999. *op.cit.* p.23
585 MEINI, I. 2013. *op.cit.* p.151
586 ALONSO RIMO, A. 2012. *op.cit.* p.459
587 HERRERA, M. 2004 *op.cit.* p.110

los Registros aspiran meridianamente a la intimidación preventiva de potenciales victimarios de menores, lo que de verificarse no se podría calificar de *eventualidad secundaria*[588].

En mi opinión, considero la *prevención general negativa* no puede ser el fundamento de los Registros y sistemas de notificación por las siguientes consideraciones:

En primer lugar, esta teoría no es propiamente una *teoría de la pena,* sino de la *amenaza penal* que explica el momento institucional de la conminación[589]. En virtud de ello, su efecto disuasivo sólo opera respecto de potenciales ofensores sexuales que aún no han cometido el delito, sin tener efecto alguno en aquellos que ya han sido condenados y se encuentran ingresados en el Registro. De esta forma, no se podría satisfacer una de las finalidades de los mecanismos registrales, a saber, *evitar la reincidencia de los agresores sexuales*. Si todo individuo que ha cometido un delito *registrable* ya se encuentra afecto al Registro por el sólo hecho de la condena, el efecto disuasivo o intimidatorio de ser *incluido* en estos mecanismos sólo podría ser efectivo respecto de individuos que aún no han cometido un ilícito, ergo, que no cumplen el *status* de reincidentes. En consecuencia, dado que la amenaza penal no está en condiciones de satisfacer la finalidad de evitar la reincidencia de los ofensores sexuales, se debe descartar la prevención general negativa como fundamento de los Registros y sistemas de notificación.

El segundo alcance por el que se debe descartar esta hipótesis, consiste en un problema deficitario general de esta teoría: presupone que el individuo es un *homo-economicus,* esto es*,* un individuo que se rige por un análisis de costo-beneficio al momento de tomar decisiones, lo que incluye también las de orden delictiva. En este sentido, por regla general los delitos sexuales se rigen por la *teoría de las actividades rutinarias*, conforme a la cual no existe mayor planificación en la ejecución ni espacio para un análisis de costo-beneficio. En consecuencia, por la crimino-dinamia propia de estos delitos, no habría una deliberación criminal que considere como desincentivo la amenaza de una notificación comunitaria[590]. Como se ha referido en doctrina, lo determinante es la probabilidad de ser detenido, más que la sanción propiamente tal (y en ello radica la mayor fuerza disuasiva[591]).

---

[588] *Ibíd.* p.111
[589] LESCH, H. 1999. *op.cit.* p.23
[590] HERRERA, M. 2004 *op.cit.* p.110
[591] CARNEVALLI, R. 2008. *op.cit.* p.47

4.3.2.2.2. Prevención general positiva

La *prevención general positiva* (también llamada «integración») propone una comprensión *prospectiva* del delito, la cual opera a través de un efecto de aprendizaje motivado de forma *pedagógica-social,* que no se transmite por el temor –como en la *prevención general negativa*-, sino mediante un *tomar conciencia*[592]. En esta teoría, el Derecho Penal se concibe como un instrumento dirigido al mantenimiento del *orden social*[593]. Por tanto, la función de la pena busca alcanzar un fin social, consistente en reafirmar la confianza de los ciudadanos fieles al derecho, reforzando la conciencia colectiva. En último término, el ordenamiento jurídico-penal garantiza la vigencia de las normas a cuya observancia general no sea posible renunciar para el mantenimiento de una configuración social básica[594].

SÁNCHEZ LÁZARO afirma que la doctrina es conteste en sostener que las *medidas de seguridad* son mecanismos idóneos para satisfacer efectos *preventivo-generales,* pese a que estos no sean la orientación principal o específica[595]. En estos términos, bajo una *prevención general positiva*, la utilidad de la *notificación comunitaria* sería propender a la obtención de la cohesión social, a través de una reacción de la sociedad que sería unánime, lo que afianzaría al núcleo social y con ello, la afirmación de la vigencia de la norma[596].

Pese a lo expuesto, considero que la *prevención general positiva* tampoco es el fundamento punitivo de los Registros y sistemas de notificación. La uniformidad en la reacción que se ha referido tiene un contenido *segregador*, atendiendo a las consecuencias fácticas que se han producido en la implementación de los Registros, redundando en una afectación injustificada de los derechos fundamentales del ofensor, lo que no puede estar en armonía con una reafirmación de la vigencia del ordenamiento jurídico *en su conjunto.*[597]. En términos operacionales, los Registros Públicos presuponen una transferencia de la gestión de seguridad del Estado al particular. Esto conlleva –implícitamente- un reconocimiento por parte del Estado de su incapacidad para proteger a los ciudadanos, en tanto son estos quienes deberán tomar las medidas -que crean necesarias- para resguardar su seguridad y la de los menores de edad[598]. Este modelo contraviene

---

592 LESCH, H. 1999. *op.cit.* p.22
593 AGUDO FERNÁNDEZ, E. 2005. *op.cit.* p.145
594 *Ibíd.* p.146
595 SÁNCHEZ LÁZARO, F. 2006. *op.cit.* p.155
596 HERRERA, M. 2004 *op.cit.* p.112
597 ALONSO RIMO, A. 2012. *op.cit.* p.462
598 *Ibíd.* p.462

la idea de *fortalecer la confianza en un sistema,* dado que este se «des-estructura» para decantarse por soluciones de índole individual, vía auto-gestión de la seguridad por parte de la comunidad. Además, si bien pueden existir medidas contingentemente articuladas por grupos de ciudadanos en función de las notificaciones, estas presentan un déficit de la motivación *pedagógico-social*, ya que es sólo *transferencia* y no *instrucción consciente*.

4.3.2.2.3. Prevención especial

Bajo este modelo teórico, la «prevención» se encuentra dirigida al autor concreto, lo que le otorga el carácter *especial*. En la teoría, se distinguen tres aspectos: (i) *prevención especial negativa*, por la cual se pretende resguardar a la sociedad frente a los infractores mediante su reclusión; (ii) intimidación del autor y (iii) *prevención especial positiva*, la que implica la corrección, resocialización o socialización del ofensor[599].

Si bien cuenta con antecedentes en los inicios del pensamiento penal, la *prevención especial* tiene por principal exponente a VON LISZT (1851-1919), quien influenciado por el ideal científico positivista de fines del siglo XIX, en su *Programa de la Universidad de Marburgo* (1882) sostuvo que la *pena como coacción* puede tener una doble naturaleza: (i) coacción *indirecta*, *mediata*, *psicológica* o *motivación*, en donde la pena se muestra como una forma de adaptar artificialmente al delincuente a la sociedad, ya sea mediante la (a) *corrección* o bien la (b) *intimidación*; (ii) coacción *directa*, *inmediata*, *mecánica* o *violencia*, en la cual la pena busca «inocuizar» -temporal o permanentemente- a los individuos que no son aptos socialmente mediante la selección.

Según las funciones referidas, la pena se corresponde con tres tipologías de autores delictivos, a saber[600]:

(1) Corrección del ofensor *capaz* y *necesitado* de ella: al ser un sujeto corregible, el programa principal de ejecución de la pena está dirigido a que el individuo internalice las normas, esto es, incorporar en la estructura de comportamiento del autor una disposición a actuar en conformidad a derecho.

(2) Intimidación del ofensor que *no requiere corrección*; enfocado en el delincuente ocasional que no necesita corrección pues no manifiesta un déficit de socialización, por lo que la sanción debe ser de tal entidad que lo intimide para no volver a delinquir.

---

[599] LESCH, H. 1999. *op.cit.* p.31
[600] *Ibíd.* p.32

(3) «Inocuización» del ofensor que *carece de capacidad de corrección*, lo que implica aislarlo o separarlo de la sociedad.

La doctrina ha afirmado que la finalidad de las medidas de seguridad sería de carácter *preventivo especial*, persiguiendo fines de curación, tutela y rehabilitación[601]

a. Prevención especial positiva

En cuanto a la pretensión «resocializadora», no se entiende cómo el ofensor podría rehabilitarse si se le priva de libertad en un centro penitenciario en donde el contacto social es restringido y en el cual operan códigos de conducta que distan del que impera en la comunidad[602].

La finalidad de corrección («resocializadora», de reinserción, curatela o rehabilitación) que se le adosa a las medidas de seguridad, no puede justificarse por sí misma[603]. Debido que la medida de seguridad deberá ser impuesta a partir de la comisión de un hecho previsto como un delito, y para su determinación necesariamente debe valorarse ese hecho, es que cabe preguntarse si están realmente *desprovistas de un carácter retributivo y sancionador*[604].

BRAITHWAITE impulsó la tesis de la «reinserción por vergüenza» o «humillación reinsertadora» (*reintegrative shaming*), una teoría enmarcada en las propuestas de prevención especial rehabilitadora[605], la cual parte de la premisa consistente en que mediante la humillación y la vergüenza del individuo, se puede promocionar la reinserción social del sujeto[606]. Esta teoría, pese a que utiliza un medio atentatorio -como lo es la humillación- contra el individuo objeto del proceso de reinserción, su propósito ulterior consiste en validarlo al interior de la sociedad. Según este autor, los índices de delincuencia son menores en aquellas sociedades que imponen la idea de que cometer delitos tiene un carácter deshonroso[607]. De esta forma, la llamada *confrontación reintegrativa* opera mediante una desaprobación en un *marco de respeto*, en contraposición a la *confrontación irrespetuosa*, en donde se trata al infractor como una *mala persona*[608]. Para dar cuenta del aspecto funcional de la *confrontación,* el autor lo ejemplifica con el homicidio: los individuos se

---

601 MEINI, I. 2013. *op.cit.* p.158
602 *Ibíd.* p.149
603 *Ibíd.* p.160
604 *Ibíd.* p.160
605 HERRERA, M. 2004 *op.cit.* p.98
606 ALONSO RIMO, A. 2012. *op.cit.* cita 22. p.447
607 BRAITHWAITE, J. 2011. Delito, vergüenza y reintegración. Delito y sociedad: Revista de Ciencias Sociales. 32(2). p.7
608 *Ibíd.* p.7

abstienen de asesinar a otra persona, porque dicha decisión está fuera de la agenda deliberativa de la gran mayoría. Y esto encuentra su explicación en la exposición temprana a la idea de que el *homicidio* es un acto deshonroso[609]. De ello, es que tienen especial relevancia los *agentes moralizadores,* compuestos por amigos y la familia más cercana del infractor, quienes poseen una mayor capacidad de influencia en el individuo cuando la relación está basada en el amor y respeto, gracias a una *confrontación respetuosa*[610].

En mi opinión, el problema de esta tesis es que se funda en una distinción que puede llegar a ser bastante sutil, la aplicación de la *deshonra* como confrontación *reintregativa*, oponiéndose a la *estigmatización,* que el autor llama confrontación *irrespetuosa*. Esta escisión podría funcionar en un plano teórico, pero en la práctica parten del presupuesto de un reproche que sitúa a la sociedad *en contra* del agresor. Si se produce un efecto estigmatizador o no, escapa de su previsión teórica. Además, esta posición fue concebida para comunidades pequeñas, en donde se requiere que existan lazos entre sus ciudadanos, por lo que pierde utilidad práctica para poblaciones más grandes, en donde no predominan vínculos tan cohesionados.

b. Prevención especial negativa: «inocuización»

ROXIN refiere que el fin de las medidas de seguridad es de tipo preventivo. Por tanto, su misión primaria siempre es la *prevención especial,* dado que el propósito de ellas consiste en evitar futuros hechos punibles[611]. La «inocuización» es una orientación legitimadora de la pena, circunscrita en el ámbito de la prevención especial, la cual busca convertir en inofensivo al infractor y neutralizar su riesgo desvirtuando, definitiva e inevitablemente, su capacidad criminal[612]. El carácter *negativo* de la prevención especial está dado por su propósito: la seguridad[613]. En sintonía con los postulados del positivismo italiano, VON LISZT era partidario de asignar una función «inocuizadora» a la pena en aquellos casos en que los delincuentes fuesen criminológicamente considerados como incorregibles[614].

Entre los fundamentos de las sanciones penales, la «inocuización» es el que se encuentra más latente en los sistemas de registro y notificación. Respecto de los *agresores sexuales,* tiene por

609 *Ibíd.* p.10
610 *Ibíd.* p.10
611 ROXIN, C. 1993. *op.cit.* p.43
612 HERRERA, M. 2004 *op.cit.* p.93
613 LESCH, H. 1999. *op.cit.* p.33
614 SÁNZ MORÁN, A.J. 2007. *op.cit.* p.2

objeto proteger a la sociedad del peligro que representan estos, al desplegar conductas que contravienen a la libertad sexual de los individuos[615]. De ello se sigue que mientras perdure la supuesta *peligrosidad* del sujeto, se justifica la imposición de una pena privativa de libertad, la cual inclusive puede extenderse de forma indeterminada.[616].

Sin embargo, en la actualidad la *prevención especial negativa* no sólo se lleva a cabo mediante la privación de libertad del individuo, sino que también a través de las nuevas medidas de estigmatización, como lo son las estrategias de publicidad funcionales al control penal[617]. Manifiesto de ello son los Registros Públicos, en tanto la «inocuización» se produce por la difusión de información personal del infractor para que la comunidad tome las medidas precautorias correspondientes con el fin de asegurar el bienestar de sus integrantes.

ROBLES PLANAS señala que hasta la década de 1990', en el Derecho Penal regían los principios de la *rehabilitación* y el *tratamiento del delincuente sexual*. Con posterioridad -y coetáneamente con la proliferación de los Registros- esto sufrió un vuelco y comenzó a instaurarse un discurso que proclamaba la *tolerancia cero* y propendía a la *exclusión* del agresor sexual[618].

En términos prácticos, los Registros Públicos operan mediante la «inocuización» *selectiva* del individuo denominado «delincuente sexual», considerándolo mentalmente anormal[619]. Este proceso consiste en seleccionar a los ofensores que cometen el mayor número de delitos, para luego intensificar la respuesta penal sólo en relación a ellos[620]. Los criterios de selección que se suelen utilizar son: (i) número relativamente acotado de agresores, altamente peligrosos, (ii) a los que se los responsabiliza por hechos delictivos. Al mantenerlos incapacitados, la producción de delitos específica se reduce, primando funcionalmente una lógica de «costo» [dado por la exclusión del individuo]- «beneficio» [reducción de las tasas de delincuencia sexual][621].

La incapacitación del agresor sexual conlleva un componente aflictivo, propio de una medida que lo considera un foco de peligro, lo que amerita una intervención severa en su condición de ciudadano. Paradigmáticamente, esto se opone a la *resocialización del individuo*, la cual

---

615 LOGAN W. 2007. *op.cit.* p.4

616 Esto no presenta mayores problemas desde la perspectiva de la imputabilidad, por cuanto en Estados Unidos no se exige este requisito y en Alemania, a partir de las reformas del StGB, se permite, a través del recurso de *medidas de seguridad,* imponer privaciones de libertad indeterminadas. Este fenómeno no se produce en España.

617 HERRERA, M. 2004. *op.cit.* p.90

618 ROBLES PLANAS. 2007. *op.cit.* p.5

619 HERRERA, M. 2004. *op.cit.* p.95

620 SÁNZ MORÁN, A.J. 2007. *op.cit.* p.5

621 SILVA SÁNCHEZ, *op.cit.*, p.700

es percibida por parte de la sociedad como un favor inmerecido al ofensor[622]. En términos pragmáticos, el problema de la *resocialización* radicaría en que para la sociedad resulta complejo aceptar que la reacción punitiva sólo pueda medirse en base a la culpabilidad *por el hecho*, y que por ello deba asumir el riesgo que implica un individuo considerado peligroso atendiendo a la gravedad de los delitos sexuales, aún cuando *ya ha cumplido su pena*[623]. Como advierte GARCÍA ARÁN, de esta forma no se cuestiona la *reinserción por imposible*, sino por *indeseable*[624]**.** En el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ sostiene que el fenómeno del *retorno a la «*inocuización» no es casual, sino que se encuentra en perfecta armonía con la evolución ideológica general de la Política criminal.[625]

[622] DÍEZ RIPOLLÉS. 2004. *op.cit.* p.13
[623] CARNEVALLI, R. 2008. *op.cit.* p.38
[624] GARCÍA ARÁN. 2008. *op.cit.* p.56
[625] SILVA SÁNCHEZ, J.M. 2001. *op.cit.* p.701

§ CAPÍTULO III
ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO

Alcances preliminares

Una vez delimitados los presupuestos conceptuales y teóricos de los *Registros de agresores sexuales,* resulta necesario realizar una revisión histórica de estos a partir del estudio de las propuestas positivadas tanto en Chile como en el Derecho Comparado. Si bien este mecanismo, en términos formales, puede ser genéricamente definido, es menester remitirse a las configuraciones normativas que se manifiestan concretamente en las leyes. Estas se circunscriben en distintos sistemas jurídicos, por lo tanto distan tanto en sus fundamentos, formas y alcances. Conforme a lo expuesto, a continuación haré revisión de las principales construcciones orgánicas de los Registros.

En términos metodológicos, se comenzará revisando la historia normativa de los Registros en Estados Unidos, en donde existe una abundante producción legislativa relativa al tema, siendo los verdaderos propulsores de este tipo de sistemas. Una vez que se haya hecho revista de la historia de los Registros en el país referido, me remitiré al análisis de la propuesta chilena, para entender cómo opera la medida en un país receptor de esta tradición normativa. Chile no se quedó e importó el modelo registral, adoptándolo con caracteres propios que lo hacen distintivo y cuyo diseño resulta más matizado en cuanto a sus efectos. Sin perjuicio de ello, funciona con la misma lógica subyacente, de lo cual se pueden derivar los fundamentos que componen las bases de los Registros y sistemas de notificación.

§ 1. Evolución Histórica

Desde los inicios de nuestra sociedad se ha llevado a cabo una sindicación de aquellos individuos infractores de las normas que rigen, en una determinada época, a una comunidad en específico. Lo que en tiempos primitivos era una identificación visual, luego se llevó a cabo mediante otros medios, como el llamado *tatuaje judicial*, el cual consistía en una marca de fuego que operaba tanto como una pena y a su vez, como una forma de individualización del antisocial, entrando en desuso a comienzos del siglo XIX. En este mismo sentido: las marcas con hierro

candente en Grecia y Roma; la *flor de lis* como un estigma infamante en Francia; las marcas consagradas en las Leyes Manú en India, entre otras[626]. Por su parte, la *letra escarlata* se convertiría en una metáfora moderna de los sistemas de notificación comunitaria[627].

En la primera mitad del siglo XIX, en Francia se implementó un sistema de *casillero judicial* ideado por Bonneville de Marsangy. Este era una ficha que contenía la individualización del ofensor, consignando su nombre, lugar de nacimiento y la descripción de rasgos físicos[628].

A fines del siglo XIX, el doctor francés Alphonse Bertillón elaboró un método antropométrico de filiación, denominado *bertillonage*, sistema de medición corporal que se encontraba acompañado de descripciones de antropología biológica, lo que hoy se conoce como *retrato hablado*[629].

Con posterioridad, surgieron los métodos de identificación *dactiloscópica*, cuyo mayor exponente fue el profesor croata (nacionalizado argentino) Juan Vucetich, quien, tras estudiar las estructuras papilares de las yemas, creó un método de individualización criminal mediante una tabla de valores de huellas digitales[630].

Hoy en día, prima el método expositivo de la *representación icónica,* el cual opera mediante la utilización de *uso de signos* y *marcas simbólicas,* las que son aplicadas ya sea en el cuerpo del infractor o en sus bienes materiales[631]. HERRERA menciona una serie de ejemplos, tales como atuendos distintivos para aquellos reos que cumplan con trabajos comunitarios; calcomanías en automóviles (en supuestos de conducción en estado de ebriedad), camisetas auto-acusatorias, entre otros[632].

Lo señalado hasta aquí, son los antecedentes de los Registros y sistemas de notificación, en donde todos operan -salvaguardado distintos matices- con la misma lógica subyacente: la identificación del ofensor para prevenir la reincidencia. Ahora, es menester revisar el desarrollo histórico que han tenido los Registros en el derecho comparado.

---

626 CASTRO LUJÁN, V.M. 1956. *op.cit.* p.179
627 THOMAS, T. 2011. *op.cit.* p.12
628 COBIAN, L. 2013. Algo sobre identificación de delincuentes. Derecho PUCP, Nº6 (1946). p.148
629 CASTRO LUJÁN, V.M. 1956. *op.cit.* p.180
630 *Ibíd.* p.181
631 HERRERA, M. 2004. *op.cit.* p.98
632 *Ibíd.* p.98

§ 2. Derecho Comparado

***Sumario**

2. Derecho comparado. 2.1. Estados Unidos - 2.1.1. Características generales - 2.1.2. Evolución normativa - 2.1.2.1. «Community Protection Act» (1990) - 2.1.2.2. «Jacob Wetterling Act» (1994) - 2.1.2.3. «Megan's Law» (1996) - 2.1.2.4. «Pam Lychner Sexual Offender Tracking and Identification Act» (1996) - 2.1.2.5. «Jacob Wetterling Improvements Act» (1997) - 2.1.2.6. «Protection of Children from Sexual Predators Act» (1998) - 2.1.2.7. «Campus Sex Crimes Prevention Act» (2000) 2.1.2.8. «PROTECT Act» (2003) - 2.1.2.9. «Jessica's Law» (2005) - 2.1.2.10. «Adam Walsh Act» (2006) - 2.1.2.10.1. Alcances generales - 2.1.2.10.2. Niveles de riesgo, duración y período de verificación - 2.1.2.10.3. Información mínima requerida en el Registro - 2.1.2.10.4. Acceso Público a la información del Registro vía internet - 2.1.2.10.5. Incumplimiento del registrado - 2.1.2.10.6. Incumplimiento de la implementación del Registro - 2.1.2.10.7. Registro de agresores sexuales adolescentes - 2.1.2.10.8. Programa de notificación Kanka y Zapp - 2.1.2.10.9. *Civil Commitment* - 2.1.2.10.10. S.M.A.R.T. - 2.1.2.11. «International Megan's Law» (2016) - 2.2. Chile - 2.2.1. Panorama estadístico de la delincuencia sexual en Chile - 2.2.2. Ley Nº20.594 - 2.2.2.1. Antecedentes de la ley - 2.2.2.2. Historia de la ley - I. Primer trámite constitucional: Cámara de Diputados - 1.1. Mensaje del Ejecutivo - 1.1.1. Fundamentos de la iniciativa - 1.1.2. Contenido del proyecto - 1.2. Informe de Comisión de Seguridad Ciudadana - 1.2.1. Discusión general del proyecto - 1.2.2. Discusión particular - 1.3. Discusión en Sala- 1.4. Informe de Comisión de Constitución - 1.4.1. Intervenciones de académicos de Derecho Penal - 1.4.2. Discusión particular del proyecto - 1.5. Discusión en sala - II. Segundo trámite constitucional: Senado - 2.1. Primer Informe de Comisión de Constitución - 2.2. Discusión en Sala - 2.3. Segundo Informe de Comisión de Constitución - 2.4. Discusión en Sala - III. Tercer Trámite Constitucional. Cámara de Diputados. - IV. Trámite finalización: Cámara de Origen al Ejecutivo - V. Publicación en el Diario Oficial - 2.2.2.3. Contenido de la Ley - 2.2.2.3.1. Modificaciones al Código Penal - 2.2.2.3.2. Modificaciones al D.L. 645 de 1925 - 2.2.2.4. Funcionamiento del Registro - 2.2.2.5. Proyectos de modificación - 2.2.2.5.1. Boletín 8703-07 - 2.2.2.5.2. Boletín 8437-07 - 2.2.2.5.3. Boletín 9474-07 -2.2.2.6. Jurisprudencia - 2.2.2.6.1. Dictamen 39765-2014 - 2.2.2.6.2. Dictamen 23559-2015 - 2.2.2.7. Aplicación retroactiva - 2.3. Argentina - 2.4. España - 2.5. Reino Unido - 2.6. Francia - 2.7. Canadá - 2.8. Otros Países

2.1. Estados Unidos

2.1.1. Características generales

En Estados Unidos, prima el principio de la publicidad de los antecedentes penales, por lo que su acceso es *público*[633], lo que implica que cualquier persona puede tener conocimiento del historial delictivo de un individuo a través de distintos medios, ya sea por los registros federales y estatales de antecedentes penales; haciendo una revisión en los expedientes del tribunal que dictaminó una determinada condena o bien, recurriendo al mercado de vendedores de

[633] JACOBS, J. y LARRAURI, E. 2010. *op.cit.* p.4

información privada[634]. Por ende, los Registros Públicos son un mecanismo específico de publicitación de los antecedentes penales, delimitados en lo que respecta a los delitos sexuales.

En el país objeto de análisis, los Registros son administrados a nivel estatal, en tanto no existe un Registro autónomo y concentrado en el cual los ofensores se registren directamente y que sea *gestionado* por el gobierno federal. Por ello, la injerencia de las autoridades federales se limita a establecer los estándares normativos mínimos para efectos de su implementación. Esto implica que los modelos registrales varían en su estructura según la regulación de cada jurisdicción[635], por lo que es posible encontrar distintos requisitos, información a la cual se puede tener acceso, formas de notificación, etc.[636].

De todas formas, cabe señalar que existe el «National Sex Offender Public Website» (NSOPW), una página de internet creada por el Departamento de Justicia estadounidense, la cual se encuentra interconectada con los motores de búsqueda de cada jurisdicción. Pese a ello, esto no significa que el gobierno administre los Registros *per se*, sino que es sólo un sistema de búsqueda global[637].

A modo general, en la primera mitad del siglo XX, las políticas de justicia criminal se caracterizaron por ser una preocupación a nivel estatal, teniendo a nivel federal un impacto limitado y episódico[638].

El período comprendido entre mediados de 1930 e inicios de 1960, ha sido descrito como la «primera ola» (*first wave*) de preocupación pública por la delincuencia sexual en Estados Unidos[639]. En este país la idea de registrar a ex ofensores de la ley encuentra su origen en la década de 1930', cuando los estados, en el contexto de los movimientos gánster introducidos en

---

634 *Ibíd.* pp.4-5

635 En términos jurisdiccionales, uno de los casos problemáticas podría darse en las bases militares respecto de las cuales los estados *no tienen jurisdicción,* por lo que el asentamiento militar formaría el llamado *enclave federal,* esto es, un territorio en donde sólo se aplica la ley federal. Por ello, agresores sexuales condenados que residan, estudien o trabajen en dichas bases, podrían no ser registrados dado que el estado no tendría jurisdicción alguna sobre ellos. Este problema fue reportado por cadenas informativas (*véase* FOX2. 2015. Military sex offenders evade registering on state offender list. <http://fox2now.com/2015/05/20/military-sex-offenders-evade-registering-on-state-offender-list/> [consulta: 28 enero 2017]). En el año 2015, el Departamento de Justicia de U.S. adoptó medidas para facilitar el registro del personal afiliado a la milicia y también aquellos condenados que son liberados de prisiones militares (U.S. Department Justice, 2015. *op cit*. p.5)

636 U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. 2012. Sex Offender Registration and Notification in the United States: Current Case Law and Issues, [en línea] <http://www.ncdsv.org/images/SMART_SexOffenderRegistrationNotificationInTheUSCurrentCaseLawAndIssues_7-2012.pdf> [consulta: 28 enero 2017] p.1

637 U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. 2015. *op.cit.* p.3

638 Para un completo análisis de la política criminal federal en Estados Unidos, revisar: LOGAN, W. 2008. Criminal Justice Federalism and National Sex Offender Police. Ohio State Journal of Criminal Law. 6(51). p.54

639 THOMAS, T. 2011. *op.cit.* p.36

una alta población, requerían el registro de convictos que hubiesen cometido delitos[640]. En 1937, el estado de Florida fue el primero en adoptar una ley de registro, la cual tenía un alcance más bien restrictivo, en tanto sólo requería el registro de personas convictas por felonías morales[641].

En 1947, en California se promulgó el *primer registro de delincuentes sexuales*, aplicado en todo el estado[642] y el cual exigía al individuo registrar su lugar de residencia una vez que era liberado de la prisión, para luego volver a registrarse cada año dentro de los cinco días del aniversario de su liberación[643]. En 1951 le siguió Arizona, Nevada en 1961, Ohio en 1963 y Alabama en 1967[644].

En cuanto a la legislación atingente al *tratamiento* de los ofensores sexuales, ya desde la década de 1920'[645], los estados habían comenzado a promulgar leyes respecto de los *sexual psycopaths, psychopathic offenders* y los *mentally disordered sex offender*. Estas proponían el ingreso de los agresores más peligrosos a centros psiquiátricos, como una alternativa al encarcelamiento[646]. En este sentido, el término «psychopath» fue una idea de la psiquiatría europea introducida en el sistema de justicia criminal, la cual comenzó a vincularse con los delitos sexuales, derivando en el concepto «sex psychopath»[647].

A principios de la década de 1930, uno de los primeros estados en aplicar la normativa en comento fue Michigan[648]. En el año 1938, Illinois promulgó un estatuto que se convirtió en una alternativa a la aplicación de un castigo *punitivo,* planteando la posibilidad de aplicar el *civil commitment*. Si al individuo se le consideraba como un *depredador sexual peligroso,* era ingresado a un centro de tratamiento hasta que la peligrosidad disminuyera o desapareciera[649]. En este mismo sentido, Minnesota promulgó una ley para las *personalidades psicopáticas,* la cual también contemplaba tratamientos privativos de libertad para individuos irresponsables o peligrosos para la sociedad[650]. A fines de 1939, tres estados habían promulgado leyes de este tipo[651]; para el año 1950, a los agresores sexuales se les había asignado un *status* jurídico especial en doce estados y en

---

640 LOGAN, W. 2007. Sex Offender Registration and Community Notification: Past, Present and Future. New England Journal on Criminal and Civil Confinement. 34 (3). p.4
641 *Ibíd.* p.5
642 *Ibíd.* p.6
643 WACQUANT, L. 2010. *op.cit.* p.303
644 THOMAS, T. 2011. *op.cit.* p.37
645 LIEB, R. 1996. Washington's Sexually Violent Predator Law: Legislative History and Comparisons with other states. Washington State Institute for Public Policy. p.4
646 U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. 2008a. *op.cit.* p.3
647 THOMAS, T. 2011. *op.cit.* p.37
648 LIEB, R. y MATSON, S. 1998. *op.cit.* p.1
649 LIEB, R. 1996. *op.cit.* p.4
650 *Ibíd.* p.4
651 LIEB, R. y MATSON, S. 1998. *op.cit.* p.1

el distrito de Columbia, con el objeto de que estos fuesen ingresados a centros de tratamiento con propósitos preventivos[652]. A fines de la década de 1960, cerca de la mitad de los estados contaban con normativas especiales que regulaban el *civil commitment* de los *psicópatas sexuales*[653].

Con anterioridad a 1970, el abuso sexual de menores fue largamente ignorado, siendo pocos los recursos invertidos en la prevención de este tipo de delitos y recibiendo escasa atención de los medios de comunicación[654].

El período que continuó en los Estados Unidos fue descrito como una época de complacencia (*an age of complacency*), dado que en el contexto de la liberalización de las leyes de la moralidad puritana, se llevó a cabo una intensa campaña contra las normativas de delitos sexuales[655]. En la década de 1980', la desaparición del menor Adam Walsh, de 6 años, fue el catalizador para que la atención del público y los medios de comunicación se volcaran hacia la delincuencia sexual, por lo cual el Congreso destinó millones de dólares en la materia, creando del *National Center for Missing and Exploited Childred,* a cargo de John Walsh, padre del menor[656]. Además, continuaron apareciendo nuevos registros de ofensores sexuales: en 1986 en Illinois, en 1987 en Arkansas y Utah y en 1989, en Montana y Oklahoma[657].

Junto a la desaparición de Adam Walsh, los testimonios de las víctimas sobrevivientes de abusos y otros delitos perpetrados entre la década del setenta y del ochenta, fueron cubiertos por los medios de comunicación de forma sensacionalista, con el propósito de causar mayor impacto[658], generando lo que se llamó un *pánico legislativo*[659]. Producto de que las víctimas eran menores de edad, las iniciativas políticas adoptaron un cariz humano, que permitió la adhesión de la opinión pública[660].

En un inicio, los Registros fueron concebidos como una herramienta de ayuda a la policía para monitorear a los *usual suspects,* esto es, para obtener y gestionar en una lista los nombres y direcciones de domicilio de los ex condenados sexuales, la cual podía ser consultada cada vez que

652 WACQUANT, L. 2010. *op.cit.* p.203
653 LIEB, R. 1996. *op.cit.* p.4
654 TABACHNICK, J. y KLEIN, A. 2011. *op.cit.* p.51
655 THOMAS, T. 2011. *op.cit.* p.38
656 LOGAN, W. 2008. *op.cit.* p.60
657 THOMAS, T. 2011. *op.cit.* p.38
658 TABACHNICK, J. y KLEIN, A. 2011. *op.cit.* pp.9-10
659 LOGAN, W. 2003. Jacob's Legacy: Sex Offender Registration and Community Notification Laws, Practice and Procedure In Minnesota. William Mitchell Law Review. 29(4). p.1288
660 LOGAN, W. 2011. Prospects for the International Migration of U.S. Sex Offender Registration and Community Notification Laws. International Journal of Law and Psychiatry. January 2011 p.3

estos cometieran un nuevo delito[661]. Este proceso de comienzos de la década de 1990' fue conocido como la «segunda ola» (*second wave*) de leyes protectoras contra ofensores sexuales[662], el cual se caracterizó por iniciativas legislativas en la materia, gran cobertura mediática, proliferación de libros y dramas de televisión que se nutrieron de las historias de abusos sexuales, entre otras[663].

En la «tercera ola» (*third wave*), las nuevas investigaciones sobre la eficacia y las consecuencias de la política legislativa en materia de delitos sexuales han permitido que los profesionales del rubro realicen cuestionamientos acerca de la extensión de los mecanismos registrales. En este sentido, organizaciones en defensa de las víctimas han criticado la gran inversión de fondos que se destina a herramientas que no terminan por proteger la comunidad en pos del financiamiento de servicios de protección y ayuda para las víctimas[664].

En la actualidad, todos los estados del país en comento cuentan con Registros de condenados por delitos sexuales, lo cual da cuenta de que es un fenómeno político-criminal en expansión. Massachusetts fue el último en *implementar un Registro* (lo que difiere de la publicidad del mismo), por lo que para agosto de 1996, todas las jurisdicciones estatales habían cumplido con la exigencia de la ley *Jacob Wetterling*[665]. Por otra parte, a fines de 1997, la totalidad de los estados habían promulgado *leyes de registro* y *notificación*[666].

A grandes rasgos, el sistema estadounidense presenta las siguientes características: (i) implementación de Registros de condenados por delitos sexuales en todo el país; (ii) posibilidad de intercambio de información entre los distintos operadores institucionales que requieran los datos contenidos en el registro; (iii) sistemas de verificación de datos registrales; (iv) preservación de los datos en el registro y (v) mecanismos de notificación[667].

De esta forma, es posible apreciar que el Congreso de los Estados Unidos ha dado el visto bueno a un aparataje de leyes que imponen a los estados del deber de establecer y darle publicidad a los registros de personas condenadas por delitos sexuales y abuso en contra de menores. A continuación, se hará una revisión de las leyes más relevantes en la materia.

---

661 HUMAN RIGHTS WATCH. 2013. *op.cit.* p.21
662 THOMAS, T. 2011. *op.cit.* p.40
663 TABACHNICK, J. y KLEIN, A. 2011. *op.cit.* p.9
664 *Ibíd.* p.9
665 TERRY, K. 2013. *op.cit.* p.218; THOMAS, T. 2011. *op.cit.* p.60
666 TERRY, K. 2015. *op.cit.* p.114
667 HERRERA, M. 2004. *op.cit.* p.100

2.1.2. Evolución normativa

2.1.2.1. «Community Protection Act» (1990)

A fines de la década de 1980', en Washington se produjeron dos dramáticos casos que alertaron a la comunidad. El 13 de noviembre del año 1989, en la ciudad de Camas, Westley Allan Dodd fue detenido tras intentar secuestrar a un menor de 6 años de edad al interior de un cine de la zona. Una vez capturado, confesaría ser el autor del doble asesinato de los hermanos Cole y William Neer, de 11 y 10 años respectivamente, producido dos meses antes. Además, se adjudicó la autoría del asesinato de Lee Iseli, menor de 4 años, ocurrido en el mes de octubre de 1989[668].

Dos años antes, en 1987, Earl Shriner había cumplido una pena de 10 de prisión por los delitos de secuestro y abuso sexual de menores de edad. Previo a su liberación, había manifestado que tenía la intención de seguir atacando sexualmente a niños[669]. Para efectos de retenerlo mediante el *civil commitment,* el estado se vio imposibilitado en demostrar que el individuo padecía una enfermedad mental, ni tampoco pudo acreditar su peligrosidad por un *acto manifiesto reciente*[670]. Al verse incapaces de cumplir los requisitos de la medida señalada, Shriner debió ser liberado. En ese momento, tampoco existían métodos de notificación a la comunidad para informar de la presencia de ofensores sexuales en los vecindarios[671]. El 20 de mayo de 1989, en Tacoma, Washington, un menor de 7 años de edad (cuya identidad nunca fue revelada) fue secuestrado, mutilado y abusado sexualmente por Shriner[672].

Producto de esta situación, en 1990 se promulgó en el estado de Washington la *Community Protection Act,* normativa que recogió la necesidad de adoptar medidas de supervisión sobre los agresores sexuales, lo que se llevó a cabo mediante 14 disposiciones que aumentaban las penas de los delitos sexuales e intensificaban los mecanismos de monitorización[673]. El objetivo principal era otorgarle al estado una mayor discrecionalidad para el tratamiento de agresores sexuales peligrosos, como Dodd y Shriner[674].

---

668 LIEB, R. 1996. *op.cit.* p.1
669 *Ibíd.* p.1
670 *Ibíd.* p.1
671 TERRY, K. 2015. *op.cit.* p.114
672 LOGAN, W. 2008. *op.cit.* p.61
673 TERRY, K. 2013. p.216
674 *Ibíd.* p.216

En primer lugar, la ley mandató la creación de un Registro de ex condenados por delitos sexuales. El estado de Washington fue el primero en implementar una *community notification law,* en tanto esta *autorizaba* a las agencias policiales a develar datos tales como el nombre del ofensor, fotografía y otras formas de identificación[675]. Por su parte, la *revelación* de la información procedía en aquellos casos en los cuales esta fuese *relevante* y *necesaria* para proteger al público y contrarrestar el peligro creado por el delincuente en particular[676]. Si bien los términos «*relevante*» y «*necesaria*» parecían una restricción a la liberación de información, en la práctica las agencias públicas podían decidir discrecionalmente *cuándo* y respecto de *quién* notificar al público[677].

En segundo lugar, la normativa reformuló la medida del *civil commitment* o *involutary commitment,* instrumento que permitía prolongar la privación de libertad del individuo en razón de su peligrosidad[678]. El proceso era iniciado por el estado, quién debía llenar un formulario alegando que un condenado recién liberado o pronto a salir tenía el *status* de *depredador sexual,* ante lo cual un juez podía ordenar el confinamiento del sujeto durante 45 días para efectos de que fuese evaluado. Luego de ello, se llevaba a cabo un juicio, en donde la carga de la prueba recaía en el estado, quién debía demostrar *más allá de toda duda razonable* que el sujeto era un *sexually violent predator*. Según lo concluido, el jurado resolvía si el individuo debía ser sometido al *civil commitment* o no[679].

2.1.2.2. «Jacob Wetterling Crimes against Children and Sexually Violent Offender Registration Act» (1994)[680]

El domingo 22 de octubre del año 1989, en St. Joseph, zona rural de Minnesota, Jacob Wetterling, de 11 años de edad, tras volver de una tienda del lugar, montaba su bicicleta acompañado de su hermano menor y un amigo, momento en el cual fue interceptado por un hombre enmascarado que portaba un arma[681]. El individuo, tras ordenarles que pusieran sus cabezas contra el suelo, realizó un par de preguntas para luego exigirles al amigo y al hermano de Jacob que se retiraran del lugar, sin voltear. Ambos menores cumplieron lo requerido y para

675 POOLE, C. y LIEB, R. 1995. Community notification in Washington State: Decision-making and costs. Washington State Institute for Public Policy. p.5
676 CARPENTER, C. y BEVERLIN, A. 2012. *op.cit.* p.1092
677 *Ibíd.* p.1092
678 ROBLES PLANAS. 2007.*op.cit.* p.5
679 LIEB, R. 1996. *op.cit.* p.2
680 Para un examen en profundidad del sistema registral y de notificación en la primera parte de la década de los 90' consultar: BEDARF, A. 1995. *op.cit.*
681 THOMAS, T. 2011. *op.cit.* p.42

cuando volvieron, ni el secuestrador ni Jacob se encontraban en el sitio del suceso[682]. Pese a los esfuerzos desplegados en la época, el menor no fue hallado y se mantuvo desaparecido durante 27 años, hasta que sus restos fueron ubicados el 01 de septiembre del año 2016, cuando su victimario, Daniel James Heinrich, confesó ser el autor de los hechos[683].

Como reacción ante este evento dramático y gracias a los esfuerzos de la *fundación Jacob Wetterling* (creada en febrero de 1990)[684], en mayo de 1991 el senador David Durenberger comenzó a promover la implementación de los Registros mediante el proyecto de ley *Crimes Against Children Registration Act*, sobre las premisas de que la delincuencia sexual iba en franco ascenso, los agresores sexuales reincidían constantemente y los órganos policiales requerían un sistema de información interconectado que les permitiera prevenir los crímenes contra menores[685].

Por otra parte, el 10 de julio del año 1991, James "Jim" Ramstad, representante de Minnesota[686], presentó un proyecto de ley que tenía por propósito exigir que todo individuo condenado por un delito sexual en contra de menores, debía registrar su dirección de domicilio ante la policía por un período de 10 años desde que haya sido liberado de prisión o bien, desde que se haya decretado la *parole* o *probation*[687]. El proyecto de ley fue reintroducido por el mismo representante en enero de 1993[688], y promovido paralelamente por el senador David Durenberger[689].

El 13 de Septiembre del año 1994, el presidente Bill Clinton firmó la *Jacob Wetterling Crimes against Children and Sexually Violent Offender Registration Act*[690], subtítulo A del título XVII, llamado *Crimes Against Children*, de la ley *Violent Crime Control and Law Enforcement Act*.

La normativa reconoció como uno de sus propósitos el proveer a los órganos policiales de herramientas para velar por la seguridad de la comunidad ante los *depredadores sexuales*[691]. De esta forma, lo que se buscó fue la implementación de un *programa unificado de registro*, al cual tendrían acceso exclusivamente el F.B.I., el Ministerio Fiscal y el Gobierno, incluyéndose al público en

682 Terry, K. 2013. *op.cit.*. pp.216-217
683 CNN. 2016. Jacob Wetterling suspect Danny James Heinrich tells court he killed him. [en línea] CNN. 07 septiembre 2016. <http://edition.cnn.com/2016/09/06/us/jacob-wetterling-heinrich-confession/> [consulta: 28 enero 2017]
684 LOGAN, W. 2003. *op.cit.* p.1291
685 LOGAN, W. 2008. *op.cit.* p.62
686 THOMAS, T. 2011. *op.cit.* p.46
687 H.R.2862 (102nd) – Jacob Wetterling Crimes Against Children Registration Act
688 H.R.324 (103rd) – Jacob Wetterling Crimes Against Children Registration Act
689 S.1069 (103rd) – Jacob Wetterling Crimes Against Children Registration Act
690 *Ley Jacob Wetterling de Crímenes Violentos en Contra de Niños y Registro de Ofensores Sexuales Violentos* (HUMAN RIGHTS WATCH. 2007. *op.cit.* p.36)
691 SPOONER, K. 2011. The Adam Walsh Act: Juveniles and Sex Offender Registration and Notification. Undergraduate Review. 7. p.126

casos de necesidad de protección ante una persona específica obligada a ser registrada. Sin embargo, el texto federal no estableció *cuáles* serían esos supuestos, interrogante que tampoco fue respondida por las directrices desarrolladas por la Fiscalía General de los EE.UU[692].

En términos generales, la ley estableció los estándares mínimos que debían cumplir los Registros. A través de esta normativa, se exigió a los estados restantes que *implementaran* un registro de condenados por delitos sexuales (y abuso en contra de menores), en donde el incumplimiento llevaba aparejada una sanción consistente en la pérdida de hasta un 10% del *Edward Byrne Memorial State and Local Law Enforcement Assistance Program*[693] (también referido como *Byrne Formula Grant Funding*[694]) financiamiento federal administrado por el *Bureau of Justice Assistance of the Department of Justice*[695], destinado para el desarrollo de políticas de justicia criminal y cuyos fondos debían ser reasignados a los estados que sí dieran cumplimiento a las exigencias de la ley[696].

La normativa era aplicable a todos los individuos (i) que hubieran sido condenados por un delito sexual en contra de menores (incluyendo el comportamiento sexual hacia un menor; solicitarle al menor participar en una conducta sexual y el uso de menores en actos sexuales)[697] o un delito sexual de carácter violento y (ii) los sujetos que fuesen considerados *depredadores sexuales violentos,* según lo determinado por una Corte[698]. La diferencia indicada, tenía relevancia por dos motivos:

(1) En cuanto a la *extensión del Registro*: para los primeros, esta duraría un período de 10 años, contados desde que el individuo fuese liberado de la prisión o colocado en libertad condicional, vigilada o supervisión post-condena[699], mientras que los *depredadores sexuales violentos,* se mantendrían en el Registro hasta que una Corte determinara que el individuo ya no tuviese dicho *status*, mediando un informe de expertos en comportamientos y tratamientos sexuales[700].

---

692 HERRERA, M. *op.cit.* pp.99-100

693 El nombre de este programa es un homenaje en memoria de Edward Byrne, policía estadounidense, quien el 26 de febrero de 1988, fue acribillado por cuatro sujetos mientras realizaba labores de vigilancia sobre su automóvil. Al momento del deceso, Byrne tenía 22 años de edad.

694 THOMAS, T. 2011. *op.cit.* p.45

695 U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. 1999. Megan's Law; Final Guidelines for the Jacob Wetterling Crimes Against Children and Sexually Violent Offender Registration Act, as amended. Federal Register. 64(2). p.572

696 Violent Crime Control and Law Enforcement Act of 1994. Título XVII. Subtítulo A. Secc. 170101. (f)(2)(B)

697 CARPENTER, C. 2006. The constitutionality of strict liability in sex offender registration laws. Boston University Law Review. 86. p.331

698 Violent Crime Control and Law Enforcement Act of 1994. Título XVII. Subtítulo A. Secc. 170101. (a)(1)

699 Violent Crime Control and Law Enforcement Act of 1994. Título XVII. Subtítulo A. Secc. 170101. (b)(6)

700 Violent Crime Control and Law Enforcement Act of 1994. Título XVII. Subtítulo A. Secc. 170101. (b)(6)

(2) En cuanto al *período de verificación*: los primeros debían constatar su domicilio ante los órganos policiales, cada un año, mientras que los segundos, cada 90 días[701].

Lo referido da cuenta del distinto *status jurídico* asignado a los *sexually violent predators.*

Además, los registrados debían informarle a los órganos policiales cualquier cambio de domicilio, dentro de un plazo de 10 días[702] y de igual forma, en el supuesto de que el traslado fuese a otro estado, tenían el mismo plazo para notificar a los órganos policiales de la nueva jurisdicción[703]. El no cumplimiento de las exigencias del Registro acarreaba las penas establecidas por cada estado[704].

La información contenida en el Registro tenía un carácter *privado,* salvo tres excepciones: (i) la información *podía* ser revelada a agencias policiales para propósitos de cumplimiento de la ley; (ii) la información *podía* ser revelada a agencias gubernamentales para la verificación de antecedentes criminales y (iii) con el objeto de proteger al público, las agencias policiales autorizadas *podían* revelar información importante de una *persona específica*, con excepción de la identidad de la víctima o el delito cometido[705]. En consecuencia, ley le reconocía la prerrogativa –mas no la obligación- a las autoridades policiales de notificar públicamente a la comunidad información relativa a una persona registrada.

En último término, la *Jacob Wetterling Act* le impuso a los estados un plazo de 3 años para dar cumplimiento al programa de registro, pudiendo adicionarse 2 años para aquellos estados que estuviesen de buena fe, esto es, realizando los esfuerzos necesarios para llevar a cabo la implementación[706].

Previo a la fecha de la promulgación de la ley, cerca de 24 estados ya habían instaurados un(a) (especie de) registro en su jurisdicción[707] y para el año 1995, la cifra ascendía a 38 estados[708].

---

[701] Violent Crime Control and Law Enforcement Act of 1994. Título XVII. Subtítulo A. Secc. 170101. (b)(3)
[702] Violent Crime Control and Law Enforcement Act of 1994. Título XVII. Subtítulo A. Secc. 170101. (b)(1)(A)(ii)
[703] Violent Crime Control and Law Enforcement Act of 1994. Título XVII. Subtítulo A. Secc. 170101. (b)(4)
[704] Violent Crime Control and Law Enforcement Act of 1994. Título XVII. Subtítulo A. Secc. 170101. (b)(4)
[705] Violent Crime Control and Law Enforcement Act of 1994. Título XVII. Subtítulo A. Secc. 170101. (d)
[706] Violent Crime Control and Law Enforcement Act of 1994. Título XVII. Subtítulo A. Secc. 170101. (f)(1)
[707] LOGAN, W. 2010. The Adam Walsh Act and the Failed promise of administrative federalism. The George Washington Law Review. 78. p.997
[708] BEDARF, A. 1995. *op.cit.* p.885

2.1.2.3. «Megan's Law» (1996)

El 29 de Julio de 1994, Megan Nicole Kanka, niña de siete años de edad, fue raptada, violada y asesinada en Hamilton Township, New Jersey, por su vecino Jesse Timmendequas, 33 años, quien contaba con dos condenas anteriores por delitos sexuales en contra de víctimas que tenían 5 y 7 años respectivamente[709]. En ese momento, las comunidades no eran notificadas de la presencia de agresores sexuales que residían en el área[710]. Ante tan trágico hecho, los padres de la menor y la comunidad en general, comenzaron a reclamar que los registros *restringidos* no eran suficientes para combatir la delincuencia sexual y resguardar la seguridad de la población, por lo que plantearon la necesidad de tener acceso a la información de si un agresor sexual registrado se encontraba en los vecindarios. Por tanto, esta demanda implicaba dotar de un carácter *público* al Registro, mediante la imposición de un «sistema de notificación comunitaria»[711].

Producto de la conmoción que generó la muerte de la menor, inmediatamente comenzó un proceso legislativo. Habiendo transcurrido 89 días desde el fatídico hecho, se promulgó la *Registration and Community Notification Act,* conocida como *Ley Megan*, la cual rigió a nivel estatal en New Jersey[712]. Esta ley requirió la implementación de un sistema de notificación *activo,* para difundir la información de los agresores sexuales al público.

El 17 de mayo de 1996, el presidente Bill Clinton, acompañado a su costado por Richard y Maureen Kanka, Patty Wetterling y el padre de Polly Klaas[713], firmó la *Megan's Law*, la que comenzó a regir a nivel federal en Estados Unidos. Esta normativa modificó una sub-sección de la *Jacob Wetterling Act*, introduciendo la exigencia de que todos los estados debían mantener la información de los agresores sexuales disponibles para el público[714]. En caso de incumplimiento, estos perderían un 10% del financiamiento del programa *Edward Byrne Memorial State and Local Enforcement Assistance Program*, misma pena contemplada por la *Jacob Wetterling Act*[715].

---

709 HUMAN RIGHTS WATCH. 2007. *op.cit*. p.48

710 SCHULTZ, C. 2014. The Stigmatization of Individuals Convicted of Sex Offenses: labeling theory and the sex offense registry. Themis: Research of journal of justice studies and forensic science. Vol. 2 Issue 1(Article 4) p.67

711 TERRY, K. 2013. *op.cit.* p.217

712 *Ibíd.* p.217

713 LOGAN, W. 2008. *op.cit* p.70

714 Introdujo una enmienda en la "Violent Crime Control and Law Enforcement", Sección 170101(d)(1)-(2), la cual estableció que (1) la información recogida en el programa estatal de registro podía ser revelada para cualquier propósito que estuviese permitido por las leyes del Estado y (2) las agencias policiales *deberán* revelar la información de un registrado en específico, si esto fuese necesario para la protección del público.

715 PARK, B-K. y LEE, J-L. 2013. The Effectiveness of Megan's Law: Does it reduce the Recidivism of a Released Sex Offender?. British Journal of Arts and Social Sciences. Vol.13 nºI. p.27

Conforme a lo referido, se eliminó la discrecionalidad estatal para decidir la difusión de la información asociada a los agresores, sustituyendo el «may» (puede) por el «shall» (debe)[716]. Sin embargo, la ley no estableció la *forma* en que debía llevarse a cabo la notificación[717] lo que significó que los estados tenían que determinar los criterios conforme a los cuales se ofrecería la información contenida en el Registro, ya sea a través de una modalidad *activa* o *pasiva*.

A nivel general, la ley tuvo por principal propósito la prevención y la reducción de la reincidencia[718]. Por otra parte, entre sus objetivos también se contaba asistir a las autoridades policiales en las investigaciones criminales relativas a delitos sexuales, así como reforzar la seguridad pública mediante la entrega de información a la comunidad, empoderándola a protegerse de los ofensores[719].

En síntesis, si la *Jacob Wetterling Act* regulaba los presupuestos básicos que debían cumplir los Registros, la *Megan's Law* fue su símil en cuanto a los estándares que regían a las notificaciones comunitarias.

2.1.2.4. «Pam Lychner Sexual Offender Tracking and Identification Act» (1996)

El 3 Octubre del año 1996[720], fue aprobada por el congreso estadounidense *The Pam Lychner*[721] *Sexual Offender Tracking and Identification Act*, la cual introdujo una nueva sección en la *Violent Crime Control and Law Enforcement Act* de 1994 (*Secc.170102).*

La *Pam Lychner Act* estableció la creación una base de datos nacional del FBI para registrar locaciones y monitorear movimientos de los individuos condenados por delitos sexuales (violentos o contra menores), llamada **N**ational **S**ex **O**ffender **R**egistry (NSOR). Al estar toda la información de los agresores sexuales unificada en una base de datos, el sistema de registro

716 *Ibíd.* p.27
717 COHEN, M. y JEGLIC, E. 2007. *op.cit.* p.374
718 PARK, B-K. y LEE, J-L. 2013. *op.cit.* p.26
719 WRIGHT, R. 2003. *op.cit.* p.3
720 THOMAS, T. 2011. *op.cit.* p.48
721 Pam Lychner trabajaba como una agente de bienes raíces en Houston, cuando en 1990 sufrió un ataque por parte de un agresor sexual que había salido en libertad de una cárcel estatal bajo el régimen de *libertad anticipada*. Lychner logró sobrevivir gracias a la oportuna intervención de su esposo, quien logró detener al sujeto. En julio del año 1996, falleció junto a sus hijas en el trágico accidente aéreo del vuelo 800 de TWA en Nueva York.

nacional facilitaba al FBI y a las autoridades locales la supervisión de los agresores registrados, en tanto les proveía información de diversa índole, como huellas digitales, fotografías personales y direcciones de domicilio de los agresores[722].

La ley introdujo una modificación del *período que duraría el registro,* dictaminando la inscripción perpetua para aquellos individuos (i) que tuviesen dos o más condenas por: (a) delitos sexuales en contra de menores o (b) por delitos sexuales violentos; (ii) los que hayan sido condenados por abuso sexual agravado (mediante fuerza o intimidación) y (iii) los que fuesen clasificados como *sexually violent predator*[723].

A su vez, le impuso al FBI la obligación de registrar y verificar el domicilio de los agresores sexuales que residieran en los estados, además de mantener las huellas digitales y fotografía de los individuos[724]. En contrapartida, los ofensores debían suministrar información directamente al FBI, en caso de que en sus estados no contaran con un *programa mínimamente suficiente* de registro[725]. Por otra parte, mantuvo los criterios de notificación establecidos en la *Megan's Law*[726], otorgando un plazo de hasta 3 años para su implementación[727], con la misma sanción contemplada en las leyes previamente tratadas (pérdida del 10% de financiamiento de la *Byrne Formula Grant Founding*)[728]. Si el individuo incumplía la obligación del registro, las penas podían llegar a ascender a multas máximas de 100.000 dólares y hasta 1 año de encarcelamiento, e inclusive 10 años en la hipótesis de reincidencia de un ofensor sexual[729].

El *Registro Nacional de Ofensores Sexuales* presentó problemas en su implementación, dado que toda la información era provista por los estados, lo que significó que los errores existentes en las bases de datos estatales fueron transferidos al Registro a nivel nacional[730].

---

722 TERRY, K. 2013. *op.cit.* p.21

723 Violent Crime Control and Law Enforcement Act of 1994. Sección 170102(d)(2), [Pam Lychner Sexual Offender Tracking and identification Act of 1996, secc.2(a)]

724 Violent Crime Control and Law Enforcement Act of 1994. Sección 170102(e)(1), [Pam Lychner Sexual Offender Tracking and identification Act of 1996, secc.2(a)]

725 Violent Crime Control and Law Enforcement Act of 1994. Sección 170102(c), [Pam Lychner Sexual Offender Tracking and identification Act of 1996, secc.2(a)]

726 Violent Crime Control and Law Enforcement Act of 1994. Sección 170102(f), [Pam Lychner Sexual Offender Tracking and identification Act of 1996, secc.2(a)]

727 Pam Lychner Sexual Offender Tracking and identification Act of 1996. Sección 10(b)

728 Pam Lychner Sexual Offender Tracking and identification Act of 1996. Sección 10(c)(1)

729 Violent Crime Control and Law Enforcement Act of 1994. Sección 170102(i), [Pam Lychner Sexual Offender Tracking and identification Act of 1996, secc.2(a)]

730 TERRY, K. 2013. *op.cit.* p.218

2.1.2.5. «Jacob Wetterling Improvements Act» (1997)

La *Jacob Wetterling Improvements Act* del año 1997, requirió a los estados implementar métodos para identificar individualmente a los *sexually violent predators*; estableció que los registrados que se cambiaran de *estado para residir*, también debían registrarse en el *estado de destino*; exigió que los ofensores se registraran en los estados donde trabajaban o estudiaban, en el caso de que estos fueran distintos al que vivían; debían verificarse anualmente las direcciones de domicilio entregadas por los ofensores, entre otras disposiciones[731].

2.1.2.6. «Protection of Children from Sexual Predactors Act» (1998)

La *Protection of Children from Sexual Predators Act*, promulgada el 30 de Octubre del año 1998, tuvo por principal propósito enfrentar las nuevas modalidades delictivas consecuentes del avance de la tecnología y el internet[732].

La ley implementó la «tolerancia 0» (*zero tolerance*) para la posesión de pornografía infantil, prohibiendo la posesión de uno o más libros, revistas, periódicos, películas, video u otro material visual, que contuviera imágenes de un menor de edad en conductas sexualmente explícitas[733]. Además, le encomendó a la *Bureau of Justice Assistance* (BJA) implementar el *Sex Offender Management Assistance* (SOMA), programa para ayudar a los Estados a satisfacer los requisitos de los registros[734]; aumentó las penas para los delitos de pornografía infantil[735] y abuso sexual con contacto[736]; estableció la pena de muerte o pena de por vida en los casos de delitos sexuales contra menores con resultado de muerte[737], entre otras disposiciones.

---

731 LOGAN, W. 2008. *op.cit.* pp.72-73
732 SEXUAL PREDATORS ACT POLICY TEAM. 2000. Sentencing Federal Sexual Offenders: Protection of Children from Sexual Predators Act of 1998 [en línea] <http://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/research-and-publications/working-group-reports/sex-offenses/20000214-child-sex-offenses/SEXPREDRPT.pdf> [consulta: 28 enero 2017] p.4
733 *Ibíd.* Cita 18. p.6
734 TERRY, K. 2013. *op.cit.* p.218
735 Título II, Sección 202, (a) y (b)
736 Título III, Sección 302
737 Título V, 501

2.1.2.7. «Campus Sex Crimes Prevention Act» (2000)

La *Campus Sex Crimes Prevention Act*, correspondió al título VI-"*Miscellaneous*" de la *Victims of Trafficking and Violence Protection Act,* promulgada el año 2000.

La normativa modificó a la *Jacob Wetterling Act*, pasando a requerir que todo agresor sexual registrado debía informar (i) la institución de educación superior en la cual fuese empleado, estudiante o en la que desempeñase alguna función y (ii) cada cambio de empleo o *status* en la institución de educación superior[738]. Esto implicó que además de registrarse en la jurisdicción donde residían, los ofensores también tuvieron que hacerlo en aquellas donde estudiaban o trabajaban. Por último, las instituciones educacionales tenían permitido revelar y difundir la información que se les proveyese en relación al individuo registrado[739].

2.1.2.8. «PROTECT Act» (2003)

En el año 2003, se promulgó la ley *Prosecutorial Remedies and Other Tools to End the Exploitation of Children Today (PROTECT) Act*, la cual tuvo por finalidad prevenir los secuestros y eliminar la explotación sexual de menores[740]. Entre sus disposiciones, permitió intervenir todo tipo de comunicaciones que estuviesen vinculadas a abusos sexuales; aumentó las penas para los delitos de secuestro de menores (a un mínimo de 20 años) y el uso de menores en producciones pornográficas (entre 15 a 30 años). Además, creó la regla de «two strikes», conforme a la cual se le impuso una pena de carácter perpetua al agresor sexual que fuese condenado en dos ocasiones[741].

En el título III, *Public Outreach,* subtítulo A, la ley reguló la alerta «AMBER» (*America's Missing Broadcasting Emergency Response*, retro-acrónimo por la menor Amber Hagerman, secuestrada y asesinada en 1996). Esta herramienta tiene por propósito advertir a la comunidad de la desaparición de un menor o un adolescente, mediante la difusión masiva de mensajes a través de diversos canales informativos[742]. Para el año 2014, más de 725 menores habían sido encontrados

738 Violent Crime Control and Law Enforcement Act of 1994. Sección 170102(j)(1)(A) [Victims of Trafficking and Violence Protection Act, Título VI, Sección 1601, (b)(1)]
739 Victims of Trafficking and Violence Protection Act, Título VI, Sección 1601, (d)
740 TERRY, K. 2013. *op.cit.* p.219
741 *Ibíd.* p.219
742 Protect Act, Title III-Subtítulo A, sec.301.

gracias a la alerta AMBER y actualmente, es un instrumento utilizado en los 50 estados, el Distrito de Columbia, Puerto Rico e Islas Vírgenes[743].

En su título VI, sec. 604, el acta mandató que todos los estados debían mantener un sitio web con la información de los condenados por delitos sexuales, estableciéndoles un plazo de 3 años para su implementación[744]. Además, le ordenó a la *Crimes Against Children Section of the Criminal División* del Departamento de Justicia*,* la creación de un sitio de internet de carácter nacional que debía contener los enlaces a todos los registros on-line estatales[745]. A fines del año 2003, los 50 estados ya contaban con un registro en línea que podía ser consultado por el público[746].

2.1.2.9. «Jessica's Law» (2005)

El año 2005, en Citrus County, Florida, la menor Jessica Lunsford, de 9 años, fue secuestrada, violada y enterrada viva por John Couey, agresor registrado que contaba con antecedentes penales por diversos delitos, alguno de ellos de carácter sexual y el cual se había cambiado de domicilio sin haber notificado debidamente a las autoridades[747]. Producto del impacto generado por el caso, el gobernador de Florida Jeb Bush firmó la ley (conocida informalmente como) *Jessica Lunsford*, promulgada el 1 de septiembre del 2005[748].

Las disposiciones más relevantes decían relación con aquellos casos en los cuales la víctima era menor de 12 años. En estos supuestos: (i) se aumentó la severidad de las penas, introduciendo las *sentencias mínimo-obligatorias* que parten en 25 años de prisión (cuando el autor sea mayor de edad y no sea condenado de por vida) y (ii) se exigió la implementación de sistemas de monitorización electrónico mediante GPS. Conforme a ellos, los agresores sexuales que fuesen condenados, se les debía colocar un dispositivo de localización electrónica vía satélite (véase un

743 NATIONAL CENTER POR MISSING AND EXPLOTED CHILDREN. 2014. Annual Report [en línea] <http://www.missingkids.com/en_US/publications/NCMEC_2014.pdf> [consulta: 28 enero 2017] p.20
744 WRIGHT, R. 2003. *op.cit.* p.100
745 Protect Act, Title Iv-Miscellaneous Provisions, Sec.604, (c)
746 ZGOBA, K., MINER, M., LEVENSON, J., KNIGHT, R., LETOURNEAU, E. y THORNTON, D. 2015. *op.cit.* p.2
747 COHEN, M. y JEGLIC, E. 2007. *op.cit.* p.378
748 SEMINOLE COUNTY PUBLIC SCHOOLS. 2014. The Jessica Lunsford Act: Implementation for Contractors, Vendors & Sports Officials. [en línea], <http://wschools.scps.k12.fl.us/Portals/0/assets/pdf/public/JLAct.pdf>, [consulta: 28 enero 2017] p.2

brazalete) por toda la vida[749]. El sistema de GPS también era aplicado durante el cumplimiento de la libertad vigilada (*probation*)[750].

La normativa modificó de 20 a 30 años el plazo que tenían los agresores para solicitar al tribunal que se remueva la designación de *sexual predator*[751]; permitió que los fiscales solicitaran la pena capital en los casos en que el delito sexual tenía por resultado la muerte de la víctima menor de edad[752] y requirió que los agresores debían reportarse personalmente ante los órganos policiales, dos veces al año[753].

En julio de 2013, en el estado de Florida se hizo revisión de la ley y se introdujeron enmiendas que regularon la obligación que tienen los establecimientos educacionales de verificar los antecedentes de todos los empleados de las empresas contratistas que presten servicios a las escuelas públicas[754]. El Departamento de Educación debía crear una tarjeta de identificación, uniforme a nivel estatal, para todos los funcionarios no docentes, con la cual pudiese acreditar que el sujeto cumplió con los requisitos establecidos en el Estado de Florida para trabajar en el sector educacional. Esta tarjeta de identificación tenía que estar siempre visible y contaba con una duración de 5 años, período de tiempo tras el cual se debía revalidar[755].

En el año 2006, el estado de California aprobó la ley *Sexual Predator Punishment and Control Act: Jessica's Law*, también conocida bajo el nombre de *Proposition 83,* la cual fue sometida a votación de la comunidad, obteniendo un 70.5% de los sufragios a favor y un 29.5% en contra[756]. Esta ley introdujo cerca de 400 modificaciones a la normativa vigente, reformando los criterios de dictación de sentencias en causas de delitos sexuales y la forma en que los agresores eran monitoreados una vez liberados de prisión, además de introducir la prohibición de que los ex convictos vivieran dentro de 2.000 pies (609 metros) de donde se situasen escuelas u otras zonas de concurrencia de menores de edad[757].

---

749 TERRY, K. 2013. *op.cit*. p.237
750 COLORADO LEGISLATIVE COUNCIL STAFF. 2012. Memorandum: Jessica's and Amber's Laws in Colorado [en línea] <https://www.colorado.gov/pacific/sites/default/files/12CriminalJusticeJessicasandAmbersLawsMemo.pdf> [consulta: 28 enero 2017] p.2
751 The Florida Statues (2005), Tit. XLVI, Chapter 775.21 (6)(l)
752 The Florida Statues (2005), Tit. XLVI, Chapter 775.082(1) en relación a Tit.XLVII, Chapter 921.141(1)
753 The Florida Statues (2005), Tit. XLVI, Chapter 775.21 (8)(a)
754 SEMINOLE COUNTY PUBLIC SCHOOLS. 2014. *op.cit.* p.2
755 *Ibíd.* p.3
756 WRIGHT, R. 2008. *op.cit.* p.43
757 TURNER, S., CHAMBERLAIN, A., JANNETTA, J. y HESS, J. 2015. *op.cit.* p.2

La dictación de esta ordenanza llevó a que aproximadamente 2.700 agresores registrados tuvieran que mudarse de donde vivían, terminando mucho de ellos sin hogar[758].

2.1.2.10. «Adam Walsh Act» (2006)

2.1.2.10.1. Alcances generales

La *Adam Walsh Child Protection and Safety Act* –también llamada *Adam Walsh Act* o simplemente «AWA»[759]-, es un estatuto federal promulgado el 27 de julio del año 2006, bajo el mandato del presidente George W. Bush. El nombre proviene de la conmemoración del vigesimoquinto aniversario de la trágica muerte de Adam Walsh[760], menor de 6 años de edad, quien el 27 de julio de 1981[761] fue secuestrado en un centro comercial de Florida (EEUU) y posteriormente, asesinado[762]. Su cabeza decapitada fue encontrada 16 días después de la abducción[763]. Pese a que nunca se pudo demostrar que el menor fue abusado sexualmente[764], el Acta tuvo por propósito reforzar la protección del público y de los menores de edad ante los ofensores sexuales[765], *derogando la regulación preexistente*, compuesta por normativas como la *Jacob Wetterling Act* (1994) y la *Megan's Law* (1996)[766].

La legislación en materia de Registros no era uniforme, dado que los estados tenían la discrecionalidad para adoptar la configuración que consideraran más conveniente. Esta *fragmentariedad normativa* era una preocupación para el Congreso estadounidense porque generaba vacíos en la regulación que permitían a los agresores sexuales evadir la exigencia de registrarse y someterse a los sistemas de notificación[767]. Por ello, el propósito esencial del Acta fue unificar los criterios para el funcionamiento de los registros y las notificaciones a nivel estatal, lo que en contrapartida significó una reformulación estructural en este ámbito. Producto de los grandes

[758] BONNAR-KIDD, K. 2010. *op.cit.* p.415
[759] SALAT PAISAL, M. 2015. *op.cit.* p.7
[760] *Ibíd.* p.6
[761] § Adam Walsh Act, Secc. 2.
[762] FREEMAN, N.J. y SANDLER J.C. 2010. The Adam Walsh Act: A false sense of security or an effective public policy initiative?. Criminal Justice Policy Review. 21 (1). p.32
[763] TERRY, K. 2013. *op.cit.* p.219
[764] LOGAN, W. 2008. *op.cit.* p.61
[765] § Adam Walsh Act, Título I, Sección 102
[766] THOMAS, T. 2011. *op.cit.* p.50
[767] LOGAN, W. 2008. *op.cit.* p.52

cambios introducidos por la normativa y a pesar de ser una ley de mínimos[768], la AWA es considerada la legislación federal estadounidense más punitiva y trascendente en materia de delitos sexuales[769].

En la declaración de propósitos de la ley se establece que el Registro nacional tiene por objetivo la protección del público de los agresores sexuales y ofensores contra menores. Además, se define como una respuesta simbólica a los abusos sexuales y homicidios que sufrieron diecisiete personas[770] en las dos décadas que preceden a la promulgación de la normativa: Jacob Wetterling (11 años, Minnesota, 1989), Megan Kanka (7 años, New Jersey, 1994), Pam Lychner (31 años, Texas, 1993), Jetseta Gage (10 años, Iowa, 2005), Dru Sjodin (22 años, North Dakota, 2003); Jessica Lunsford (9 años, Florida., 2005); Sarah Lunde (13 años, Florida, 2005), Amie Zyla (8 años, Wisconsin, 1996), Christy Fornoff (13 años, Arizona, 1984), Alexandra Nicole Zapp (30 años, Massachusetts., 2002), Polly Klaas (12 años, California, 1993), Jimmy Ryce (9 años, Florida, 1995), Carlie Brucia (11 años, Florida, 2004), Amanda Brown (7 años, Florida, 1998), Elizabeth Smart (14 años, Utah, 2002), Molly Bish (16 años, Massachusetts, 2000) y Samantha Runnion (5 años, California, 2002)[771].

A modo general, la AWA introduce una serie de reformas, a saber: (i) extiende las jurisdicciones respecto de las cuales se requiere el registro de ex condenados sexuales, incluyendo a las tribales (además de los 50 estados, el distrito de Columbia y los territorios[772] de los EE.UU); (ii) extiende el espectro de agresores -incluyendo a los adolescentes- y los delitos sexuales que deben ser registrados; (iii) aumenta la información solicitada por el registro y la frecuencia con la que esta debe ser entregada; (iv) amplía la disponibilidad de información acerca de los agresores sexuales para el público, mediante páginas web y otros medios[773]; (v) exige la *digitalización* de la información asociada a los agresores sexuales, con el objeto de proveer de forma rápida a otras instituciones que requieran dicho contenido[774].

En su título I, la ley establece la *Sex Offender Registration and Notification Act* (SORNA), introduciendo una serie de reformas y cambios a los sistemas de registro y notificación regulados

[768] SALAT PAISAL, M. 2015. *op.cit.* p.15
[769] FABIAN, J. 2012. The Adam Walsh Child Protection and Safety Act: Legal and Psychological Aspects of the New Civil Commitment Law for Federal Civil Commitment Law for Federal Sex Offenders. Cleveland State Law Review. 60. p.363.
[770] WRIGHT, R. 2008. *op.cit.* p.32
[771] Adam Walsh Act, Título I, Sec.102
[772] Puerto Rico; Isla Guam o Guaján; Samoa Americana; Islas Marianas del Norte; Islas Vírgenes
[773] U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. 2008. The National Guidelines for Sex Offender Registration and Notification [en línea] <https://ojp.gov/smart/pdfs/final_sornaguidelines.pdf> [consulta: 28 enero 2017] p.5
[774] *Ibid.* p.26

a nivel estatal desde 1994[775]. Por tanto, la normativa establece los *parámetros mínimos* que deben cumplir los registros en Estados Unidos, con la finalidad de estandarizar los procedimientos de registro y notificación imperantes.

Por tanto, SORNA define los lineamientos que se configuran como el mínimo normativo sobre el cual los estados pueden *auto-rregular sus propios Registros*. Además, los estados cuentan con la prerrogativa de aumentar de forma discrecional todos los ítems que consideren necesarios, véase exigir mayor información, establecer más mecanismos de distribución de información, extender el tiempo en que el agresor se encontrará registrado, entre otros.

A continuación, se efectuará una revisión de las introducciones y modificaciones más relevantes de la ley en lo que respecta a los Registros y notificaciones:

2.1.2.10.2. Niveles de riesgo, duración del Registro y período de verificación de la información

Una de las principales modificaciones realizadas por la ley, es la creación de un sistema de categorización de agresores sexuales, el cual los clasifica en tres niveles según la gravedad del delito cometido, la edad de la víctima y el tiempo de pena aparejado. La finalidad de este sistema consiste en identificar y asignar un nivel de peligrosidad a cada agresor, para que la comunidad tome los resguardos necesarios en función de dicho baremo[776].

Según lo señalado, se distinguen tres niveles, a saber:

(a) Nivel I (*bajo riesgo)*[777].

Es una categoría *residual,* en donde se encuentran todos aquellos individuos que, no estando clasificados en los niveles II y III, cometen un delito sancionado con una pena menor a 1 año de prisión;

(b) Nivel II (*riesgo moderado*)[778]

Comprende:

(A) Individuos que hayan cometido o intentado cometer un delito que sea comparable o más severo que el (i) tráfico sexual de menores; (ii) coacción y seducción contra menores; (iii) transporte de menores con el propósito de que ejerzan la prostitución u otras actividades sexuales

[775] LOGAN, W. 2007. *op.cit.* p.7
[776] SALAT PAISAL, M. 2014. *op.cit.* p.166
[777] § Adam Walsh Act, Título I, Subtítulo A, Sección 111 (2).
[778] § Adam Walsh Act, Título I, Subtítulo A, Sección 111 (3).

punibles, y (iv) abuso sexual de menores, *siempre que estos sean sancionados con una pena mayor a un año de prisión*.

(B) Individuos que hayan cometido un delito en el que (i) se involucre a menores de edad en actividades de significación sexual; (ii) se solicite a un menor de edad que ejerza la prostitución; o (iii) se produzca o distribuya pornografía infantil, *siempre que estos sean sancionados con una pena mayor a un año de prisión*

(C) Individuos que, ya estando clasificados en el nivel I, *cometan un delito que sea sancionado con una pena mayor a un año de prisión*.

(c) Nivel III (*alto riesgo*)[779]

Comprende:

(A) Individuos que hayan cometido o intentado cometer un delito comparable o más severo que (i) el delito de abuso sexual agravado o (ii) abuso sexual contra una víctima menor de 13 años de edad, *siempre que sean sancionados con una pena mayor a un año de prisión*;

(B) Individuos que cometan el delito de secuestro de un menor de edad (no parental), *siempre que sean sancionados con una pena mayor a un año de prisión*, o;

(C) Individuos que, ya estando clasificados en el nivel II, cometan un delito que sea sancionado con una pena mayor a 1 año de prisión.

Las funciones que desempeña la categorización expuesta, son las siguientes: (i) determina la extensión de destinatarios y la forma en que se llevarán a cabo las notificaciones; (ii) decreta el intervalo de tiempo en el que se debe actualizar la información y (iii) el período que durará el registro.

Conforme a lo señalado, un agresor del Nivel I, deberá presentarse anualmente durante 15 años ante la autoridad, para (eventualmente) renovar su fotografía y verificar/modificar la información relativa a su persona contenida en el Registro; un agresor del Nivel II, tendrá que llevar a cabo el mismo procedimiento cada 6 meses durante 25 años y en el caso de un agresor Nivel III, será cada 3 meses de forma perpetua[780].

La ley contempla la posibilidad de reducir el período de permanencia en el Registro, siempre y cuando los ofensores mantengan un historial *limpio,* según los siguientes criterios*:* (a) no ser condenado a cualquier delito cuya pena mínima sea mayor a 1 año; (b) no cometer un delito sexual; (c) cumplir satisfactoriamente la libertad vigilada o condicional; (d) cumplir exitosamente

[779] § Adam Walsh Act, Título I, Subtítulo A, Sección 111 (4).
[780] U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. 2008b. *op.cit.* p.54

con un tratamiento certificado por la jurisdicción. Para los individuos del Nivel I, el *historial limpio* debe extenderse por 10 años para que el registro sea reducido *a* idéntica cifra; en tanto para los individuos del Nivel III, el historial limpio debe extenderse por 25 años para que el registro sea reducido *a* idéntica cifra[781].

2.1.2.10.3. Información mínima requerida en el Registro

La información *mínima* que debe ser registrada para cumplir el estándar de SORNA es la siguiente:

(1) Nombre, alias, número telefónico, apodos y direcciones de internet asociadas al agresor;

(2) Número del seguro social;

(3) Dirección de (las) residencia(s), información de alojo temporal, pasaporte y documentos de inmigración;

(4) Información del empleo, que comprende nombre y dirección del empleador y las licencias profesionales con las que cuente el registrado;

(5) Información educacional, tales como el nombre del lugar donde actualmente estudia el agresor o bien, estudiará;

(6) Patente y descripción de los vehículos que utilice;

(7) Fecha de nacimiento;

(8) Descripción física;

(9) Texto de la disposición normativa que define el delito por el cual el agresor fue condenado;

(10) Antecedentes penales;

(11) Fotografía actual;

(12) Huellas digitales;

(13) Muestra de ADN;

(14) Fotocopia de la licencia de conducir o el carné de identificación[782].

[781] § Adam Walsh Act, Título I, Subtítulo A (4)
[782] U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. 2008b. *op.cit.* pp.26-33

Cualquier cambio o modificación que se produzca respecto de estos datos (véase cambio de nombre, empleo o centro educacional), debe ser informado por el agresor a las autoridades correspondientes, en un plazo de 3 días[783].

2.1.2.10.4. Acceso público a la información del Registro vía Internet

SORNA establece que todas las jurisdicciones deben tener disponible en una página web *on-line* la información contenida en los Registros, accesible *por* y *para todo* el público vía internet[784].

La información *registrada* no necesariamente coincidirá con la información que puede ser *divulgada,* dado que existen *excepciones obligatorias* de datos que no pueden ser publicados en las páginas web, como las identidades de la víctima, el número de seguro social y cualquier referencia a arrestos que no hayan terminado en condena[785]. Por otra parte, queda a discreción de cada estado la publicación de la información relativa a los individuos clasificados en el Nivel I (siempre y cuando la víctima no fuese menor de edad); el nombre del empleador; el nombre del establecimiento educacional al cual asiste el agresor y cualquier otro contenido que decida el Fiscal General[786]. En este sentido, la AWA mandata al Fiscal General la creación y mantención de una base de datos central llamada *National Sex Offender Registry,* mediante la cual se busca integrar, en un solo Registro, toda la información contenida en los registros estatales, de tal manera que esta se encuentre disponible en todo Estados Unidos[787].

Con el objetivo de unificar las características de las páginas web[788], la ley dispone la creación de un Registro on-line a nivel federal[789], llamado *Dru Sjodin National Sex Offender Public Website*[790], nombre en honor a Dru Sjodin*,* estudiante de 22 años, que fue secuestrada y asesinada por un ofensor sexual que cruzó fronteras estatales para cometer el crimen[791]. El sitio Web permite la búsqueda de agresores sexuales a partir del código postal o el radio geográfico. Sumado a ello, contiene los enlaces de todos los registros existentes a nivel estatal y provee información relevante de aquellos agresores sexuales que se encuentran enlistados.

---

783 *Ibíd.* p.49
784 § Adam Walsh Act, Secc.118, (a)
785 § Adam Walsh Act, Secc.118, (b)
786 U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. 2008b. *op.cit.* p.35
787 FERNÁNDEZ PACHECO, C. 2014. *op.cit.* p.389
788 *Ibíd.* p.389
789 U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. [en línea] <https://www.nsopw.gov> [consulta: 28 enero 2017]
790 § Adam Walsh Act, Secc.120(a)
791 THOMAS, T. 2011. *op.cit.* p.53

El Fiscal General tuvo un plazo de dos años para desarrollar, implementar y unificar los registros estadounidenses[792].

2.1.2.10.5. Incumplimiento del registrado

En la secc. 112 (e), la ley señala que cada jurisdicción debe tipificar un delito por el incumplimiento de llevar a cabo las obligaciones impuestas al registrado, el cual debe ser sancionado con 1 año como pena mínima[793]. Respecto de este incumplimiento, se ha señalado que no queda suficientemente claro si también incluye la hipótesis en que el ofensor no actualiza con *precisión* su información correspondiente[794].

El Acta tipifica como delito federal el hecho de cuando un individuo sale del país o se desplaza de un estado a otro, evadiendo dolosamente el registro y la actualización de información, lo cual es penado con multa o presidio que no supere los 10 años o ambas[795].

2.1.2.10.6. Incumplimiento de la implementación del Registro

La AWA establece un período de tiempo dentro del cual los estados deben implementar los requerimientos de SORNA, plazo de 3 años desde la promulgación del acta o hasta un año después de que el Registro online estuviese disponible[796]. El incumplimiento de este requerimiento, es sancionado con la reducción de un 10% del financiamiento de asistencia federal *Byrne Grant*. Dicha implementación no estuvo exenta de problemas, dado que algunos estados proyectaron gastos que bordeaban los $10 millones de dólares, siendo que la pérdida del 10% de la subvención se acercaba a los $435.320 dólares[797].

En la fecha de finalización del plazo de 3 años (27 de julio de 2009) ninguna jurisdicción había satisfecho los requerimientos mínimos de AWA, por lo que la fecha límite de implementación se extendió por un año más. Pese a ello, sólo 3 estados y 2 de 186 tribus americanas lo hicieron. Al término definitivo del plazo de implementación (27 de julio de 2011),

---

792 DOYLE, CH. 2007. Adam Walsh Child Protection and Safety Act: A legal Analysis. Congressional Research Service. CRS Report for Congress. p.10
793 § Adam Walsh Act, Título I, Subtítulo A, Sección 113 (e)
794 WRIGHT, R. 2008.*op.cit.* p.33
795 LOGAN, W. 2007. *op.cit.* p.7
796 § Adam Walsh Act, Sec. 124 "Period for implementation by jurisdictions"
797 SPOONER, K. 2011. *op.cit.* p.127

15 estados, 2 territorios y 16 tribus habían aprobado las leyes de registro conforme a las exigencias de la ley federal del año 2006[798]. Para el 1 de Octubre del año 2015, 17 estados, 3 territorios y 91 tribus soberanas federalmente reconocidas, han implementado SORNA de forma *sustancial*[799] [800].

2.1.2.10.7. Registro de agresores sexuales adolescentes

AWA permite el registro de agresores sexuales de 14 años de edad en adelante, siempre que tengan dicha *edad* al momento de la perpetración del delito y que este fuese comparable o más severo que la comisión de un abuso sexual agravado o la tentativa en conspiración del mismo delito[801]. Particularmente paradójico resulta el hecho de que adolescentes primerizos (en actividades delictivas), pueden (eventualmente) ser categorizados en el nivel III, lo que implicaría ser registrados de forma perpetua[802]. La agravación de pena de los delitos en donde los adolescentes son autores, se explica en que generalmente las víctimas suelen ser menores de edad[803]. Además, la ley contempla una *cláusula de exención de responsabilidad* por diferencia de edad en aquellos casos en donde la *víctima* tenga al menos 13 años y el *infractor* no más de 4 años que ella[804].

2.1.2.10.8. Programa de notificación Megan Kanka y Alexandra Nicole Zapp

La ley también implementa un programa de notificación a la comunidad (de modalidad *activa*) conforme al cual, inmediatamente después de que un agresor sexual se registre o bien actualice su información, un oficial de la jurisdicción debe difundir esta a las siguientes entidades: (i) al Fiscal General, con el objeto de que incluya los datos en el *National Sex Offender Registry*; (ii) a las agencias policiales y a cada escuela ubicada en el área en donde reside, trabaja o estudia el ofensor; (iii) a cada jurisdicción en donde el ofensor sexual resida, trabaje o estudie, y en cada jurisdicción de origen o destino en las cuales se produzca un cambio de residencia, trabajos o estudios; (iv) agencias responsables de la gestión de antecedentes laborales; (v) entidades de

[798] SALAT PAISAL, M. 2015. *op.cit.* p.19
[799] Por *sustancial* debe entenderse que la implementación de los Registros y sistemas de notificación satisface de forma suficiente los requisitos exigidos por SORNA, según las directrices asentadas en el documento "The National Guidelines for sex offender registration and notification", redactado por el Departamento de Justicia estadounidense.
[800] U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. 2015. *op.cit.* p.2; ZGOBA, K., MINER, M., LEVENSON, J., KNIGHT, R., LETOURNEAU, E. y THORNTON, D. 2015. *op.cit.* p.16.
[801] § Adam Walsh Act, Título I, Subtítulo A, sección 111, (8)
[802] SPOONER, K. 2011. *op.cit.* p.126
[803] HUMAN RIGHTS WATCH. 2013. *op.cit.* p.6
[804] FERNÁNDEZ PACHECO, C. 2014. *op.cit.*. p.393

servicio social encargadas de proteger a menores de edad; (vi) organizaciones de voluntariado en donde pueda ocurrir contacto entre el registrado y menores de edad u otras personas vulnerables y (vii) cualquier organización, compañía o individuo que solicite ser notificado[805].

2.1.2.10.9. *Civil Commitment*

En cuanto al *civil commitment,* la AWA incorpora la primera ley federal en la materia[806]. La medida contenida en el título III de la norma, *Civil Commitment of Dangerous Sex Offenders*, pretende lograr dos objetivos: (i) introducir la posibilidad para que aquellos individuos que hayan cometido un delito (federal) de carácter sexual sean internados en centros de *civil commitment,* una vez que hayan dado cumplimiento a la pena de prisión y (ii) fomentar la aprobación de leyes de *civil commitment* para ofensores sexuales entre aquellos estados que todavía no lo han realizado[807].

La ley provee un programa de desarrollo denominado *Jimmy Race State Civil Commitment Program for Sexually Dangerous Persons,* el cual establece los lineamientos generales para la aplicación del *civil commitment,* tales como estandarización conceptual del término «sexually violent predators», los procedimientos psiquiátricos, la regulación del proceso mediante el cual se determina la procedencia de su aplicación en los individuos considerados peligrosos, además de las vías para recurrir las resoluciones de la Corte[808].

Por otra parte, la ley entrega una definición del individuo *sexualmente peligroso para otros,* por los cuales entiende que son personas que padecen de anomalías mentales, trastornos de personalidad o enfermedad mental grave, producto de lo cual tendrían serias dificultades para abstenerse de conductas sexuales violentas o abuso de menores, en el supuesto de que fuesen liberados de prisión[809]. Los individuos que potencialmente pueden ser sujetos del *civil commitment,* no necesariamente deben estar privados de libertad por la comisión de un delito sexual, sino que también bastaría que presenten comportamientos sexuales inadecuados al interior de la cárcel[810]. El estándar de prueba es *clear and convincing evidence*, el cual es más bajo que el *beyond and reasonable doubt*[811].

---

[805] § Adam Walsh Act, Titulo I, Subtítulo A, Secc. 121 (B)
[806] FABIAN, J. 2012. *op.cit.* p.309
[807] SALAT PAISAL, M. 2015. *op.cit.* p.7
[808] TERRY, K. 2015. *op.cit.* p.117
[809] FABIAN, J. 2012. *op.cit.* p.310
[810] Para un análisis en profundidad de las implicancias terminológicas de la utilización de conceptos clínicos en la legislación referente al *civil commitment*, consultar: FABIAN, J. 2012. *op.cit.* pp.312-313
[811] HYNES, K. 2013. *op.cit.* p.375

2.1.2.10.11. «Sex Offender Sentencing, Monitoring, Apprehending, Registering and Tracking» (SMART)

Por último, la AWA establece la creación de una agencia responsable de prestar asistencia a los estados en la implementación de SORNA y colaboración en el asesoramiento de las políticas criminales en materia de monitorización de agresores sexuales[812].

2.1.2.11. «International Megan's Law To Prevent Child Exploitation and Other Sexual Crimes Through Advanced Notification of Traveling Sex Offenders» (2016)[813]

La ley fue firmada el 8 de febrero del año 2016 por el presidente Barack Obama y tiene por propósito la protección de los menores de edad y otras personas contra el abuso y la explotación sexual, incluyendo el tráfico y el turismo sexual[814]. La normativa obliga a que los sujetos registrados por la comisión de un delito sexual contra un menor pongan en conocimiento a las autoridades de cualquier viaje al extranjero, para que las autoridades americanas puedan informar al país de destino la llegada de un ciudadano estadounidense con antecedentes penales por la comisión de un delito sexual contra menores[815].

En cuanto a los agresores enlistados en registros, en el año 2001, la cifra ascendía aproximadamente a 386.000 registrados[816], 538.000 en 2004[817], 644.000 en 2008[818], 700.000 en 2011[819] y 805.781 en el año 2016[820].

---

812 LOBANOV-ROSTOVSKY, C. 2015. *op.cit.* p.8

813 Public Law 114-119 (114th Congress), Sección 1, (a)

814 El «sexual tourism» (turismo sexual) es una terminología utilizada para referir a los hombres de las partes *más desarrolladas* del mundo que viajan a zonas *menos desarrolladas* con propósitos de explotación sexual; partes donde la pobreza y la depravación han llevado a la gente (especialmente menores de edad) a la práctica de la prostitución. THOMAS, T. 2011. *op.cit.* p.104

815 SALAT PAISAL, M. 2015. *op.cit.* p.8

816 TEWKSBURY, R. 2006. *op.cit.* p.1

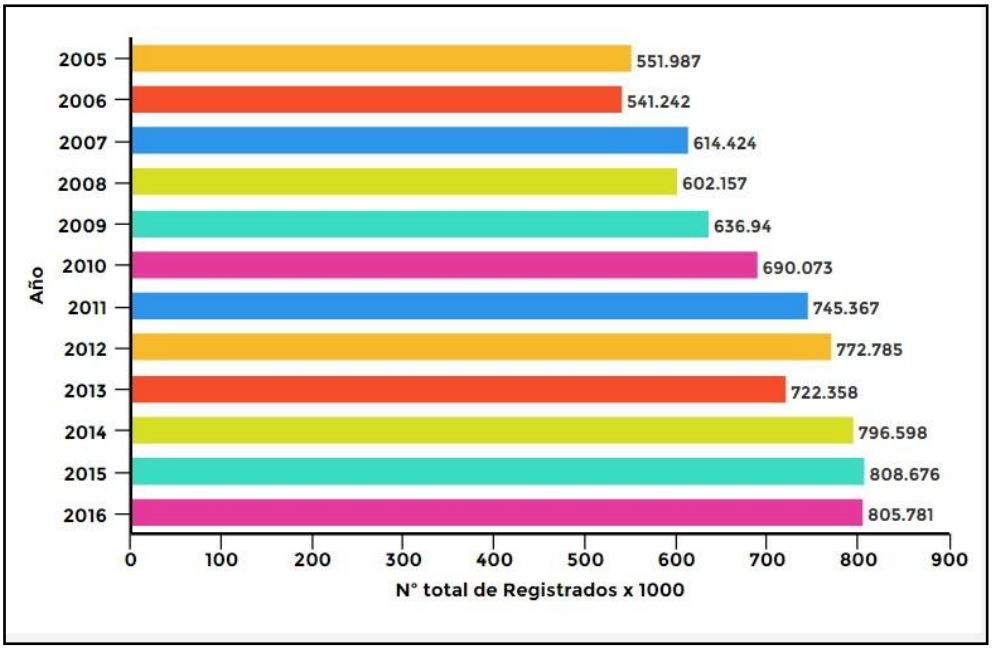
817 *Ibíd.* p.1

818 SCHULTZ, C. 2014. *op.cit.* p.64

819 LOGAN, W. 2011. *op.cit.* p.2

820 Estudio en: Parents for Megan's Law and The Crime Victims Center [en línea] <https://www.parentsformeganslaw.org/public/meganReportCard.html> [consulta: 28 enero 2017]

Gráfico nº1. *Cifra total de registrados por año en EE.UU.*



Fuente: Parents for Megan's Law and The Crime Victims Center[821].

Cuadro nº3. *Cuadro sintético del repertorio de leyes estadounidense relevantes en materia sexual*

Nombre	Año	Contenido
Community Protection Act	1990	Ley de registro y notificación promulgada por el estado de Washington, la cual permitió llevar a cabo notificaciones de la presencia de ex condenados por delitos sexuales en la comunidad
Jacob Wetterling Act	1994	Ley de carácter federal, la cual estableció los estándares mínimos que debía cumplir cada estado en la configuración de sus registros, y que permitió que se divulgara la información en la comunidad -sin ser esta una *exigencia*-
Megan's Law	1996	Ley federal que requirió a los estados *permitir el acceso* público y *notificar a la comunidad* la información de los Registros de Condenados por delitos sexuales
Pam Lyncher Act	1996	Ley federal que exigió la creación de una base de datos nacional de los registros implementados en los Estados
Jessica's Law	2005	Ley del estado de Florida que tuvo por finalidad aumentar las penas de los delitos sexuales y regular la implementación de sistemas de monitorización vía GPS
Adam Walsh Act	2006	Ley federal que reformula los estándares mínimos para la implementación de los Registros y los sistemas de notificación

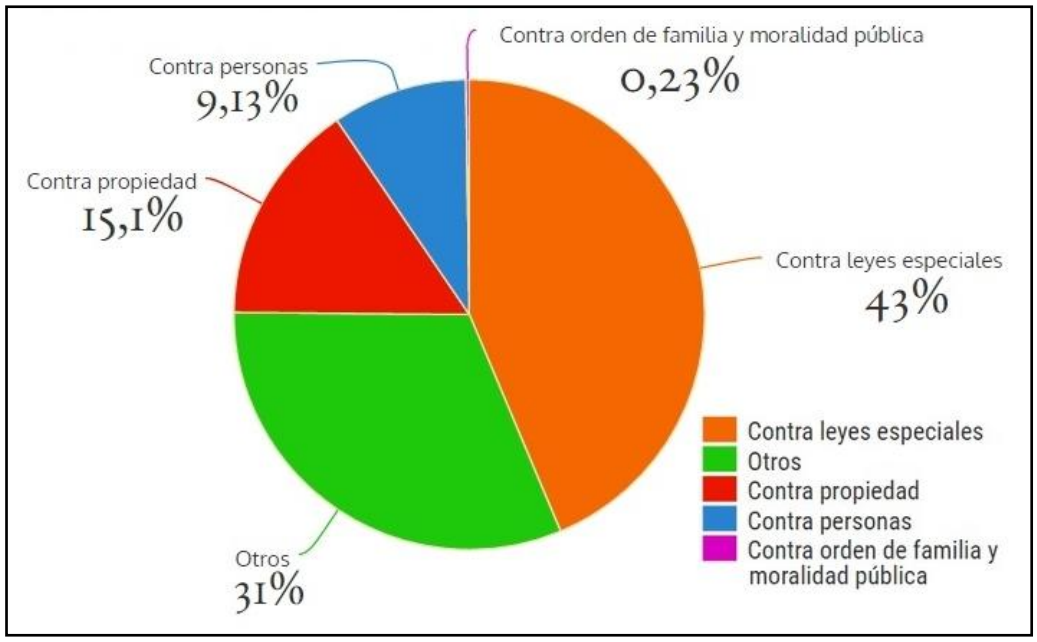
[821] *Ibíd.*

2.2. Chile

2.2.1. Panorama estadístico de la delincuencia sexual en Chile

En Chile, los delitos sexuales se producen en una baja frecuencia, lo que no implica que por ello revistan de menor gravedad. Según el Informe Anual de Carabineros del año 2015, de un total de 3.091.471 denuncias a nivel nacional recibidas por la institución, 7.276 correspondieron a *delitos contra el orden de la familia y la moralidad pública*[822], lo que equivale al 0.23% del total de denuncias. Es menester precisar que los delitos sexuales se caracterizan por tener una alta *cifra negra*, concepto que hace referencia a las cantidades de hechos delictivos no detectados por el sistema de control penal[823]. Esto implica que la cantidad de casos que se producen suele ser mayor a la cantidad formal de denuncias realizadas, la cual es (*relativamente*) baja y ha oscilado entre las 7 mil y 10 mil durante la última década.

Gráfico nº2. *% total de denuncias por delitos en Chile (año 2015)*

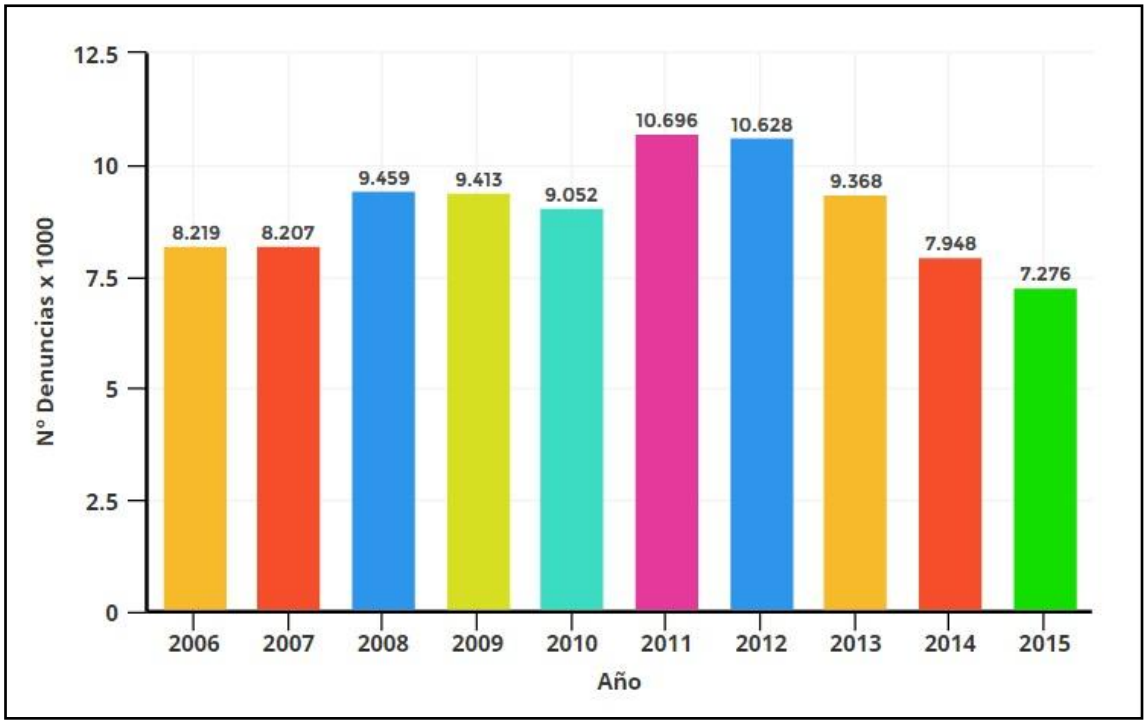


Fuente: Informe anual Carabineros 2015

[822] INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. 2015. Carabineros: Informe Anual 2015 [en línea] <http://www.ine.cl/canales/menu/publicaciones/calendario_de_publicaciones/pdf/carabineros_2015.pdf> [consulta: 28 enero 2017] p.28

[823] MACCHINO FARÍAS, M.A. 2007. Defensoría Penal Pública. Departamento de estudios y proyectos. Delitos sexuales y prevención terciaria. Santiago. Chile. En: Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios. Vol. 17. p.484

Gráfico nº3. *Cantidad total de denuncias de delitos sexuales por cada año en Chile.*

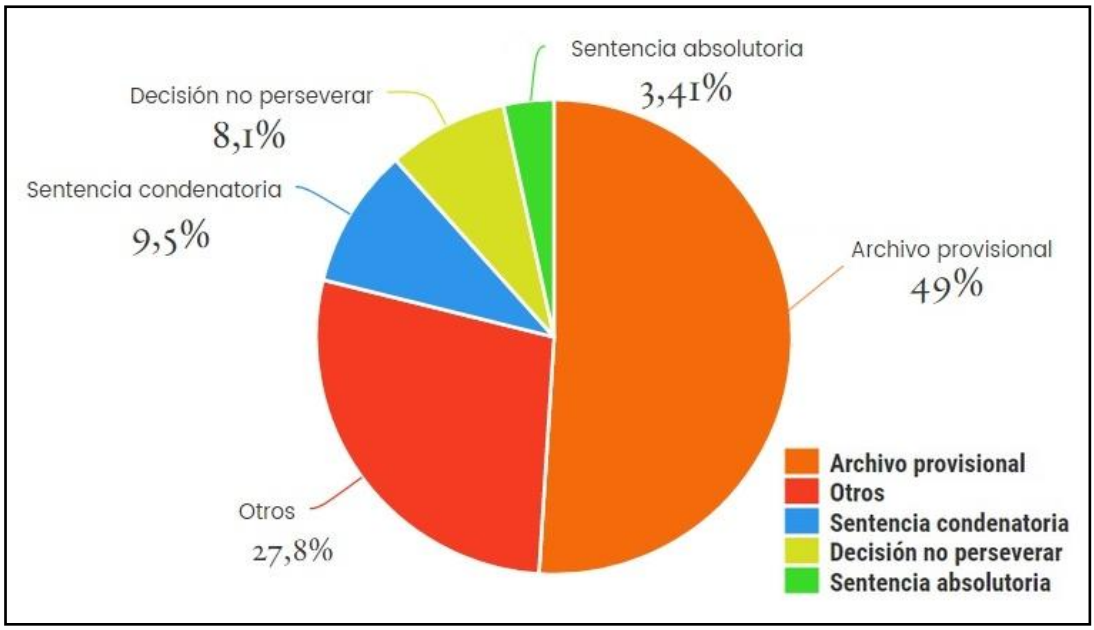


Fuente: Informes anuales de Carabineros (2006-2015)

Según los datos aportados por Fiscalía, el año 2015 se terminaron un total de 1.606.528 *causas*, de las cuales 23.400 correspondieron a delitos sexuales, lo que equivale al 1.4% del total de *causas terminadas*. De esta cifra, 11.940 causas fueron terminadas por archivo provisional (49%); 1.913 por decisión de no perseverar (8.1%); 1.590 por facultad de no investigar (6.7%) y 1.012 por sobreseimiento definitivo (4.3%). Respecto de las causas terminadas por sentencia definitiva, 2.230 fueron condenatorias (9.52%) y 800 absolutorias (3.41%)[824].

[824] FISCALÍA DE CHILE. 2015. Boletín Estadístico anual Enero – Diciembre [en línea] < http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/archivo?id=24102&pid=189&tid=1&d=1> [consulta: 28 enero 2017] p.24

Gráfico nº4. *Terminación de causas por delitos sexuales en Chile (2015)*



Fuente: Boletín Fiscalía 2015

Por su parte, en el período comprendido entre enero y junio del año 2016, a la Fiscalía han sido ingresadas 9.969 causas por delitos sexuales, lo que equivale al 1.52% del total de causas (655.516)[825]. Del total de 11.420 causas terminadas, 6.072 fueron por archivo provisional (52.98%); 841 por decisión de no perseverar (7.33%); 695 por facultad de no investigar (6%) y 538 por sobreseimiento definitivo (4.7%). De las causas terminadas por sentencia definitiva, 1.002 han sido condenatorias (8.77%) y 326 absolutorias (2.85%).

De los datos expuestos, del total de las causas terminadas cada año, la mitad son archivadas provisionalmente, esto es, el Ministerio Público entiende que no existen antecedentes suficientes que le permitan desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos (art. 167 Código Procesal Penal).

825 FISCALÍA DE CHILE. 2016. Boletín Estadístico I Semestre [en línea] < http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/archivo?id=26715&pid=197&tid=1&d=1> [consulta: 28 enero 2017] p.8

2.2.1. Ley Nº 20.594

Crea un registro de inhabilidades para los condenados por delitos sexuales contra menores

2.2.2.1. Antecedentes de la ley

La ley Nº 20.594 (crea inhabilidades para condenados por delitos sexuales contra menores y establece registro de dichas inhabilidades), tuvo por primer antecedente la discusión parlamentaria de la ley Nº 19.927 del año 2004, la cual modificó el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil. Entre otras modificaciones, la ley aumentó las penalidades de los delitos de violación, violación impúber y abusos sexuales; fijó en 18 años la edad de protección a las víctimas de pornografía infantil; aumentó la edad para efectos de la determinación del *impúber* y amplió la tipificación de conductas penales en cuanto a la pornografía (i.e. almacenamiento de material pornográfico).

En el primer trámite constitucional de la ley Nº 19.927, en la discusión en sala[826], el congresista Patricio Walker se refirió a la idea de crear un *registro de «pedófilos»*[827] y establecer la pena de inhabilitación temporal por 10 años para que estos no trabajen con menores. Respecto al Registro, el diputado expuso los fundamentos de este mecanismo en los siguientes términos:

"[E]sta es una **medida preventiva** que en nada afecta la rehabilitación del pedófilo o pederasta. Voy a explicar por qué. La ley Megan, en Estados Unidos, dictada en 1994, a raíz de una violación muy dramática ocurrida en ese país y que causó mucho impacto, y perfeccionada en 1996, crea un registro público de pedófilos con la finalidad de informar a los vecinos que hay un pedófilo viviendo en la comunidad. Incluso se pone la foto. Esa legislación causó un impacto negativo en muchos diputados pues, a juicio de ellos, significaba impedir la reinserción de la persona en la sociedad e incentivarla para actuar de manera clandestina. Nuestro registro no es como el de la ley Megan, sino un punto intermedio. Es decir, permite que cualquiera institución, pública o privada, por ejemplo, un colegio que desea contratar a un transportista escolar, un profesor, un dirigente scout, sepa si el candidato al empleo ha sido condenado

[826] Cámara de Diputados, Legislatura 347, Sesión 4, Fecha 11 de septiembre de 2002, pp.112-113

[827] En términos analíticos, la utilización del concepto *pedofilia* es errada. Etimológicamente, *pedofilia* proviene del gr. *pais, paidós,* <niño>, mientras que el *filia* del gr. "philos", <amor>. En consecuencia, la *pedofilia* corresponde a la atracción erótica o sexual que una persona siente hacia niños o adolescentes, en donde el agente portador de dicha atracción es el *pedófilo*. El error está dado en que la atracción del pedófilo por los menores no trasciende al plano externo-material, como sí lo hace el *pederasta*, quien despliega un comportamiento sexual externo y concretizado -ergo, propiamente delictivo- sobre un menor de edad. En consecuencia, una persona puede ser calificada como *pedófila* sin que ello implique propiamente un delito, dado que la atracción sólo se limita a un plano interno, lo que no constituiría un comportamiento punible. En similar sentido, ROBAYNA PERERA, M. 2011. Criminología Sexual: La huella humana. Derecho y Cambio Social. Año 8. Nº25. p.7 y MARCO FRANCIA, M.P. 2015. Los agresores sexuales de menores: aspectos criminológicos y tratamiento jurídico penal. Tesis doctoral. Toledo. Universidad de Castilla La Mancha. pp.190-191

por pedofilia. La idea no es hacer escándalo público de esa información, sino que, simplemente, que la institución lo pueda saber.

Ahora, en caso de que una persona desee contratar un jardinero, un guarda-espalda o alguien que trabaje con niños, puede pedir autorización al entrevistado para conocer sus antecedentes. Si la persona se niega, obviamente no se contrata. Creo que de esa manera se resguarda la privacidad, la honra de las personas y el derecho a rehabilitarse. Con este aspecto preventivo se podrá saber si la persona que se va a contratar para trabajar con niños ha sido condenada o no por delitos sexuales contra menores. Estas personas generalmente reinciden y, por lo tanto, esta norma es tremendamente importante."[828]

Desde ya, cabe identificar y dejar manifiestas las premisas sobre las cuales se sustenta la intervención expuesta: (i) en primer lugar, se considera que el agresor sexual, una vez que ha cumplido su condena, sigue siendo una «fuente de peligro», por lo que resulta necesario la adopción de medidas de carácter preventivas para efectos de reducir la (eventual) reincidencia y mantener neutralizado al ex condenado; (ii) en segundo lugar, la propuesta se aleja de la lógica *registro-notificación activa,* sin embargo mantiene la idea de un registro de *notificación pasiva*, con acceso de carácter *público*; (iii) particularmente vinculado con el punto *(i),* es la idea de la reincidencia: la consideración de una «fuente de peligro» está dada por la creencia de que los condenados por delitos sexuales suelen reincidir más que otro tipo de «delincuentes», lo cual -como se verá más adelante- es errado y lejano a la reincidencia que «*generalmente*» se suele dar, en los términos empleados por Patricio Walker.

2.2.2.2. Historia de la ley

A continuación, se hará revisión del proceso de formación de la ley Nº 20.594 mediante la exposición y debate de las ideas implicadas en el tema, lo cual tiene por objetivo lograr la comprensión de los fundamentos subyacentes del Registro de inhabilidades chileno e ilustrar cómo este fue mutando en su configuración, desde la concepción plasmada en el mensaje presidencial hasta la promulgación del mismo:

[828] Historia de la ley Nº19.927. 2004. Modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil. Biblioteca de Congreso Nacional de Chile [en línea] <https://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3801/1/HL19927.pdf> [consulta: 28 enero 2017] p.112

I. Primer trámite constitucional: Cámara de Diputados

1.1. Mensaje del Ejecutivo

(Mensaje de S.E. Presidente de la República. Fecha 19 de mayo, 2010. Cuenta en sesión 29. Legislatura 358)

El proyecto de ley presentado por el Ejecutivo propuso introducir *penas de inhabilidades* para los condenados por delitos sexuales en contra de menores, creando una sección especial en el Registro de Condenas, la que podría ser consultada por el público para revisar y cerciorarse si una persona se encuentra afecta a las inhabilidades que le prohíben acceder a cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con menores de edad.

1.1.1. Fundamentos de la iniciativa

En el mensaje del Presidente de la República (Mensaje Nº 117-358) con el que se inició el proyecto de ley, se señaló que una de las necesidades del sistema de penas consiste en minimizar el temor de la ciudadanía, los riesgos de reincidencia y lograr el perfeccionamiento de los resguardos y mecanismos de protección de la población[829]. Para sustentar esta premisa, se citó estadísticas de Carabineros, las cuales daban cuenta de que en el año 2009, los delitos sexuales en contra de menores de 13 años ascendían a 3.900; mientras que contra mayores de 14 pero menores de 18 años, la cifra fue de 2.200 y los cometidos contra mayores de 18 correspondieron a un total de 4.950 casos. Por tanto, el 55% de los delitos sexuales fueron cometidos contra menores de edad (entiéndase menores de 18 años). Ahora bien, en el mismo mensaje se reconocía que estos delitos se producían con menor frecuencia que otras modalidades delictivas, tales como aquellas que atentan contra la propiedad[830].

Con la creación del Registro de Inhabilidades se pretendía satisfacer finalidades *preventivas* y *de control,* y conforme a ello, se concibió como una "herramienta pública y de fácil consulta, disponible en forma gratuita, que permita -por una parte- a la ciudadanía disipar el temor o tomar las precauciones adecuadas frente a situaciones de potencial riesgo y -por otra- a los órganos de control de delito identificar rápidamente a aquellos hechores reincidentes y agilizar los resultados

[829] Historia de la ley Nº 20.594. 2012. Crea Inhabilidades para condenados por delitos sexuales contra menores y establece registros de dichas inhabilidades. Biblioteca Congreso Nacional de Chile [en línea] <https://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/37261/7/HL20594.pdf> [consulta: 28 enero 2017] p.5

[830] *Ibíd.* p.5

de los procesos judiciales por este tipo de delitos"[831]. Esto se llevaría a cabo mediante la modificación del Decreto Ley Nº 645, creando una sección especial en el actual Registro General de Condenas dependiente del Registro Civil. Dado que se pretendía que la información de esta nueva sección pudiese ser consultada por la ciudadanía, el registro adoptaba un carácter *público***.**

1.1.2. Contenido del proyecto

La *iniciativa* tuvo por objetivo introducir modificaciones en el Código Penal y en el Decreto Ley Nº 645 sobre Registro Nacional de Condenas, a través de dos artículos:

(a) Art. 1º (*Modificaciones al Código Penal)*

(i) Modificación del art. 21 y 39 bis del Código Penal: introduce la pena de *inhabilidad perpetua*, aplicable en aquellos casos en los cuales la víctima fuese menor de 14 años, mientras que la inhabilidad temporal procedería cuando la víctima tuviese más de 14 años, pero menos de 18.

(ii) Modificación del art. 372 del Código Penal: aquellos individuos que cometieran alguno de los delitos de los párrafos precedentes al artículo en comento (*véase párrafo 5 -violación propia e impropia- y 6 -estupro, incesto, corrupción de menores y otros delitos sexuales*), siendo la víctima menor de 14 años, se les impone la pena de inhabilitación absoluta perpetua[832] para cargos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad. Esta pena se extiende -en términos aplicativos- a los delitos estipulados en el art. 142 inc. final (*sustracción de menores con violación*); 372 bis (*violación con homicidio*) y 433 nº1 (*robo con violación*) y en estos tres últimos supuestos, la procedencia está sujeta a que la víctima sea menor de 14 años y hubiere sido objeto de violación. Por último, la inhabilidad perpetua también se aplica al delito 374 bis, cuando se hubiesen utilizados menores de edad en la producción de material pornográfico.

[831] *Ibíd.* p.5

[832] El establecimiento de una pena de inhabilitación perpetua respecto de simples delitos (véase, corrupción de menores de 14 años -366 quáter- y participación en producción de material pornográfico cuando se empleen menores de edad -366 quinquies-), tuvo por efecto que estos pasaron a ser crímenes, modificando a su vez, el plazo de prescripción de la acción penal (pasando de 5 a 10 años)

Luego, se agrega un segundo inciso, conforme al cual la pena de inhabilitación absoluta temporal también es aplicable si habiéndose cometido alguno de los delitos previamente referidos, la víctima es mayor de 14 años pero menor de 18, con excepción de los delitos previstos en el artículo 365 (*sodomía consentida con menor de 18 años*) y 367 ter (*solicitación de servicios sexuales a un menor de 14 pero menores de 18 años*), respecto de los cuales la pena de inhabilitación absoluta temporal sólo procede cuando el sujeto activo fuese alguno de los mencionados en el artículo 371 del mismo cuerpo legal (a saber, ascendientes, guardadores, maestros y cualesquiera persona con abuso de autoridad o encargo).

(b) Artículo 2º (*Modificaciones al Decreto Ley Nº 645 sobre "Registro General de Condenas"*)

(i) Agrega inciso 3º al Art. 1º D.L. Nº 645, el que introduce una sección especial en el Registro de Condenas, estableciendo un *Registro de las penas de inhabilidades* del artículo 39 bis del Código Penal, impuestas por sentencia ejecutoriada y al cual se accedería vía internet.

(i) Sustituye art. 6º bis, establece que cualquier persona natural o jurídica, podrá solicitar que se le informe por la autoridad encargada de llevar el Registro o informarse por sí misma, si una persona determinada se encuentra condenada por alguna de las inhabilitaciones (perpetua o temporal) establecidas en el art. 39 del Código Penal.

1.2. Informe de Comisión de Seguridad Ciudadana.

(Cámara de Diputados. Fecha 11 de agosto, 2010. Cuenta en Sesión 64. Legislatura 358)

La Comisión de Seguridad Ciudadana y de Drogas realizó un informe respecto del proyecto de ley presentado, calificado con urgencia de "suma" (Boletín Nº 6952-07)

1.2.1. Discusión general del proyecto

a. Respecto de las penas de inhabilidades

El abogado asesor del Ministerio del Interior, JUAN DOMINGO ACOSTA, sostuvo que la *pena de inhabilidad perpetua* no era nueva en nuestro sistema penal, dado que también se encontraba contemplada para delitos de funcionarios[833] y su introducción en este proyecto ampliaba la aplicación de la *inhabilidad absoluta perpetua* extendiendo a los sujetos activos de este delito, puesto que en los términos consagrados por el Código Penal en el art. 372 inc. 2º, la inhabilidad temporal sólo era procedente cuando el sujeto activo correspondía a alguno de los mencionados en el art. 371 del Código Penal (ascendientes, guardadores maestros y cualesquiera personas con abuso de autoridad o encargo)[834].

b. Respecto del Registro

El abogado JUAN DOMINGO ACOSTA señaló que el acceso al Registro General de Condenas se encontraba restringido a las entidades que prestaban algún servicio educacional, por lo que con las modificaciones del proyecto de ley, se buscaba ampliar el acceso a la información tanto para personas naturales como jurídicas[835]. Según su consideración, el Registro era una manera de ejercer un c*ontrol social sobre la pena* y que su publicidad no vulneraba el derecho de los condenados, dado que no se expondría información personal ni datos sensibles, sólo la pena impuesta en la sentencia[836].

En este mismo sentido, el diputado CRISTIÁN MONCKEBERG destacó la relevancia del que el Registro sea *público*, dado que era importante dotar a la comunidad de un instrumento que le permitiese acceder a la información de si una persona se encontraba afecta a una inhabilidad para trabajar con menores de edad[837].

---

[833] Historia de la ley Nº 20.594. 2012. *op.cit.* p.20
[834] *Ibíd.* p.22
[835] Este alcance realizado por Juan Domingo Acosta, da cuenta de la implementación de un registro con sistema de notificación (pasiva), lo que determina la naturaleza pública de este.
[836] Historia de la ley Nº 20.594. 2012. *op.cit.* p.22
[837] *Ibíd.* p.23

c. Respecto del proyecto en general

El diputado FELIPE HARBOE consideró que el proyecto de ley, eventualmente, podría adolecer de un vicio de constitucionalidad ya que afectaría garantías *constitucionales*, puesto que bajo su entendimiento, se estaría otorgando una acción pública para el acceso indiscriminado a la base de datos, desconociendo con ello el *principio de finalidad*[838]. Conforme a lo expuesto, resaltó la necesidad de que se implementara un sistema que consagre el *principio de finalidad* y que se contemplaran sanciones para quien haga mal uso de la información[839].

Ante esta intervención, JUAN DOMINGO ACOSTA replicó que la posible violación de garantías constitucionales referida por el diputado, se encontraba resguardada por la ley Nº 19.628 *sobre protección de la vida privada* o *protección de datos de carácter personal* y que en este caso, la información contenida en el Registro no tendría un carácter propiamente *privado,* dado que las condenas son dictadas en juicios públicos[840].

La Comisión, por unanimidad, aprobó *en general* la iniciativa[841].

1.2.2. Discusión particular

En esta etapa, cabe resaltar que los diputados formularon una indicación para cambiar el art. 1º del proyecto que modificaba el Decreto Ley Nº 645, dado que este determinaba que el acceso al Registro se haría por la *vía de internet,* ante lo cual los legisladores propusieron que fuese por *vías telemáticas*, en tanto era un concepto más amplio[842]

1.3. Discusión en sala

(Legislatura 358, sesión 65, fecha 18 de agosto 2010. Discusión general. Se solicita nuevo informe)

El proyecto se remitió a la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia[843].

---

838 Conforme a este principio, el acceso a los datos de una persona por parte de terceros sólo es procedente en casos excepcionales y en los cuales se justifique un interés objetivo, del cual debe estar en conocimiento el titular de dichos datos.
839 Historia de la ley Nº 20.594. 2012. *op.cit.* p.22
840 *Ibíd.* p.23
841 *Ibíd.* p.23
842 *Ibíd.* p.29
843 *Ibíd.* p.37

1.4. Informe de Comisión de Constitución

(Cámara de Diputados, Fecha 03 de noviembre, 2010. Cuenta en Sesión 101, legislatura 358)

El Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia recaído en el proyecto de ley que creaba inhabilidades para condenados por delitos sexuales contra menores y establecía registro de dichas inhabilidades (Boletín nº 6952-07) tiene especial relevancia, dado que contiene la intervención de connotados académicos del Derecho Penal, quienes expusieron sus consideraciones (*críticas*) respecto del proyecto de ley. A continuación, las intervenciones recibidas por la Comisión:

1.4.1. Intervenciones de académicos de Derecho Penal

a. Don José Luis Guzmán Dálbora (profesor de Derecho Penal en la Universidad de Valparaíso)

Respecto de las *inhabilitaciones*, las enmarcó en las penas de interdicción, las cuales inciden en la capacidad y el honor jurídico del condenado y que, de no ser manejadas con mesura, pueden llegar a provocar el aniquilamiento de la personalidad del condenado o su muerte civil[844]. Prosiguió sosteniendo que se debería erradicar la mácula infamante de la pena de interdicción introduciéndole modificaciones, tales como la posibilidad de ser graduadas por el juez o que la extensión estuviese limitada temporalmente[845]. En este mismo sentido, señaló que la pena de inhabilidad absoluta perpetua estaría prohibida por la *Convención Americana de Derechos Humanos*, en virtud del art. 5 Nº 3, conforme al cual la pena no puede trascender en la persona del delincuente, y del art. 5 Nº6, en donde se señala que la finalidad de las penas privativas de libertad son la reforma y reinserción del delincuente[846].

Respecto del Registro, GUZMÁN DÁLBORA manifestó que su inquietud recaía en el carácter *público* de este. Su reparo consistió en el hecho de que en el proyecto de ley no se requería al solicitante dar cuenta de un *interés legítimo,* lo que subvertía la naturaleza del Registro de Condenas, en tanto hasta ese momento la información estaba disponible sólo para los individuos o instituciones que deseaban contratar a personas para empleos, cargos u oficios que implicasen

[844] *Ibíd.* pp.40-41
[845] *Ibíd.* p.41
[846] *Ibíd.* p.42

una relación directa y habitual con menores de edad[847]. Por último, aseveró que en virtud de la *publicidad de la condena* -pese a que la inclusión de esta en el Registro no constituía propiamente una pena- le otorgaba un carácter infamante a la anotación.

b. Don Francisco Maldonado Fuentes (Subdirector del Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca)

Respecto de las *inhabilitacione*s, su intervención se remitió a tratar puramente aspectos técnicos, dado que difería de la posición político criminal subyacente a la iniciativa. En este sentido, señaló que la extensión de la inhabilidad perpetua se constituía como una *presunción de reincidencia*, ya que la lógica implícita consistía en que si una persona cometía un delito sexual, entonces podría incurrir en el mismo hecho y ese «*podría*» -contingente- se traduce en la imposición de una pena[848].

Respecto del Registro, reconoció que estos contribuían a la investigación policial y al desbaratamiento de redes en cuanto aportaban antecedentes que pueden ser útiles en la persecución penal, pero su *publicidad* presentaba los siguientes inconvenientes[849]:

(i) La condena es un dato personal que no pierde tal condición por la lectura pública de la sentencia en el tribunal oral (art. 21 de ley 19.628[850]), en tanto la publicidad opera para resguardar la imparcialidad del tribunal y evitar arbitrariedades;

(ii) Existe una contraposición entre el *interés del registrado de proteger sus datos personales* y el *de la comunidad de conocerlos por razones de seguridad*. Esta antinomia debe ser resuelta por un criterio de utilidad práctica, sin embargo la preeminencia de la seguridad de la comunidad no tiene un sustrato empírico, en tanto el Registro no tendría operatividad eficaz en la prevención de delitos sexuales violentos o aquellos que se den en los círculos cercanos a la víctima[851]

Por último, en el mismo sentido que GUZMÁN DÁLBORA, advirtió la eventual estigmatización que podría provocar el acceso a la información de las condenas.

---

[847] *Ibíd.* p.42
[848] *Ibíd.* p.43
[849] *Ibíd.* p.44
[850] *Artículo 21.*- Los organismos públicos que sometan a tratamiento datos personales relativos a condenas por delitos, infracciones administrativas o faltas disciplinarias, no podrán comunicarlos una vez prescrita la acción penal o administrativa, o cumplida o prescrita la sanción o la pena.

Exceptúase los casos en que esa información les sea solicitada por los tribunales de Justicia u otros organismos públicos dentro del ámbito de su competencia, quienes deberán guardar respecto de ella la debida reserva o secreto y, en todo caso, les será aplicable lo dispuesto en los artículos 5º, 7°, 11 y 18.
[851] Historia de la ley Nº 20.594. 2012. *op.cit.* p.45

c. Don Juan Pablo Mañalich Raffo (profesor de Derecho Penal de la Universidad de Chile)

En términos globales, el profesor MAÑALICH afirmó que la implementación de la iniciativa del Registro marcaría la consolidación del «derecho penal del enemigo» por sobre el «derecho penal del ciudadano»[852]. A su vez, sería la imposición de la prevención especial negativa por sobre las proposiciones re-socializadoras.

Un problema que identificó en las *inhabilidades*, dice relación con que estas pueden ser aplicadas a un espectro de delitos de diversa gravedad específica, equiparando -a modo de ejemplo- la violación impropia con la distribución de material pornográfico en cuya producción hubieren sido utilizados menores de edad, lo que infringiría el *principio de proporcionalidad*[853]. Luego, la extensión perpetua de la pena implicaría que la responsabilidad penal no se extingue, lo que impediría al registrado recuperar la ciudadanía.

Respecto del Registro, al igual que los profesores previamente citados, recalcó el carácter infamante que adoptaría la pena por la publicidad de los datos[854]. Además, el control de la pena sería transferido desde la agencia estatal a la ciudadanía, lo que equivaldría a una especie de «linchamiento». Por último, introdujo una interesante pregunta: si la medida tenía por justificación prevenir la reincidencia, ¿por qué no podría existir un Registro Público que contuviese las condenas de individuos que han cometido otro tipo de delitos?[855].

1.4.2. Discusión particular del proyecto

a. Respecto a la extensión y accesibilidad al Registro

En este apartado, cabe destacar que los representantes del Ejecutivo estuvieron de acuerdo con algunos de los alcances realizado por los profesores invitados. En lo referido a la *extensión* del Registro, y dada la experiencia en el derecho comparado, consideraron correcto que sólo se entregue la afirmación o negación de la existencia de una condena y en cuanto a la

[852] El planteamiento de MAÑALICH, de que este tipo de medidas propenderían a la instauración del derecho penal del enemigo, es replicado por ACOSTA SÁCHEZ, señalando que las penas de inhabilitación -ya sea temporales o perpetuas- ya se encontraban recogidas por el Código Penal, sin que se calificara su aplicación como el *derecho penal del enemigo*.
[853] Historia de la ley Nº 20.594. 2012. *op.cit.* p.46
[854] *Ibíd.* p.47
[855] *Ibíd.* p.47

accesibilidad a la información que el registro contiene, entendieron que se debería restringir a quien tuviese un *legítimo interés*. Conforme a ello, los diputados presentaron una indicación consistente en que sólo quien acredite tener un «interés legítimo» en ello, pueda acceder al Registro por vías telemáticas[856].

b. Respecto del concepto «interés legítimo»

En cuanto a qué se entendería por «interés legítimo», ENRIQUE ALDUNATE ESQUIVEL, asesor parlamentario, sostuvo que este era un concepto muy amplio y por ello, aumentaban las probabilidades de que la información fuese divulgada. En esta línea, el diputado JORGE BURGOS propuso la necesidad de imponer una sanción para quien, habiendo alegado este «interés legítimo», haga mal uso de la información obtenida[857]. Como se vio anteriormente, esta idea ya se había deslizado por el diputado FELIPE HARBOE en la Comisión de Seguridad Ciudadana.

En este punto, me parece necesario destacar la intervención del diputado PEDRO ARAYA, quien sostuvo que el Registro podría devenir en una pena infamante, teniendo en consideración que estos requerimientos de información entre particulares podían satisfacerse mediante la exigencia de certificados de antecedentes -*tesis a la cual adhiero*-. Además, indicó -junto a JORGE BURGOS- que era un contrasentido imponer una restricción de autentificación como el «interés legítimo», cuando la información estaría disponible para todos en internet[858].

1.5. Discusión en sala

(Cámara de Diputados. Legislatura 358. Sesión 104. Fecha 30 de noviembre, 2010. Discusión general. Se aprueba en general y en particular)

En esta etapa, las intervenciones presentaron dos tendencias: la *minoritaria* sostenía la reivindicación del fin re-socializador de la pena y la *mayoritaria* se declaraba a favor de la implementación de las penas de inhabilidad y el Registro Público.

A continuación, destacaré las dos intervenciones que fueron las más relevantes de cada posición.

En la tendencia *minoritaria,* el diputado PEDRO ARAYA -*en mi opinión, en la más lúcida intervención en la discusión parlamentaria*- manifestó no compartir la idea matriz ni la iniciativa

[856] *Ibíd.* p.57
[857] *Ibíd.* p.58
[858] *Ibíd.* p.60

despachada por la Comisión de Constitución. En el mismo sentido que el profesor MAÑALICH, sostuvo que el proyecto de ley apuntaba a la idea del «derecho penal del enemigo», actuando mediante la estigmatización del condenado. Además, bajo este Registro, convergían figuras penales de gravedad disímiles entre sí, como la producción de material pornográfico y el delito de violación[859]. Por otra parte, se mostró a favor del fin *re-socializador* de la pena, el cual se estaba desconociendo por el proyecto de ley, en tanto propendía a la estigmatización e infamia del registrado. Por último, apuntó a lo fútil que se vuelve este sub-registro, considerando que los sostenedores de centros educacionales podían requerirle al Registro Civil la información de la persona que estuviese postulando a un cargo para trabajar con menores, con el objeto verificar la existencia (o no) de una condena e inhabilitación para desarrollar dichos empleos[860].

En la vereda contraria, el diputado MIODRAG MARINOVIC, en una posición mucho más drástica o derechamente visceral, planteó la siguiente dicotomía: o se está con los derechos de los niños y niñas de este país o "se busca defender los derechos de los que abusan y violan a nuestros niños"[861]. El diputado aseveró que "la mayoría de los violadores -está demostrado, porque hay estudios al respecto- son reincidentes"[862]. Luego, se mostró favorable a que el registro sea *totalmente público*, para luego finalizar su intervención invitando a sus colegas a votar *en favor de los niños y las niñas de nuestro país y en contra de los violadores y abusadores*[863].

En similares líneas argumentativas, aunque difiriendo en la forma, los diputados Matías Walker[864], Alberto Cardemil[865], Marisol Turres[866], Giovanni Calderón[867]. También a favor del proyecto, pero enfatizando el propósito rehabilitador de la pena, Guillermo Ceroni[868].

---

859 *Ibíd.* p.79
860 *Ibíd.* p.81
861 *Ibíd.* p.87
862 *Ibíd.* p.87
863 *Ibíd.* p.88
864 Para hacer revisión de la colisión de bienes jurídicos identificada por el diputado, véase Historia de la ley Nº 20.594, p.86
865 Para hacer revisión de los elementos sobre los que sustenta la posición del diputado, véase Historia de la ley Nº 20.594, pp.88-89
866 Para hacer revisión de la ponderación de los intereses en juego realizada por la diputada, véase Historia de la ley Nº 20.594, pp.91-92
867 Para hacer revisión de la justificación de la necesidad de implementar el Registro bajo la consideración del diputado, véase Historia de la ley Nº 20.594, p.84
868 Para hacer revisión de los reparos realizados por el diputado, véase Historia de la ley Nº 20.594, p.91

II. Segundo Trámite Constitucional: Senado

2.1. Primer informe de Comisión de Constitución (Legislación, Justicia y Reglamento)

(Senado, 19 de mayo 2011, Cuenta en Sesión 22, Legislatura 359)

La Comisión consideró relevante escuchar la opinión especializada de profesores de Derecho Penal y Derecho Constitucional.

a. Don José Luis Guzmán Dálbora (profesor de Derecho Penal en la Universidad de Valparaíso)

En esta oportunidad, el docente se centró -críticamente- en dos aspectos que se indican a continuación:

(i) *Carácter perpetuo de la inhabilidad*

Respecto de la perpetuidad de la inhabilidad que se pretendía introducir, señaló que contravenía las tendencias del derecho internacional de proscribir penas con esta extensión temporal[869]. Reiteró la posible incompatibilidad que puede darse entre la *perpetuidad de la pena* y el Pacto de San José, art. 5 Nº 6, en el cual se señala que las *penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial, la reforma y la readaptación social de los condenados*. Una pena que se extiende de forma perpetua y que no es posible graduar, tendría por efecto la segregación social del sujeto[870].

Ante la solicitud realizada por el senador PATRICIO WALKER de que se manifestara respecto de las *inhabilidades perpetuas* para ocupar cargos públicos, GUZMÁN DÁLBORA manifestó que las penas perpetuas deberían ser *excluidas de la legislación penal,* dado que segregan y son inhumanas[871].

[869] *Ibíd*., p.124
[870] *Ibíd.* p.125
[871] *Ibíd.* p.131

(ii) *Registro General de Condenas*

El docente planteó sus reparos acerca de la exigencia de un «interés legítimo » para llevar a cabo la consulta, puesto que su indeterminación conceptual -que sería dotada de contenido por un funcionario público- implicaría una infracción al principio de legalidad. Esta misma indefinición presentaba problemas desde una perspectiva práctica, ya que no se precisaba cómo se llevaría a cabo la ponderación del interés señalado[872].

Ante la solicitud realizada por el senador ALBERTO ESPINA de que se explayara respecto de las restricciones en el acceso al Registro, siendo que -bajo su consideración- los juicios orales son públicos y por ende, también lo son las sentencias dictadas en ellos, GUZMÁN DÁLBORA respondió que hasta el Código Penal Francés de 1791, los juicios (y las sentencias) eran de carácter público y se daban a conocer a la comunidad para sindicar y estigmatizar al condenado. La Revolución Francesa cambió este paradigma, dado que el infractor puede ser separado de la comunidad pero no de una forma total y definitiva. En consecuencia, el Registro de Condenas no debería tener un carácter público –esto es, no estar disponible para cualquier persona-, lo cual se justificaba por el *principio de humanidad*[873].

b. Don Antonio Bascuñán Rodríguez, profesor Derecho Penal

A través de una minuta entregada, el profesor BASCUÑÁN RODRÍGUEZ dio cuenta de su discrepancia con la política criminal que inspiraba al proyecto, la cual consideró incorrecta, tanto en sus *fundamentos* como en sus *objetivos*.

(i) *Respecto de la pena de inhabilitación*

Sostuvo que la pena de inhabilidad absoluta temporal introducida por la ley Nº 19.927 (*modifica el código penal, el código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil*) tuvo una doble justificación: por una parte, finalidades de prevención y control, y por otra, la protección de la integridad sexual de las personas. Esto implicaría concebir la inhabilitación como un medio legal de disuasión colectiva o un medio judicial de neutralización

[872] *Ibíd.* pp.126-127
[873] *Ibíd.* p.133

individual. En el primer caso, para que tenga un *efecto disuasivo*, la inhabilidad debe significar un mal para el destinatario de la norma, sin embargo este efecto es acotado, dado que sólo opera respecto de quienes ejercen las actividades objeto de inhabilitación. En el segundo caso, en cuanto a la neutralización, sería necesario evaluar y acreditar un pronóstico de peligrosidad asociado al infractor *en cada caso*[874].

Luego, recomendó que para satisfacer los fines de *rehabilitación*, la pena de inhabilidad debería admitir su suspensión condicional una vez que hayan transcurrido una determinada cantidad de tiempo previamente establecida y que se hayan cumplido condiciones que reviertan el pronóstico de peligrosidad del sujeto.

(ii) *Respecto del Registro*

Su primera crítica apuntó a que el establecimiento del Registro implicaría una transferencia de las iniciativas de seguridad y control a los particulares, lo cual sería un acto de irresponsabilidad pública[875]. Ya en similar sentido, se había expresado MAÑALICH[876]. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ consideraba que el Estado era quien debería unificar un sistema de control de cumplimiento de las penas de inhabilitación, entregándole la administración al Ministerio de Justicia, y en cuanto al acceso, este debía tener un carácter exclusivo para funcionarios públicos bajo secreto penalmente protegido[877].

c. Don Miguel Ángel Fernández, profesor Derecho Constitucional

Al someter al proyecto de ley a un examen de constitucionalidad, el docente señaló que existía una pugna entre dos principios: el de *publicidad* y el de *privacidad*. Sostuvo la tesis de que las penas contenidas en las sentencias tienen un carácter público, por dos razones: (i) esta información consta en actos emanados de tribunales, los cuales son órganos del Estado que se rigen por el *principio de publicidad* consagrado en el art. 8º de la Constitución Política de la República

[874] *Ibíd.* p.128
[875] *Ibíd.* p.130
[876] *Ibíd.* p.46
[877] *Ibíd.* p.130

y (ii) porque están contenidas en un Registro que también es público, el cual está a cargo de un servicio de la Administración y por ello, tiene dicha naturaleza[878].

MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ concluyó que estimaba ajustada a la Carta Fundamental la reforma que proponía introducir el proyecto de ley que crea inhabilidades para condenados por delitos sexuales contra menores y establece un registro de dichas inhabilidades "dado que el principio de publicidad de los actos estatales, como ocurren en las sentencias ejecutoriadas en materia penal, constituye la regla general en nuestro ordenamiento jurídico, de acuerdo al artículo 8º, inciso segundo de la Constitución y que los casos de secreto o reserva son excepcionales y sólo fundados en las causales allí contempladas"[879]

d. Prevenciones de la Comisión

Por último, la Comisión consideró que (i) se debía evaluar la incorporación de que la pena de inhabilitación pudiese ser graduada con el juez, junto a la consideración de que en ciertos casos, sea procedente la suspensión de la pena y (ii) que resultaba necesario perfeccionar la regulación del *acceso* al Registro General de Condenas[880].

La Comisión aprobó la idea de legislar por la unanimidad de sus miembros presentes.

2.2. Discusión en Sala

(Senado. Legislatura 359. Sesión 23. Fecha 07 de junio, 2011. Discusión general. Se aprueba en general)

(i) *Respecto de las inhabilidades*

El senador PATRICIO WALKER destacó la relevancia de introducir una pena de inhabilitación perpetua para hacer frente a los «pedófilos estructurales», los cuales tienden a reincidir en sus actos contra menores, por lo que una pena de inhabilitación *temporal* -que se puede extender de 3 a 10 años- no sería suficiente, dado que una vez que la pena es cumplida, se levanta la prohibición y con ello, estos individuos tendrían la posibilidad de volver a cometer este tipo de delitos[881]. En virtud de lo expuesto, señaló que le parecía correcta una regla de inhabilidad

[878] *Ibíd.* p.136
[879] *Ibíd.* pp.138-139
[880] *Ibíd.* p.140
[881] *Ibíd.* p.151

perpetua para aquellos delitos sexuales que sean cometidos contra menores de 14 años, mientras que la inhabilidad temporal operaría contra mayores de 14 pero menores de 18 años.

El senador ALEJANDRO NAVARRO presentó su reparo respecto de la inhabilidad perpetua porque esta se contrapondría con la rehabilitación y los fines re-socializadores de la pena[882].

El senador ALBERTO ESPINA, en primer lugar, señaló que existen tres razones por las cuales los delitos sexuales son duramente castigados en el derecho comparado, a saber: (i) por el grado de indefensión y debilidad de la víctima; (ii) por el daño moral y psicológico que provoca en la víctima y (iii) debido a la reincidencia en este tipo de delitos, respecto de la cual señaló lo siguiente: "no tengo aquí los datos, pero en la Comisión Constitución hemos visto en muchas oportunidades los porcentajes de reincidencia en los delitos sexuales, los cuales son extraordinariamente altos"[883].

Luego afirmó que pese a los reparos presentados por los académicos invitados, él era partidario de la introducción de la *pena de inhabilidad absoluta perpetua* para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que puedan tener una relación directa y habitual con menores de edad, dado que entendía que el juez haría aplicación de la inhabilitación de forma objetiva, teniendo en conocimiento antecedentes de reincidencia y características del imputado[884].

(ii) *Respecto del Registro*

La senadora SOLEDAD ALVEAR señaló que el principal problema del proyecto de ley se traducía en que al implementar un Registro de carácter público, en donde la información de las condenas estuviese disponible para todas las personas, la rehabilitación del condenado se pondría en riesgo. En este sentido, aseveró que existían dos maneras para evitar ese *riesgo*: (i) imponer una obligación de información al Estado sobre todas las contrataciones relevantes para la inhabilitación o (ii) estipular una obligación para todas las personas de constatar los antecedentes penales en toda contratación que implique el contacto (directo y habitual) con menores. La senadora adhirió a esta segunda opción, conforme a la cual toda persona responsable de una contratación que conlleve el contacto con menores debería solicitar un documento de antecedentes. Luego sugirió otra propuesta: la institución de la habilitación condicional, para

[882] *Ibíd.* p.154
[883] *Ibíd.* p.156
[884] *Ibíd.* p.156

favorecer la rehabilitación de los condenados a penas de inhabilitación absoluta perpetua o temporal por más de tres años[885].

Por su parte, el senador PATRICIO WALKER cuestionó el hecho de que si existe un DICOM por no cumplir obligaciones comerciales, ¿cuál sería el problema de que se establezca un registro en donde se pueda consultar si una persona está afecta a una inhabilidad para trabajar con menores? Continuó señalando que DICOM existe para que los locales comerciales no otorguen créditos a aquellas personas que tienen antecedentes por incumplir con sus obligaciones financieras, y que en el caso del proyecto de ley en discusión, está en juego la integridad de los menores de edad, por lo que no habría mayores problemas en implementar la medida. Para evitar el mal uso de la información, se remitió a que el proyecto de ley contempla penas privativas de libertad por este delito[886].

En opinión del senador ALBERTO ESPINA, las condenas son públicas dado que se dictan en juicios orales que tienen este carácter. Luego, aseveró que si el sistema procesal penal se erige en una sanción pública, entonces la sociedad tenía derecho a conocer la información relativa a un condenado que se encuentra cumpliendo la pena o que parte de ella siga vigente, en especial cuando se trata de este tipo de ilícitos, que el senador calificó como *horrorosos*[887].

Se aprobó en general el proyecto (29 votos favorables), dejándose constancia de que se reunió el quórum constitucional exigido.

2.3. Segundo Informe de Comisión de Constitución (Legislación, Justicia y Reglamento)

(Senado. Fecha 25 de abril, 2012. Cuenta en Sesión 14. Legislatura 360)

La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento emitió un segundo informe respecto del proyecto de ley en comento. Los puntos de discusión más relevantes fueron los siguientes:

a. Indicación Nº3, artículo 39 ter del Código Penal: Suspensión de la pena de inhabilitación perpetua

[885] *Ibíd.* p149
[886] *Ibíd.* p.152
[887] *Ibíd.* p.158

La *indicación número 3*, realizada por el senador PATRICIO WALKER, propuso la introducción de un artículo 39 ter en el Código Penal, el cual señalaría que la pena de inhabilitación perpetua podía suspenderse una vez transcurridos 10 años de inhabilitación efectiva. Esto, sería visado por el pleno de la Corte Suprema, siempre y cuando concurriesen tres condiciones: (i) conducta intachable durante la extensión de la inhabilitación; (ii) no haber sido condenado con anterioridad a alguno de los delitos del inc. 3º art. 372 del Código Penal y (iii) acreditar que se ha tenido avances en el proceso de reinserción social. Además, para que proceda la suspensión, el condenado tenía que suscribir un compromiso de no volver a cometer un crimen o simple delito de aquellos contemplados en el inc. 3º del art. 372 del Código Penal. Esta suspensión estaba sujeta a revocación inmediata en caso de mediar una nueva condena[888].

La senadora SOLEDAD ALVEAR criticó esta indicación en dos sentidos: primero, ya que no consideraba una consecuencia jurídica expresa para quien incumplía el compromiso, por lo que la norma hubiese sido ineficaz y segundo, sólo se hacía referencia a las hipótesis delictivas del inc. 3º art. 372 del Código Penal, lo que no contemplaba otros delitos de igual o mayor gravedad[889].

PATRICIO WALKER replicó que la indicación referida buscaba subsanar eventuales problemas de constitucionalidad al establecer una pena de inhabilitación *perpetua,* puesto que esta implicaba una privación absoluta de la garantía constitucional de la libertad de trabajo. Pese a ello, justificó la introducción de las inhabilidades perpetuas, dado que los agresores tendrían un perfil psiquiátrico de «pedofilia estructural»*,* la que reducía las posibilidades de rehabilitación[890]. Sin perjuicio de ello, abogó por la posibilidad de revisar el cumplimiento efectivo de una sentencia cuando hubiese transcurrido un plazo apropiado y mediando la existencia de nuevos antecedentes para haber reducido la sanción[891].

El senador JAIME ORPIS y el abogado JUAN DOMINGO ACOSTA señalaron que en nuestro ordenamiento jurídico ya se contemplaban penas de *inhabilidades perpetuas* (véase las que se imponen por el delito de prevaricación) sin que se hayan ejercido impugnaciones ante el Tribunal Constitucional. De todas formas, sostuvieron que siempre quedaba abierta la posibilidad de un indulto por parte del Presidente de la República[892].

En virtud de las consideraciones previamente expuestas, el senador PATRICIO WALKER retiró la indicación.

---

[888] *Ibíd.* pp.169-170
[889] *Ibíd.* p.170
[890] *Ibíd.* p.170
[891] *Ibíd.* p.170
[892] *Ibíd.* p.171

b. Criterio de distinción para la aplicación de la inhabilidad absoluta perpetua o temporal

El abogado asesor del senador WALKER, don FERNANDO DAZAROLA, sostuvo que el criterio de distinción para efectos de aplicar la pena de inhabilitación *absoluta temporal* o bien, la *absoluta perpetua*, consistía en la edad de la víctima. De esta forma, si la víctima de uno de los delitos que refería el artículo era menor de 14 años, la pena aplicable sería la inhabilidad *perpetua*, mientras que si la víctima era mayor de 14 pero menor de 18, la inhabilitación tendría un carácter *temporal*. Luego, planteó que se podrían utilizar otros criterios para discriminar entre penas, tales como la gravedad del delito[893].

El senador ALBERTO ESPINA se mostró partidario de que la pena de inhabilitación perpetua se aplicara cuando la víctima fuese menor de edad (menos de 18 años) y no menor de 14, dado que estos «delincuentes», como él los sindica, tenían características psiquiátricas que eran muy difíciles de corregir[894]. En este mismo sentido, se manifestó el senador JAIME ORPIS, aseverando que si una persona estaba dispuesta a cometer un delito sexual en contra de un mayor de 14 pero menor de 18 años, más aún lo iba a estar si la víctima hubiese sido un menor de 14 años, ante lo cual sacaría provecho de su mayor indefensión[895].

El abogado JUAN DOMINGO ACOSTA explicó que se optó por la edad como el criterio de distinción para determinar la procedencia aplicativa de una inhabilitación (absoluta) perpetua o temporal, por cuanto a los menores de 14 años no se les reconocía consentimiento sexual alguno (son indemnes) mientras que los mayores de 14 pero menores de 18 tenían una capacidad restringida de disposición sexual[896]. Además, manifestó que la aplicación de este tipo de penas debía ser restrictiva, dado que se agregaba un criterio de *prognosis* de peligro, lo que es dogmáticamente complicado atendiendo a que la pena por regla general debía tener una finalidad general y positiva[897].

El senador PATRICIO WALKER se expresó a favor de que el criterio de distinción fuera la edad, dado que según su parecer, se encontraba bien fundado[898], pese a que cabía considerar la

[893] *Ibíd.* p.173
[894] *Ibíd.* p.174
[895] *Ibíd.* p.174
[896] *Ibíd.* p.174
[897] *Ibíd.* p.175
[898] *Ibíd.* p.175

existencia de casos problemáticos. Ejemplificó el caso de una persona que abusaba sexualmente en reiteradas ocasiones de un mayor de 14 pero menor de 18 años, entonces la inhabilidad tendría un carácter *temporal*, mientras que el individuo que en una sola oportunidad cometiera el mismo abuso contra un menor 14 años, la inhabilidad que se debía imponer era la *perpetua*. El percance estaba dado porque en el primer caso el daño en la víctima era de mayor entidad (dada la reiteración del delito)[899].

Por último, el senador CARLOS LARRAÍN estuvo de acuerdo con que el criterio diferenciador entre ambas inhabilidades fuese la edad[900].

c. Consideraciones respecto del acceso Registro

En lo que respecta al Registro, el abogado JUAN DOMINGO ACOSTA señaló que podría existir una eventual colisión entre el legítimo derecho que tiene toda persona de acceder a la información pública y por otra parte, la protección de la dignidad de los condenados y la evitación de su estigmatización social[901]. Expresó que la norma del art. 2º del proyecto de ley pretendía evitar la estigmatización de quienes ya cumplieron la pena de inhabilitación o que la están cumpliendo y requieran entrar al mundo laboral. La exigencia de un *legítimo interés* podía morigerar los efectos perniciosos de una consulta desmedida por la información del registro, añadiendo que esta sólo se debía otorgar para fines de contratación y no para que se divulgue libremente[902].

El senador PATRICIO WALKER manifestó que la obligación que recae sobre determinadas instituciones de consultar el Registro, tenía por justificación casos en que se han contratado a ex condenados con inhabilitación para trabajar con menores[903]. Su abogado asesor, FERNANDO DAZAROLA, sostuvo que era necesario establecer expresamente que las instituciones públicas o privadas que contratan a personas que están en contacto habitual con menores de edad, tenían el deber de consultar el registro de inhabilidades, de manera de hacerlas responsables, al menos civilmente, por los perjuicios sufridos por las víctimas[904]. La senadora SOLEDAD ALVEAR se manifestó a favor de la imposición de esta obligación[905].

---

899 *Ibíd.* p.176
900 *Ibíd.* p.177
901 *Ibíd.* p.184
902 *Ibíd.* p.184
903 *Ibíd.* p.185
904 *Ibíd.* p.188
905 *Ibíd.* p.189

El senador ALBERTO ESPINA señaló que la sociedad tenía derecho a saber quiénes cometieron delitos sexuales para poder resguardarse de ellos, por lo que se mostró a favor de que el acceso al *registro fuese amplio*[906].

d. Respecto a la difusión de información

En cuanto a la difusión de la información, el Ministro JOSÉ HINZPETER declaró que el Gobierno no tenía intención de sancionar a aquellos individuos que divulgaran la información contenida en el Registro, dado que si se establecía una sanción, esta operaría como un factor disuasivo que llevaría a la gente a desistir las consultas y con ello la consecuente comunicación de la información a sus cercanos[907]. El senador ALBERTO ESPINA se manifestó en favor del alcance señalado, añadiendo que carecía de lógica que se impidiera difundir la información relativa a las condenas, en tanto estas son públicas[908].

En contra, el senador CARLOS LARRAÍN sostuvo que la inhabilitación tenía por finalidad la protección de los menores de edad (y por ende, esto delimitaba el campo en que resultaba aplicable la inhabilidad), por lo que una circulación universal de la información contenida en el Registro, extendía el alcance que originalmente fundaba la pena, lo que podía producirles a los condenados un impedimento para poder trabajar en otras labores ajenas al contacto habitual con niños[909].

En este mismo sentido, el senador PATRICIO WALKER afirmó que la *publicidad absoluta* de la pena podría transformarla en una de carácter infamante, por lo que sólo debería sancionarse la difusión masiva de esta información[910].

Por su parte, la senadora SOLEDAD ALVEAR se mostró contraria a mantener la condición de «delincuente» a aquellos individuos que ya cumplieron sus penas. Esto, producto de que se mermarían las posibilidades de reinserción social del sujeto, por lo que era necesario precaver las situaciones en donde un medio de comunicación social difundiera la información relativa a las condenas de un agresor sexual[911].

---

906 *Ibíd.* p.186
907 *Ibíd.* p.193
908 *Ibíd.* p.193
909 *Ibíd.* p.193
910 *Ibíd.* p.194
911 *Ibíd.* p.194

El senador HERNÁN LARRAÍN agregó que para garantizar la eficacia del Registro, lo razonable sería sancionar a quien de forma legítima obtuvo la información pero la difunde con un fin distinto al que justificó su entrega. Además, señaló que esta pena debía tener sólo un carácter *pecuniario*[912].

JUAN DOMINGO ACOSTA compartió la introducción de una sanción para quien haga mal uso de la información provista por el Registro y refirió que esta situación debía tener una pena administrativa o en su defecto, una multa[913].

Finalmente, se llegó al consenso de sancionar con multa de 2 a 10 UTM, a quien utilice la información contenida en el Registro para fines distintos a los autorizados, a saber, contratar a una persona para algún empleo, cargo, oficio o profesión que involucre una relación directa y habitual con menores de edad, o cualquier otro fin similar[914].

2.4. Discusión en Sala

(Senado, Legislatura 360. Sesión 18. Fecha 16 de Mayo, 2012. Discusión particular. Se aprueba en particular con modificaciones)

La discusión se centró en dos disposiciones que fueron objeto de votación dividida en la Comisión de Constitución.

En primer lugar, el senador HERNÁN LARRAÍN señaló los puntos a los que se llegó a consenso:

(i) La edad de la víctima sería el *criterio* para definir la aplicación de una pena de inhabilidad *absoluta* o *temporal*.

(ii) Respecto a *cuándo* es posible el acceso a su contenido. Dado que el objetivo era evitar que las penas revistieran un carácter infamante y que provocasen la exclusión del registrado de la sociedad, sólo se podría solicitar información para verificar si a la persona a quien se quiere contratar se encuentra inhabilitada para ejercer algún empleo, cargo, oficio o profesión que involucre una relación directa y habitual con menores de edad, o cualquier otro fin similar[915].

[912] *Ibíd.* p.195
[913] *Ibíd.* p.196
[914] *Ibíd.* p.201
[915] *Ibíd.* p.212

(iii) Se agregó la obligación de *consultar el registro* en ciertos casos. Se señaló que "toda institución pública o privada que por la naturaleza de su objeto o el ámbito específico de su actividad requiera contratar a una persona determinada para algún empleo, cargo, oficio o profesión que involucre una relación directa y habitual con menores de edad", debía hacerlo antes de efectuar la contratación[916].

(iv) La información ofrecida por el Registro se limitaría a indicar si el individuo consultado mantenía vigente (o no) una pena de inhabilidad para trabajar con menores[917].

(v) La sanción para quien difundiera la información con propósitos distintos por el que se le ha permitido el acceso al Registro tendría un carácter *pecuniario.*

Atendiendo la gravedad de los delitos sexuales, la senadora SOLEDAD ALVEAR definió la pena de inhabilitación absoluta perpetua como una *sanción adicional indispensable,* así como también precisó la obligación que recaía sobre las instituciones de consultar el registro, como en el caso de un establecimiento educacional público o privado que necesitase contratar ya sea a un profesor, un psicólogo, un asistente social o un jardinero[918].

El senador CARLOS LARRAÍN señaló que hubo dos tendencias en el debate que se produjo en la Comisión respecto de la publicidad de la información contenida en el Registro: por un lado, quienes proponían una *publicidad limitada de las penas* -a los cuales adhiere-, cuyas ideas se concretizaron en la exigencia de identificación del solicitante previo a efectuar la consulta. Por otra parte, gracias a quienes buscaban una *extensión en la publicidad de las penas*, se hizo obligatoria la revisión para los centros educacionales públicos que estén vinculados con el contacto permanente con menores, lo que finalmente da cuenta de una propuesta *intermedia*[919].

Tras la votación, con 28 votos a favor se aprobó en particular el proyecto de ley, dejándose constancia que se cumplió con el quórum constitucional requerido, quedando despachado en dicho trámite[920].

---

916 *Ibíd.* p.212
917 *Ibíd.* p.213
918 *Ibíd.* p.220
919 *Ibíd.* p.223
920 *Ibíd.* p.226

III. Tercer trámite constitucional. Cámara de Diputados. Discusión en sala

(Cámara de diputados, legislatura 360. Sesión 30. Fecha 17 de mayo, 2012. Discusión única. Se aprueban las modificaciones)

En este trámite, sólo cabe mencionar: la intervención del diputado GIOVANNI CALDERÓN, quien presentó su reparo por la modificación de la pena que se aplicaría a quien divulgue la información del Registro, la cual pasó de *reclusión menor* a *multa*[921]; la intervención del diputado MATÍAS WALKER, quien destacó que el proyecto de ley respetaba el principio de la *finalidad del dato*[922] y por último, en una intervención destacada por sus pares, la del diputado RICARDO RINCÓN, quien realizó alcances de forma y de fondo al proyecto de ley[923].

Tras la votación favorable a las modificaciones propuestas por la cámara del Senado, finalmente el proyecto es despachado[924].

IV. Trámite Finalización: Cámara de Origen al Ejecutivo

Con fecha 17 mayo de 2012, mediante un oficio el Congreso Nacional comunicó al Presidente de la República que dio aprobación al proyecto de ley presentado, correspondiente al boletín Nº 6952-07.

V. Publicación de la ley en Diario Oficial: Ley Nº 20.594

(i) Fecha promulgación: 13-06-2012

(ii) Fecha publicación: 19-06-2012

---

[921] *Ibíd.* p.231

[922] *Ibíd.* p.234

[923] El diputado RICARDO RINCÓN realizó dos reparos: el primero, de orden académico, consistente en que al tratar la inhabilidad temporal, el proyecto de ley hacía referencia a los "*menores de edad pero mayores de 14"*, terminología no utilizada por el Código Penal, por lo que hubiese sido más afortunado que dijese "*mayores de 14 pero menores de 18 años*". En segundo lugar, consideró un error que se aplique la misma pena de inhabilidad a la violación y a la violación con homicidio, dada la mayor gravedad de este último ilícito; refirió que el proyecto de ley no distinguía entre las distintas hipótesis de secuestro del art. 142 y por último, comentó que la pena por divulgar información debería ser una privativa de libertad y no una multa, dada el efecto inhibitorio de la primera (*Ibíd.* pp.235-236)

[924] *Ibíd.* p.243

2.2.2.3. Contenido de la ley

La ley Nº 20.594 introduce tres modificaciones al Código Penal Chileno y una modificación al Decreto Ley Nº 645, de 1925, sobre el Registro General de Condenas.

2.2.2.3.1. Modificaciones al Código Penal

Las modificaciones realizadas por el artículo 1º de la ley al Código Penal son las siguientes:

(a) Artículo 21 del Código Penal

En primer lugar, modifica la escala general de penas de crímenes establecidas en el artículo 21 del Código Penal, al introducir la "*Inhabilitación absoluta perpetua para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad*".

Las *penas de inhabilidades* "consisten en la supresión o limitación de derecho civiles del condenado distintos de la libertad ambulatoria, como se señala en términos generales en los artículos 21 y 25 del Código Penal (C.P.)"[925]. De esta forma, la ley introduce una *pena* (de crimen), cuya clasificación conforme a su naturaleza corresponde a una pena privativa de *otros derechos* que afectan en cierto modo la libertad del sentenciado, pero no en su carácter *ambulatorio* sino en relación a la facultad de ejercer ciertos derechos[926].

La distinción entre *absoluta* y *especial* está dada por el espectro de profesiones que será incapaz de ejercer el afectado. Por tanto, la inhabilitación *absoluta* priva del ejercicio (acceso *a*) de toda profesión titular, mientras que la inhabilitación *especial*, sólo se refiere a una específica de entre ellas[927]. Por su parte, la distinción entre *inhabilidad perpetua* o *temporal* está dada por su extensión temporal. La pena de inhabilidad *perpetua* no prescribe, mientras que la *temporal* dura de

[925] CAVADA HERRERA, J.P. 2016. Delitos con pena de inhabilidades para cargos u oficios en algunas leyes chilena. Informe Biblioteca del Congreso Nacional [en línea] <http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/23142/2/Delitos%20con%20pena%20de%20Inhabilidad%20ed%20par%20CW.pdf> [consulta: 28 enero 2017] p.1

[926] CURY, E. 2009. *op.cit.* pp.701-705

[927] Informe Biblioteca del Congreso Nacional. 2016. Delitos con pena de inhabilidades para cargos u oficios en algunas leyes chilenas, p.1

3 años y un día a 10 años, dividida en tres grados: mínimo (3 años y un día a 5 años); medio (5 años y un día a 7 años); y máximo (7 años y un día a 10 años)[928].

Las inhabilidades para ejercer cargos, empleos, oficios o profesiones que impliquen el contacto con menores, fueron introducidas por la ley Nº 19.927 del año 2004, la cual modificó el Código Penal en materia de delitos de pornografía infantil. Cabe consignar que en dicha reforma, sólo se contempló la pena de *inhabilitación absoluta temporal*, mas no la perpetua.

Un aspecto relevante en la materia de análisis dice relación con la forma de cumplimiento de la pena de inhabilidad. En el presente caso, esta tiene un carácter *principal,* dado que se encuentra conminada expresamente en el artículo 372 del Código Penal, por lo que para efectos de su imposición, no se encuentra sujeta a la procedencia de otra pena. En términos generales, conforme al artículo 74, inc.2º del Código Penal, el sentenciado debe cumplir sus penas simultáneamente, si esto fuese posible. Ahora bien, cuando la ejecución simultánea *no* es posible (véase el caso de una *pena privativa de libertad* -prisión, reclusión, presidio- y una *pena restrictiva de libertad* -confinamiento, extrañamiento, relegación-destierro) o si de ello resultara *ilusoria* alguna de las penas, estas se sufrirán en orden sucesivo, principiando por las más graves.

Conforme a lo expuesto, el cumplimiento de dos penas resulta *ilusorio* cuando una de ellas conlleva implícitamente la imposibilidad de ejercer el derecho afectado por la otra[929]. En consecuencia, una pena privativa de libertad presupone la imposibilidad de ejercer el derecho que se busca afectar por la pena de inhabilidad, por lo que una aplicación simultánea haría ilusoria a la segunda, debiendo ser cumplidas de forma *sucesiva.* Por otro lado, en el supuesto de que el individuo pueda acceder a una pena sustitutiva para ser cumplida en libertad, en dicho caso esta no haría ilusoria a la inhabilidad, en tanto el derecho que se pretende afectar por la segunda podría ser ejercido de no mediar una privación de libertad, lo que genera que el cumplimiento de ambas penas deba ser *simultáneo.*

Lo expuesto es recogido por el artículo 39 bis del Código Penal, el cual señala que la incapacidad para acceder a los cargos, empleos, oficios y profesiones debe comenzar a contarse desde que se hubiere dado cumplimiento a la pena principal u obtenido libertad condicional en la misma, o iniciada la ejecución de alguna de las penas de la ley Nº 18.216 como sustitutiva a la pena principal.

[928] CAVADA HERRERA, J.P. 2016. *op.cit.* p.1
[929] CURY, E. 2009. *op.cit.* p.661

Por último, la inhabilitación para el ejercicio de actividades o profesiones que impliquen contacto con menores de edad, se encuentra contemplada –con distintas particularidades- en los ordenamientos jurídicos de Alemania, España, Francia, Italia, Reino Unido, entre otros[930].

(b) Artículo 39 bis Código Penal

La ley modifica el artículo 39 bis del Código Penal, el cual trata los efectos que produce la pena de inhabilitación, introduciendo *inhabilidad absoluta perpetua* a la ya contemplada pena de *inhabilitación temporal* para los cargos referidos.

(c) Artículo 372 del Código Penal

La ley, en su artículo 1º, realiza dos modificaciones al artículo 372 del Código Penal. En primer lugar, remplaza el inciso segundo por el siguiente:

"El que cometiere cualquiera de los delitos previstos en los artículos 362, 365 bis, 366 bis, 366 quáter, 366 quinquies y 372 bis, en contra de un menor de catorce años de edad, será condenado además a la pena de inhabilitación absoluta perpetua para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad. La misma pena se aplicará a quien cometiere cualquiera de los delitos establecidos en los artículos 142 y 433 N° 1° de este Código, cuando alguna de las víctimas hubiere sufrido violación y fuere menor de catorce años".

De esta forma, el individuo será condenado a la *pena de inhabilitación absoluta perpetua*, cuando la víctima sea menor de 14 años, en los siguientes delitos: (i) violación impropia [art. 362 C.P.]; (ii) introducción de objetos y uso de animales para abusar de la víctima [art. 365 bis C.P.]; (iii) abuso sexual distinto del acceso carnal [art. 366 bis C.P.]; (iv) exposición de menores a actos de significación sexual [art. 366 quáter C.P.]; (v) participación en la producción de material pornográfico con menores [art. 366 quinquies C.P.]; (vi) violación con homicidio [art. 372 bis]. En el supuesto de que alguna de las víctimas hubiere sufrido violación y fuese menor de 14 años, a estos delitos se les agrega (vii) sustracción de menores [art. 142] y robo con violencia o intimidación [art. 433 nº1]

[930] SALAT PAISAL, M. 2016. *op.cit.* pp.301 y ss.

Luego, agrega el siguiente inciso tercero:

> "Si alguno de los delitos señalados en los artículos 361, 363, 365 bis, 366, 366 quáter, 366 quinquies, 367, 367 ter y 372 bis se cometiere en contra de un menor de edad pero mayor de catorce años, el culpable será condenado además a la pena de inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad, en cualquiera de sus grados. La misma pena se impondrá a quien cometiere cualquiera de los delitos establecidos en los artículos 142 y 433, N° 1°, de este Código, cuando alguna de las víctimas hubiere sufrido violación y fuere menor de edad pero mayor de catorce años.".

En este caso, cuando la víctima sea mayor de 14 pero menor de 18 años, el individuo será condenado a la *pena de inhabilitación absoluta temporal* por los siguientes delitos: (i) violación propia [art. 361 C.P.]; (ii) estupro [art. 363 C.P.]; (iii) abuso sexual por medio de la introducción de objetos o animales [365 bis C.P.]; (iv) acciones sexuales distintas del acceso carnal [art. 366 C.P.]; (v) realización de acciones de significación sexual [art. 366 quáter C.P.]; (vi) producción de material pornográfico [art. 366 quinquies C.P.]; (vii) facilitación de la prostitución [art. 367 C.P.]; (viii) obtención de servicios sexuales [art. 367 ter C.P.] y (ix) violación con homicidio [art. 372 bis]. En el supuesto de que alguna de las víctimas hubiere sufrido violación y fuese mayor de 14 años, pero menor de 18, se les agrega los delitos de (vii) sustracción de menores [art. 142 C.P.] y robo con violencia o intimidación [art. 433 nº1 C.P.]

2.2.2.3.2. Modificaciones al D.L. 645 de 1925

Respecto del Registro General de Condenas del D.L. 645 de 1925, la ley Nº 20.594, en su artículo segundo introduce dos modificaciones:

(a) Artículo 1º D.L. 645 de 1925

Al artículo 1º del Decreto Ley se le agrega un inciso tercero, creando una sección especial dentro del Registro General de Condenas denominada «Registro de inhabilidades para ejercer funciones en ámbitos educaciones o con menores de edad», en el cual se registrarán todas las inhabilitaciones establecidas en el artículo 39 bis del Código Penal (*inhabilitación absoluta perpetua* y

temporal), respecto de contratar a una persona para algún empleo, cargo, oficio o profesión que involucre una relación directa y habitual con menores de edad, o cualquier otro fin similar.

(b) Artículo 6º D.L. 645 de 1925

Se sustituye el artículo 6º bis, por uno que regula los aspectos más relevantes del Registro:

(i) Legitimación del agente solicitante (inc. 1º)

En el inc.1º, se señala que los agentes solicitantes pueden ser *cualquier persona natural o jurídica,* los cuales podrán requerir que se les informe o informarse por sí mismos -siempre y cuando se identifiquen- si una persona se encuentra afecta a una *inhabilitación absoluta perpetua* o *temporal* para desempeñarse en algún empleo, oficio o profesión que involucre el contacto, mediante una relación directa y habitual, con menores.

En consecuencia, el *Registro adopta un carácter público*, en tanto no existe restricción alguna respecto de los solicitantes, quienes sólo deberán identificarse para tener acceso a la información.

(ii) Obligación de consulta (inc. 2º)

En el inc.2º, se establece que cuando una institución pública o privada, que por la naturaleza de su objeto o el ámbito específico de su actividad, requiera contratar a una persona para que se desempeñe en un trabajo que implique el contacto con menores, deberá solicitar la información contenida en el Registro, antes de llevar a cabo la contratación.

De esta forma, el artículo introduce una *obligación de consulta* para las instituciones referidas. Sin embargo, no se establece cuál será la sanción en el supuesto de que este deber sea incumplido. Técnicamente, la obligación –y la consecuente sanción- sólo contempla la hipótesis en donde el empleador contrate a una persona sin *realizar la consulta,* lo que difiere del caso en que este, habiendo consultado el Registro y estando en conocimiento de que el postulante se encuentra afecto a una inhabilitación, de todas formas procede a contratarlo.

En Alemania, los encargados de centros educativos, públicos o privados, tienen la obligación de solicitar un certificado de antecedentes penales a los postulantes a puestos de

trabajo que conlleven el contacto directo con menores[931]. En similares términos, la misma obligación existe en Reino Unido e Italia[932]. Por su parte, en Francia existen tres regímenes, los cuales están en función de si el empleador pertenece a la administración pública: en este caso, tienen una obligación automática de verificación de antecedentes; las organizaciones voluntarias también deben solicitar una copia de los antecedentes penales (certificado tipo 3, el cual consigna sólo los delitos más graves) a las personas que postulen a cargos que tengan contacto con menores; mientras que los empleadores privados tienen el *derecho* (mas no la obligación) de solicitar un certificado en la misma hipótesis[933].

(iii) Contenido de la información disponible e información exigida para el acceso (inc. 3º)

Según el inc.3º, la información contenida en el Registro se limitará a informar si la persona condenada, a la fecha de la consulta, se encuentra afecta a una de las inhabilidades contempladas en el artículo 39 bis del Código Penal. Por lo tanto, el formato de la información corresponde a un esquema binario compuesto por la fórmula *no registra inhabilidades/sí registra inhabilidades,* sin que se pueda proporcionar otro dato, como por ejemplo, el delito por el cual se condenó o el estado de la condena (privativa de libertad cumplida o sustitutiva cumpliendo).

En cuanto a la legitimación del agente solicitante, para efectos de realizar una solicitud este deberá ingresar el nombre y el RUN (Rol Único Nacional) de la persona respecto de la cual se consulta.

(iv) Sanción por mal uso de la información (inc. 4º)

Dado que el sistema presenta facilidades para realizar un mal uso de la información disponible, en el inc.4º se establece que serán sancionados con una multa de dos a diez unidades tributarias mensuales {2 – 10 UTM}, los individuos que accedan al Registro y utilicen la información contenida en él para *fines distintos a los autorizados,* a saber, el fin de contratar a una persona para algún empleo, cargo, oficio o profesión que involucre la relación directa y habitual con menores de edad, o cualquier otro fin similar.

[931] *Ibíd.* p.304
[932] *Ibíd.* pp.305-306
[933] *Ibíd.* pp.307-308

Por otra parte, conforme a lo decretado en la ley Nº 18.287 (*Procedimiento ante los juzgados de Policía Local*), los jueces de policía local tendrán competencia para conocer y sancionar las infracciones que se produzcan dentro de su territorio.

(v) Comunicaciones exceptuadas de sanción (inc. 5º)

En el inc.5º, se señala que no serán afectas a sanciones aquellas comunicaciones internas que se realicen dentro de un establecimiento educacional, entre sus encargados, propietarios, sostenedores y profesionales de la educación, para efectos de resolver si una persona puede prestar o no servicios atendiendo a las inhabilitaciones previstas en el artículo 39 bis del Código Penal. Tampoco serán sancionadas aquellas informaciones que las personas o establecimientos previamente referidos, deban dar a las autoridades públicas.

Como es comprensible, este inciso tiene por objeto resolver una cuestión funcional, excluyendo del conjunto de comportamientos sancionables según el uso de la información, a todas las comunicaciones que se realicen con posterioridad a la consulta, siempre y cuando se lleven a cabo en el contexto de la orgánica de un establecimiento educacional y con el objeto específico de tratar las inhabilidades a las cuales puede estar afecta a una persona, lo que implica que *no* toda comunicación dentro de un establecimiento queda exenta de sanción, como sería el caso de difundir la información con fines estigmatizadores.

2.2.2.4. Funcionamiento del Registro

En términos *orgánicos*, el Registro nacional opera como un *sistema de almacenamiento de información* el cual puede ser *consultado* por la comunidad. En consecuencia, se le exige a esta una actuación, lo que se corresponde con una *notificación de modalidad pasiva.* En términos *orgánicos*, al ser el Registro un continente de las penas de inhabilidades impuestas a los ofensores sexuales condenados, funcionalmente no existe propiamente un *proceso de registro* conforme al cual los individuos deban presentarse o concurrir personalmente ante las autoridades correspondientes para actualizar o confirmar la información relativa a sus personas.

Tal como se refirió previamente, cualquier persona (natural o jurídica) puede solicitar información al Registro de Inhabilidades para Condenados por Delitos Sexuales contra Menores.

En este sentido, el sistema tiene un carácter *público*, en tanto no existen restricciones de *acceso* a la información.

La consulta es de carácter gratuita y la información es manejada por el Registro Civil, a través de su página web (http://www.registrocivil.cl). En dicha página, en la pestaña "Servicios en Línea", sección "Consultas de Registro en Línea", se encuentra la opción "Inhabilidades para Trabajar con Menores". Para poder acceder a la información, se deberá llenar un formulario con los datos del solicitante, según sea una *persona natural* (RUN, Nombres, Apellido paterno, Apellido materno) o una *persona jurídica* (RUT y Razón social). Luego, se requiere introducir los datos del consultado (RUN, nombres, apellido paterno y apellido materno). La última certificación corresponde a ingresar los caracteres exigidos por el código *captcha*[934]. Tras esto, el Registro mostrará si la persona respecto de la cual se consulta se encuentra afecta a una de las inhabilidades contempladas en el artículo 39 bis del Código Penal (ya sea inhabilidad absoluta perpetua o temporal).

En el año 2013, la llamada «Ley de Pedófilos» por un diario nacional[935], contaba con 709 personas inhabilitadas para trabajar con menores de edad según el catastro del Registro Civil. Es relevante señalar que se llegaron a cursar 60 mil consultas entre personas naturales y jurídicas, lo cual da cuenta de la gran demanda que genera un sistema de Registro de ofensores sexuales. En el año 2015, la cifra de personas incluidas en el Registro aumentó a 2.771 (de las cuales sólo 27 eran mujeres)[936] y en el 2016, a 4 mil[937].

---

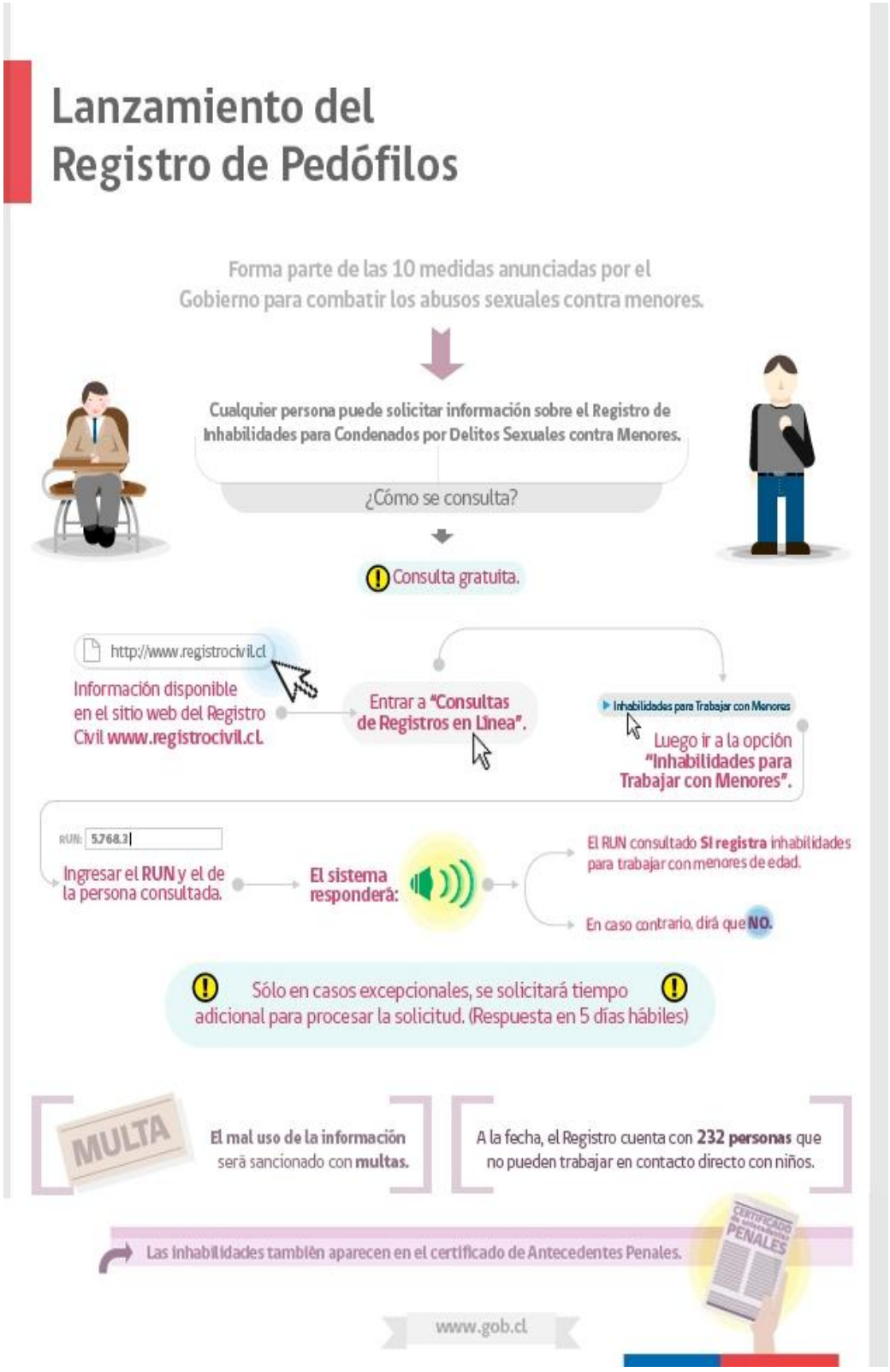
934 «CAPTCHA»: "Completely Automated Public Turing Test to tell Computers and Humans Apart", es un test que tiene por finalidad cerciorar que el solicitante es un ser humano mediante la introducción de los caracteres que aparecen en pantalla.

935 LA TERCERA. 2013. Ley de Pedófilos: 709 personas están inhabilitadas para trabajar con menores de edad. [en línea] La Tercera en Internet. 27 de marzo, 2013 <http://www.latercera.com/noticia/nacional/2013/03/680-515946-9-ley-de-pedofilos-709-personas-estan-inhabilitados-para-trabajar-con-menores-de.shtml> [consulta: 28 de enero 2017]

936 EL MERCURIO. 2015. Registro de pedófilos: 2771 personas están inhabilitadas para trabajar con menores [en línea] EMOL <http://www.emol.com/noticias/nacional/2015/03/02/706072/registro-de-pedofilos-2771-personas-estan-inhabilitadas-de-trabajar-con-menores.html> [consulta: 28 enero 2017]

937 EL MERCURIO. 2016 Registro de pedófilos suma 4 mil personas inhabilitadas para trabajar con niños [en línea] EMOL 16 de Febrero 2016 <http://www.emol.com/noticias/Nacional/2016/02/16/788577/A-casi-cuatro-anos-de-su-implementacion-sistema-registra-4-mil-personas-inhabilitadas-para-trabajar-con-ninos.html> [consulta: 28 enero 2017]

Figura n°2. *Infografía del Gobierno que explica el funcionamiento del Registro* (año 2012)



2.2.2.5. Proyectos de modificación

Respecto de la ley Nº 20.594, se han presentado tres proyectos de ley, los cuales han tenido por propósito modificar sus artículos primero y segundo, respectivamente y al Código Penal.

2.2.2.5.1. Boletín 8703-07: "Modifica art. 1º de ley Nº 20.594, que crea inhabilidades para condenados por delitos sexuales contra menores"[938]

El proyecto de ley, ingresado con fecha 27 de noviembre del año 2012, pretende modificar el art. 1º de ley Nº 20.594. En el particular, la ley referida introdujo la pena de inhabilitación absoluta *perpetua* para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con menores de edad. El delito de *facilitación de prostitución de menores de edad,* cuando la víctima es mayor de 14 pero menor de 18 años, es penado con la *inhabilitación absoluta temporal*, sin embargo, no se consideró la pena de *inhabilitación* para el caso en que la víctima fuese menor de 14 años. Atendiendo a la gravedad de este delito, el proyecto de ley busca que la facilitación de prostitución de menores de 14 años sea penada con la *inhabilitación absoluta perpetua,* incluyéndolo en la letra a) del numeral 3 del artículo 1º de la ley Nº 20.594.

Actualmente, el proyecto de ley no ha prosperado. Si bien se encuentra en *tramitación,* aún permanece en el primer trámite constitucional, habiendo transcurrido 4 años desde su presentación.

2.2.2.5.2. Proyecto de ley 27-2012 (Boletín 8437-07): "Modifica el art. 2º de la ley Nº 20.594, que crea inhabilidades para condenados por delitos sexuales contra menores"[939]

[938] Proyecto de ley Boletín N° 8703-07. Modifica el artículo 1º de la ley Nº 20.594, que crea inhabilidades para condenados por delitos sexuales contra menores [en línea] <http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iddocto=9107&tipodoc=mensaje_mocion> [consulta: 28 enero 2017]

[939] Proyecto de ley Boletín N° 8437-07. Modifica el artículo 2º de la Ley Nº20.594, que crea inhabilidades para condenados por delitos sexuales contra menores y establece registro de dichas inhabilidades [en línea] <https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=17441&prmTIPO=OFICIOPLEY> [consulta: 28 enero 2017]

Con fecha 11 de julio del año 2012, mediante una moción presentada por la diputada Andrea Molina y los diputados Edmundo Eluchans, Iván Moreira y Matías Walker, fue ingresado el proyecto de ley Boletín 8437-07, el cual busca modificar el artículo 2º de la ley Nº20.594.

El artículo referido sustituyó al art. 6º bis del decreto ley Nº 645 de 1925, sobre el Registro General de Condenas, estableciendo que toda institución, pública o privada, que por la naturaleza de su objeto o el ámbito específico de su actividad requiera contratar a una persona determinada para algún empleo, cargo, oficio o profesión que involucre una relación directa y habitual con menores de edad *deberá* solicitar la información contenida en el Registro de inhabilidades, antes de efectuar dicha contratación.

Conforme a lo expuesto, sobre las instituciones públicas o privadas vinculadas al contacto con menores recae una obligación de consultar el Registro cada vez que se quiera contratar a una persona. Sin embargo, como advierte el proyecto de ley en comento, no se indica cuál es la sanción en caso de que se incumpla la obligación, ya sea en el supuesto en que la institución no efectúe la consulta, como en el que habiendo realizado y estando el postulante afecto una inhabilitación, de todas formas es contratado.

El proyecto de ley, en su artículo único, pretende introducir las siguientes modificaciones:

a) Quien incumpla con la obligación de efectuar la solicitud de información, será sancionado con una *multa de 10 UTM,* la que será impuesta por el juez de policía local del territorio donde se hubiere cometido la infracción, el cual podrá iniciar el procedimiento exclusivamente por denuncia del Servicio Nacional de Menores, la Junta Nacional de Jardines infantiles, la Municipalidad respectiva o Carabineros de Chile.
b) Respecto de la persona o institución que habiendo o no consultado el registro, contrate a una persona afecta a la inhabilidad de trabajar con menores, responderá civilmente de acuerdo a las normas generales del Código Civil sobre responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno.
c) Para sancionar el incumplimiento de la obligación, le otorga competencia al juez de policía local del territorio en donde se hubiera cometido la infracción[940].

[940] La Corte Suprema, en oficio Nº93-2012, respondió el requerimiento de la Cámara de Diputados (oficio Nº 10.266), manifestando su opinión respecto de la competencia que le es otorgada al juez de policía local para tener conocimiento del incumplimiento de la obligación de solicitar información al Registro. La Corte Suprema señaló que el proyecto de ley no altera las reglas de la competencia, dado que la misma ley Nº 20.594 establece que los jueces de policía local tendrán conocimiento de la infracción por el mal uso de la información contenida en los Registros.

El proyecto de ley, que pretendió hacerse cargo de un vacío dejado por la ley Nº 20.594, se encuentra en tramitación y no ha prosperado hasta ahora, dado que aún se encuentra en el Primer Trámite Constitucional.

2.2.2.5.3. Proyecto de ley (Boletín 9474-07): "Modifica el Código Penal sancionando a quienes contratan a personas consignadas en el Registro Nacional de Pedófilos"[941]

Con fecha 23 de julio del año 2014, a partir de la moción presentada por diputados de la bancada UDI (Unión Democrática Independiente)[942], se presentó el proyecto de ley que pretende instituir una responsabilidad para los empleadores que contraten a individuos afectos a *inhabilidades* para trabajar con menores. Para ello, propone modificar el artículo 372 del Código Penal, incorporando un nuevo inciso, el cual contempla la sanción para los directores, sostenedores o empleadores que contraten a una persona condenada por los delitos sexuales referidos en el mismo artículo, figurando esta, en el Registro Nacional de Inhabilidades para ejercer funciones en ámbitos educacionales o con menores de edad.

La pena será la *inhabilidad* para el ejercicio de director, sostenedor o empleador de dichos establecimientos por un plazo no inferior a 2 años, y los dueños de dichos establecimientos serán objeto de una multa no inferior a 500 Unidades Tributarias Mensuales.

Actualmente, el proyecto de ley se encuentra en tramitación, específicamente, en el primer trámite constitucional.

2.2.2.6. Jurisprudencia

2.2.2.6.1. Dictamen 39765-2014

En un caso atingente a la materia, la Contraloría, en el Dictamen 39765-2014, se pronunció ante la consulta realizada por un ex asistente de educación de la Municipalidad de

---

941 Proyecto de ley, Boletín Nº 9474-07. Modifica el Código Penal, sancionando a quienes contratan a personas consignadas en el Registro Nacional de Pedófilos [en línea] <http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iddocto=9887&tipodoc=mensaje_mocion> [consulta: 28 enero 2017]

942 Pedro Pablo Álvarez-Salamanca, Juan Antonio Coloma Álamos, Felipe de Mussy Hiriart, Sergio Gahona Salazar, Andrea Molina Oliva, Celso Morales Muñoz, Claudia Nogueira Fernández, Renzo Trisotti Martínez, Felipe Ward Edwards.

Concepción, respecto de si se ajustaba a derecho el término de la relación laboral resuelta por el municipio en virtud del artículo 160 Nº 3 del Código del Trabajo, dado que el individuo se ausentó en su trabajo durante un período de tiempo en el cual estuvo en prisión preventiva.

La entidad edilicia refirió que el trabajador se ausentó desde el 05 de noviembre del año 2012 sin previo aviso ni habiendo notificado que estaba imputado y luego condenado por el delito de abuso sexual de menor de 14 años en la causa RIT Nº1517-2012, seguida ante el Juzgado de Chiguayante.

La Contraloría razonó que se le puso término al contrato de trabajo en conformidad al artículo 160 Nº 3 del Código Laboral, el cual preceptúa que la relación laboral termina por la *no* concurrencia del empleado a sus labores sin tener causa justificada durante dos días seguidos, dos lunes en el mes o un total de tres días durante igual período de tiempo. Por ello, para efectos de considerar la concurrencia de una causal de justificación (fuerza mayor) para ausentarse de su trabajo, había que remitirse al resultado del juicio criminal respectivo por el cual fue privado de libertad, y en este, el funcionario fue condenado por el delito de abuso sexual de menor de 14 años, por lo que la decisión del Municipio se ajustaba a Derecho.

Luego, la Contraloría hace referencia al artículo 39 bis del Código Penal Chileno, conforme al cual las penas de inhabilitación absoluta perpetua o temporal producen "la privación de todos los cargos, empleos, oficios y profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad que tenga el condenado", lo cual se producía en el caso, según la información contenida en el Registro de Inhabilidades para condenados por delitos sexuales.

2.2.2.6.2. Dictamen 23559-2015

El Servicio Nacional de Menores (SENAME) solicitó el pronunciamiento de la Contraloría respecto de la aplicación de la excepción contenida en la ley Nº 20.702, que limita la prohibición de ingreso a la Administración Pública respecto del personal que esta requiera contratar para los estamentos de auxiliares y administrativos

En efecto, la letra f) del artículo 12 de la ley Nº 18.834 sobre Estatuto Administrativo, preceptúa como requisito necesario para ingresar a la Administración el no estar inhabilitado para el ejercicio de funciones o cargos públicos, *ni hallarse condenado por delito que tenga asignada pena de crimen o simple delito*. Luego, establece una excepción: en el caso del acceso a cargos de *auxiliares* y

administrativos, no será impedimento para el ingreso encontrarse condenado por ilícito que tenga asignada pena de simple delito (siempre que no sea de aquellos indicados en el título V, Libro II "de los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos").

Por otra parte, el artículo 39 bis del Código Penal, contempla las penas de *inhabilitación absoluta perpetua* o *temporal* para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad, previstas en el art. 372 del Código Penal. En consecuencia, cabe preguntarse si es aplicable la excepción del art. 12 letra f) a los individuos que, teniendo una pena de inhabilidad *absoluta* (de simple delito), postulen a cargos administrativos y auxiliares en el SENAME.

Para resolver el tema, la Contraloría se remite a las bases normativas que fijan la orgánica del SENAME. Conforme al art. 1º del decreto de ley Nº 2.465, al SENAME le importa la tarea de contribuir a proteger y promover los derechos de los niños, niñas y adolescentes que han sido vulnerados en el ejercicio de los mismos. En este mismo sentido, el Nº 3 del art. 2º del cuerpo legal referido, establece que la acción del SENAME se dirigirá especialmente a todos los niños, niñas y adolescentes, en relación con la prevención de situaciones de vulneración de sus derechos y promoción de los mismos. En virtud de ello, se determina la naturaleza de las funciones del SENAME según las cuales se debe prevenir la vulneración de derechos de menores de 18 años, lo que implica el examen del personal que presten estos servicios.

En consecuencia, conforme al principio de especialidad, la Controlaría sostiene que *no cabe aplicar la excepción de la letra f) del artículo 12 de la ley 18.834 a los postulantes a cargos de auxiliares y administrativos del SENAME, que se encuentren en alguna de las situaciones referidas en los artículos 39 bis y 372 del Código Penal.*

2.2.2.7. Aplicación retroactiva

La Biblioteca del Congreso Nacional realizó un informe acerca de la posibilidad de aplicar retroactivamente la ley Nº 20.594 (referida en el título del documento como *registro de pedófilos*[943]). El informe en cuestión señala que, en principio, la aplicación retroactiva de la ley, esto es, la

[943] CAVADA HERRERA, J.P. 2014. Posibilidad de aplicación retroactiva de ley que estableció el registro de pedófilos. Informe Biblioteca del Congreso Nacional. Asesoría técnica parlamentaria- [en línea] < http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/19577/5/Posibilidad%20de%20aplicacion%20retroactiva%20de%20Ley%20que%20establecio%20registro%20de%20pedofilos_v5.pdf> [consulta 28 enero 2017] p.1

inclusión en el Registro de las *condenas previas* a su entrada en vigencia, no vulneraría el principio *irretroactividad de la pena* –consagrado a nivel constitucional en el art. 19 Nº 3 inc.7-[944], dado que la incorporación de estas al Registro de Inhabilidades no es una pena *per se,* ya que no se encuentra consagrada en el artículo 21 del Código Penal ni en otra norma[945], sino un medio de acceso al contenido de la sentencia, el cual ya era público con anterioridad a la existencia de Registro[946]. Pese a ello, la ley Nº 20.594 creó tanto al Registro como a la pena conjuntamente, por lo que no sería posible legalmente que existiese la pena de *inhabilidad absoluta perpetua* desde antes que la creación del Registro[947].

Por otro lado, la ley Nº 20.594 y el Decreto Ley Nº 645 del 1925, ordenan incluir en el Registro a las penas de inhabilidades para ejercer funciones en ámbitos educacionales o con menores de edad, por lo que en base al *principio de legalidad* de los actos administrativos –contenido en el artículo 6 inc. 1º y 2º y artículo 7, inc. 2º de Constitución Política de la República- es posible colegir que la autoridad no está facultada para incluir en el Registro, inhabilitaciones distintas de aquellas creadas por la ley Nº 20.594[948]. De esto, el informe concluye que la incorporación al Registro, ya sea de forma retroactiva o no, de una inhabilidad distinta a las contempladas en la ley Nº 20.594 sería inconstitucional por vulneración del principio de *legalidad* (y no por el de *irretroactividad*), por no existir una norma que autorice dicha inclusión[949]. A *contrariu sensu,* si existiese una ley que autorizara el registro de penas diversas a las contempladas por la ley Nº 20.594, no se vulneraría el principio de legalidad y por ende, no habría inconstitucionalidad[950].

En doctrina, contra lo último expuesto, se ha señalado que la prohibición de la irretroactividad de la ley punitiva, además de la pena, se aplica a la ley penal en cuanto a *hechos producidos con anterioridad a su entrada en vigencia*, por lo que la incorporación de una condena en un Registro de Inhabilidades, tendría tal carácter y de efecto penal, por tanto, la ley adolecería de inconstitucionalidad por aplicarse su contenido con efecto retroactivo[951]. De esta forma, al no tratarse de la incorporación en el Registro de una pena, sino de condenas anteriores a su entrada

[944] El inciso señalado establece: "Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado". A nivel legal, el principio referido también se encuentra consagrado en el artículo 18 del Código Penal, el cual dispone que "ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración".
[945] CAVADA HERRERA, J.P. 2014. *op.cit.* p.3
[946] *Ibíd.* p.1
[947] *Ibíd.* p.3
[948] *Ibíd.* p.1
[949] *Ibíd.* p.1
[950] *Ibíd.* p.4
[951] *Ibíd.* p.1

en vigencia, estas no serían cubiertas por la irretroactividad de la pena. Pese a ello, no podrían ser incluidas en tanto no existe una normativa que autorice a incorporar *inhabilidades distintas a las de la ley Nº 20.594*, vulnerándose con ello el principio de *constitucionalidad*[952].

2.3. Argentina

Como primer antecedente histórico, ya en el año 1896 la Oficina de Identificación de la Policía de la Provincia de Buenos Aires utilizaba el sistema dactiloscópico de Vucetich, para registrar a los individuos detenidos por la policía[953], el que luego sería adoptado oficialmente en el año 1903 con la creación de Gabinete Dactiloscópico de la Policía Federal Argentina[954].

En el año 1933, se creó el «Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal», dependiente del Ministerio de Justicia e Instrucción Pública, el que tuvo por propósito facilitar la comprobación de la reincidencia y proveer de una herramienta a la policía para optimizar las investigaciones criminales. La información del Registro sólo podía ser proporcionada bajo autorización del juez competente y además, contaba con la particularidad de que los antecedentes de los procesados eran destruidos en casos de *sobreseimiento* o *absolución*[955].

En la actualidad, Argentina es uno de los países que cuenta con un mecanismo registral desde el 23 de julio del año 2013, cuando se promulgó la ley Nº 26.879, la cual crea el Registro Nacional de Datos Genéticos vinculados a delitos contra la integridad sexual. Esta medida tiene por finalidad ser una herramienta que ayude a esclarecer hechos que sean objeto de una investigación en el marco de un ilícito sexual, proveyendo información genética de toda persona que haya sido condenada por los delitos previstos en el Libro Segundo, Título III, Capítulo II del Código Penal argentino.

La información consignada corresponde a: (i) nombres y apellidos -inclusive apodos, en caso de que existan-; (ii) fotografía actualizada; (iii) fecha y lugar de nacimiento; (iv) nacionalidad; (v) número de documento de identidad y autoridad que lo expidió; (vi) domicilio actual que debe ser informado por el condenado. En lo que respecta al *acceso*, el artículo 7º de la ley en comento señala que las constancias serán consideradas datos sensibles y de carácter *reservado*, las cuales sólo

[952] *Ibíd.* p.4
[953] GARCÍA FERRARI, M. 2015. Una aproximación a las relaciones entre identificación y justicia en Argentina (1886-1933). Santa Fe, Argentina. Estudios Sociales. Revista Universitaria Semestral. Año XXV. Nº 48. p.45
[954] CASTRO LUJÁN, V.M. 1956. *op.cit.* p.196
[955] GARCÍA FERRARI, M. 2015. *op.cit.* pp.57-58

serán suministradas a miembros del Ministerio Público Fiscal, a jueces y a tribunales de todo el país en el marco de investigaciones de causas por delitos sexuales.

2.4. España

En el año 2014, en el contexto del Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia, el gobierno español planteó la idea de establecer un Registro público de «delincuentes sexuales», circunscrito a delitos cuyas víctimas fuesen menores de edad. Al igual que en Estados Unidos, el evento que detonó la elaboración del Registro fue un caso de asesinato de una menor de 5 años edad, Mari Luz[956]. El hombre que le dio muerte ya había sido condenado con anterioridad por el delito de abuso sexual en contra de una menor y desde aquella fecha había eludido la justicia[957].

Con fecha 11 de diciembre del 2015, se publicó el Real Decreto 1110/2015, conforme al cual se regula el Registro Central de Delincuentes sexuales, comenzando a regir el 01 de marzo del año 2016[958].

La instauración del Registro responde a la obligación adquirida por España, al ser uno de los países parte del Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Niños contra la explotación y abuso sexual (Convenio), firmado el 25 de octubre del año 2007 en Lanzarote y el cual fue ratificado por España el 1 de julio de 2010[959]. Producto del Convenio, la Unión Europea aprobó la Directiva 2011/93/UE (Directiva) del 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra abusos sexuales, la explotación sexual de menores y la pornografía infantil y la cual prevé la obligación de que los Estados Miembros adopten las medidas necesarias para contrarrestar la peligrosidad criminal de los ofensores asociados a delitos sexuales[960].

El artículo 37.1 del Convenio referido señala que cada país "adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para recoger y almacenar, de conformidad con las disposiciones aplicables sobre protección de datos de carácter personal y otras normas y garantías apropiadas que el derecho interno prevea, los datos relativos a la identidad y perfil genético

956 FERNÁNDEZ-PACHECHO, C. 2014. *op.cit.* p.385
957 EL MUNDO. 2008. Las claves del caso 'Mari Luz': despropósitos y responsabilidades [en línea] El Mundo.es 02 de abril de 2008 <http://www.elmundo.es/elmundo/2008/04/02/espana/1207128933.html> [consulta: 28 enero 2017]
958 GOBIERNO DE CANTABRIA. 2016. Disposiciones generales. Consejería de Educación, Cultura y Deporte. Circular CVE-2016-2449. Boletín Oficial de Cantabria. 58. p.6548
959 VENDRELL ALFONSO, J. 2016. Análisis del Registro Central de Delincuentes Sexuales. Cuestiones de Interés Jurídico. IDIBE. p.2
960 SALAT PAISAL, M. 2016. *op.cit.* p.284

(ADN) de las personas condenadas por los delitos tipificados con arreglo al presente Convenio"[961].

En virtud de lo establecido por el artículo 37.1, técnicamente no se le exige a los Estados crear un *registro de delincuentes,* sino que sólo refiere que deberán adoptarse las medidas que resulten necesarias para recoger y almacenar los datos relativos a la identidad y perfil genético. En vista de ello, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, órgano no vinculante, dictó en mayo del 2010 la resolución 1733/2010 por la que compele a los 74 estados miembros a la creación de un registro de ofensores sexuales[962].

Según la página del Ministerio de Justicia Español, el Registro en comento es uno que "se integra en el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia, en el que se incluyen los datos relativos a la identidad y perfil genético (ADN) de las personas condenadas mediante sentencia firme por los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y trata de seres humanos con fines de explotación sexual, incluida la pornografía, con independencia de la edad de la víctima."[963].

La gestión del Registro corresponde a la Secretaría del Estado de Justicia a través de la Secretaría General de la Administración de Justicia y tiene un carácter *privado*[964]. Esto implica que el acceso se encuentra restringido a los Jueces y Tribunales, al Ministerio Fiscal y a la policía judicial en el ámbito de sus competencias. Lo expuesto se encuentra en armonía con la tradición española –y también europea- de proteger a los individuos de la posible divulgación de sus antecedentes penales, ya sea por órganos gubernamentales como por particulares[965].

En el mismo tenor, se encuentra la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo del 2015, la cual introduce en el Código Penal Español una nueva consecuencia accesoria, consistente en la obligación que tienen los condenados por ciertos delitos de gravedad, de proporcionar muestras biológicas y permitir la realización de análisis de ADN para que estos sean consignados en una base de datos administrada por la policía[966].

En España, similar al caso chileno, también se contempla la pena de *inhabilidad* para el ejercicio de *actividades* que impliquen el contacto habitual y directo con menores de edad, la cual

---

[961] Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la Explotación y el Abuso sexual, Cap. VIII, Art. 37(1)
[962] SALAT PAISAL, M. 2016. *op.cit.* p.295
[963] MINISTERIO DE JUSTICIA. GOBIERNO DE ESPAÑA. Registro Central de Delincuentes. En línea <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/registro-central-delincuentes> [consulta: 28 enero 2017]
[964] VENDRELL ALFONSO, J. 2016. *op.cit.* p.2
[965] JACOBS, J. y LARRAURI, E. 2010. *op.cit.* p.7
[966] SALAT PAISAL, M. 2016. *op.cit.* p.283

fue introducida por la ley 26/2015, modificando a la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor[967].

Conforme a la Directiva, debe distinguirse entre *actividad profesionales* y *no profesionales*, siendo las primeras las que quedan cubiertas en *todo caso* por las inhabilidades, mientras que respecto de las segundas, los Estados cuentan con discrecionalidad para imponer la pena. El autor español SALAT PAISAL sostiene que por *actividades profesionales* deben entenderse aquellas derivadas de la profesión o que son el empleo, ya sea por cuenta propia o ajena, de una persona, mientras que *no profesionales* serás aquellas actividades que son realizadas voluntariamente[968].

Además, los instrumentos internacionales le impusieron a España aplicar las medidas necesarias para que los empleadores, al momento de contratar a una persona cuya función implique el contacto directo y habitual con menores, tengan acceso a los antecedentes de la persona o bien, si esta cuenta con alguna inhabilidad para ejercer el cargo al cual postula[969].

Para efectos de acceder y ejercer profesiones, oficios y actividades que impliquen un contacto habitual con menores, el individuo tendrá que acreditar que *no ha sido condenado por sentencia firme por algún delito contra la libertad e indemnidad sexual.* Para dar cuenta de dicha circunstancia, el postulante deberá -personalmente o por autorización expresa de la Conserjería de Educación, Cultura y Deporte- solicitarle al Registro Central de Delincuentes Sexuales un *certificado negativo,* esto es, un documento que corrobore la no existencia de condenas en contra del sujeto requirente[970].

2.5. Reino Unido[971]

En el Reino Unido estudiaron el modelo estadounidense y tomaron distancia de este, restringiendo el acceso a los Registros[972] y logrando un cierto balance entre los intereses del

967 *Ibíd.* p.283
968 *Ibíd.* pp.286-287
969 *Ibíd.* p.290
970 GOBIERNO DE CANTABRIA. 2016. *op.cit.* p.6549
971 En el año 2003, se promulgó la «Criminal Justice Act» (cuyo antecedente es la «Criminal Justice Act» de 1991) la cual contemplaba dos modalidades para hacer frente a la delincuencia sexual, en los supuestos en donde se hubiesen cometido dos delitos, acompañado del riesgo de reincidencia: (i) una *extended sentence* y (ii) la *indeterminate sentence*. La *extended sentence* consiste en que el agresor estará sujeto a un período de vigilancia tras el cumplimiento efectivo de la pena, mientras que la *indeterminate sentence* se aplica en casos de mayor gravedad, ya sea mediante una pena no inferior a 10 años, hasta cadena perpetua. ROBLES PLANAS, R. 2007. *op.cit.* p.5
972 LIEB, R., KEMSHALL, H. y THOMAS, T. 2011. Post-Release controls for sex offenders in the U.S. and U.K. International Journal of Law and Psychiatry [en línea] <http://www.wsipp.wa.gov/ReportFile/1088/Wsipp_Post-Release-Controls-for-Sex-Offenders-in-the-U-S-and-UK_Full-Report.pdf> [consulta: 28 enero 2017] p.2

agresor sexual y las preocupaciones de la comunidad[973]. A diferencia de Estados Unidos, la creación del Registro no fue precedida por un suceso criminal de gravedad y con repercusión mediática que acabara presionando a los poderes políticos para su aprobación, sino que fue el cuerpo de policía quien incentivó la instauración de la medida[974].

En este país, el proceso de difusión de información se encuentra regulado por profesionales, quienes sólo pueden informar a un número limitado de personas, siempre y cuando concurra alguna justificación que implique la amenaza de la seguridad de un individuo o de la comunidad en su conjunto[975].

En cuanto a la normativa, la *Sex Offenders Act* recibió el asentimiento real el 31 de marzo de 1997, introduciendo la obligación de instaurar un registro de condenados por delitos sexuales, con acceso restringido y el cual no le exigía al agresor enlistado tanta información como sí lo hacía la legislación estadounidense[976]. La implementación del Registro se llevó a cabo el 1 de Septiembre del año indicado, con una escasa cobertura de los medios de prensa, dado que fue un día después del accidente vehicular que le costó la vida a la Princesa Diana[977].

En 1998, la *Crime and Disorded Act*, con propósitos *preventivos,* permitió que la información contenida en los Registros pudiese ser compartida por instituciones policiales y agencias de supervisión del cumplimiento de la pena[978].

En julio del año 2000, la menor de 8 años de edad, Sarah Payne, fue secuestrada mientras jugaba en las afueras de la casa de sus abuelos en West Sussex. Su cuerpo fue descubierto días después. Roy Whiting, quien vivía aproximadamente a 5 millas del lugar en donde se produjo la desaparición de Sarah, fue acusado por los delitos de secuestro y homicidio, siendo finalmente condenado en diciembre del 2001[979].

Producto del dramático caso, la comunidad demandó intensamente la adopción de un registro *público,* lo que inclusive llevó al periódico británico *News of the World,* editado por Rebekah Wade, a iniciar una campaña bajo el nombre de «For Sarah»[980]. El 23 de Julio del año 2000, el diario tuvo por portada el slogan «Named, Shamed» (nombrado, humillado), lo que se tradujo en

---

973 HYNES, K. 2013. *op.cit.* pp.378-379
974 SALAT PAISAL, M. 2014. *op.cit.* p.233
975 LIEB, R. KEMSHALL, H. y THOMAS, T. 2011. *op.cit.* p.13
976 HYNES, K. 2013. *op.cit.* p.364
977 THOMAS, T. 2011. *op.cit.* p.59
978 LIEB, R. KEMSHALL, H. y THOMAS, T. 2011. *op.cit.* p.11
979 LIPSCOMBE, S. 2012. Sara's Law: The child sex offender disclosure scheme. Standard Note SN/HA/1692. London: House of Commons Library. p.2
980 THOMAS, T. 2011. *op.cit.* p.120

la publicación de fotos y nombres de los agresores sexuales durante semanas, generando actos de violencia en contra de los registrados[981]. El caso de Yvette Cloete resulta ilustrativo de los efectos que produjo la campaña, una *pediatra* («paediatrician») que fue confundida por *pedófila* («paedophile») y por lo cual sufrió el asedio de personas que inclusive rayaron su propiedad con la palabra «paedo»[982]. Finalmente, el gobierno no accedió a la propuesta. La ministra Beverley Hughes, del Ministerio de Justicia, señaló que la medida era *impracticable* y que no había nada que pudiera detener a un agresor, cuyo nombre ha sido divulgado en una determinada área, a comprar una van y viajar 100 millas a otra zona para cometer un delito[983].

El 30 de noviembre del año 2000, con el propósito de *endurecer* las obligaciones a las que estaban sometidos los individuos registrados, se promulgó la *Criminal Justice and Court Services 2000,* la cual modificó el Registro de ofensores sexuales aprobado en la *Sex Offenders Act 1997*[984]. Entre sus disposiciones, cabe señalar: (i) los sujetos debían realizar la notificación inicial (una vez condenados o liberados de prisión) en un plazo de tres días –en lugar de catorce-[985]; (ii) el proceso de registro debía realizarse mediante la concurrencia personal del sujeto y (iii) sólo en las estaciones de policía designadas; (iv) los registrados que viajaran al extranjero por un plazo superior a siete días, debían notificar a la policía con 48 horas de anticipación, informaciones tales como el *cuándo* y *dónde* se harían los viajes, y una vez que hubieran vuelto al Reino Unido, notificarlo también en un plazo de 48 horas[986]. Adicionalmente, las penas por el incumplimiento de la obligación de notificar a la policía la información requerida, fue incrementado de un máximo de 6 meses a 5 años de prisión[987].

La *Criminal Justice Act* del año 2003, estableció la creación de la «Multi-Agency Public Protection Arrangements» (MAPPA), una agencia multidisciplinaria diseñada para proteger al público y a las víctimas que han sufrido un daño grave a consecuencia de delitos sexuales perpetrados por agresores de alto riesgo[988]. La Multi-agencia se encuentra compuesta por órganos policiales, penitenciarios y las agencias de supervisión del cumplimiento de la pena, cuyos

---

981 TERRY, K. 2015. *op.cit.* pp.8-19

982 BBC NEWS. 2000. A paper's controversial campaign [en línea] BBC 30 de Agosto del 2000, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/1709708.stm> [consulta: 28 enero 2017]

983 LIPSCOMBE, S. 2012. *op.cit.* p.3

984 SALAT PAISAL, M. 2014. *op.cit.* p.241

985 THOMAS, T. 2011. *op.cit.* p.66

986 SALAT PAISAL, M. 2014. *op.cit.* p.241

987 THOMAS, T. 2011. *op.cit.* p.66

988 MINISTRY OF JUSTICE. 2012. Mappa Guidance. Version 4. National Offender Management Service [en línea] <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/406117/MAPPA_guidance_2012_part1_v4_Feb_2015.pdf> [consulta: 28 enero 2017] p.1

métodos de trabajo consisten en compartir la información de los agresores sexuales de alto riesgo entre los distintos estamentos para efectos de poder gestionar las políticas de control y definir cómo será compartida la información al público[989]. Además, se realizan reportes anuales del número de agresores localizados en cada área del Reino Unido, sin proveer información de ofensores en específico aunque operan con un sistema de entrega de datos controlada respecto de agresores que conlleven un grave peligro para los menores de edad y cuando sea necesario para la protección de estos[990].

La *Sexual Offences Act* (SOA 2003), ley que comenzó a regir el 1 de mayo del 2004[991], derogó y reemplazó a la *Sex Offenders Act* de *1997*[992] e introdujo modificaciones al catálogo de delitos sexuales contra adultos y menores de edad. Esto se reguló en la parte II de la SOA, en donde se establecieron los requerimientos propios de las notificaciones[993]. El acta exigió que todos los cambios de información personal (véase nombre, dirección de domicilio, fecha de nacimiento, etc.[994]) –y no sólo el registro inicial- debían notificarse a la policía en un plazo máximo de 3 días[995] y la verificación de la información se debía realizar anualmente mediante una entrevista personal[996]. Además, los registrados debían acceder a que se le tomaran las huellas digitales y una fotografía. Los ofensores sexuales registrados tenían que notificar a la policía, (normalmente) con un mínimo de 7 días de antelación, cada vez que realizaran un viaje al extranjero por tres o más días[997]. En estos casos, la información requerida consistía en la fecha de salida, país de destino, punto de llegada al país de destino, fecha de regreso, punto de llegada a Reino Unido, entre otros datos[998]. El incumplimiento de las exigencias de notificaciones podía ser sometido a multa y a una pena de prisión de hasta 5 años[999].

---

989 GRIFFIN, L. y BLACKER, K. 2010. Megan's Law and Sarah's Law: A Comparative Study of Sex Offender Community Notification Schemes in the United States and the United Kingdom. Criminal Law Bulletin. 46. p.996

990 *Ibíd.* p.996

991 SALAT PAISAL, M. 2014. *op.cit.,* Cita 910. p.242

992 THOMAS, T. 2011. *op.cit.* p.69

993 Sexual Offences Act (2003), Part.2. p.42

994 Véase SOA (2003), Part.2. 83(5)

995 THOMAS, T. 2011. *op.cit.* p.69

996 *Ibíd.* p.69

997 El año 2012, esto fue objeto de modificación, debiendo ser notificado los viajes al extranjero superiores a 1 día. Dado de que los viajes que se extendieran por menos de 3 días no debían ser notificados, esto que podía ser aprovechado por los ex reclusos para salir del país y volver antes de la fecha referida, sin necesidad de dar cuenta de la situación. A este vacío legal se le llamó «the three-days-loophole». Para una revisión de lo referido, véase: PROTECTING CHILDREN EVERYWHERE. 2011. Off The Radar: protecting children from british sex offenders who travel, Ecpat UK [en línea] <http://www.ecpat.org.uk/sites/default/files/off_the_radar_-_protecting_children_from_british_sex_offenders_who_travel.pdf> [consulta: 28 enero 2017]

998 U.K. GOVERNMENT. 2011. Reforming the notifications requirements of registered sex offenders (part. 2 of the Sexual Offences Act 2003): A Targeted Consultation [en línea]

Respecto del tiempo que debían estar los agresores en el Registro, este variaba según la pena impuesta[1000]. De esta forma, para el individuo condenado perpetuamente o por un término de 30 meses o más, el período de notificación se extendería de por vida; en condenas por más de 6 meses pero menos de 30 meses, durante 10 años y en condenas por menos de 6 meses, el período de notificación correspondía a 7 años[1001]. Los condenados juveniles debían estar registrados la mitad de los tiempos previamente referidos[1002].

Cuadro nº4. *Cuadro informativo del período de notificación en la SOA* (2003)

Descripción del ofensor	**Período de notificación**
Individuo condenado de por vida o por un término mayor a 30 meses	Período indefinido comenzando desde la fecha pertinente
Individuo condenado a un término mayor a 6 meses pero menor a 30 meses	10 años desde que es condenado
Individuo condenado a un término menor a 6 meses	7 años desde que es condenado

Fuente: Sexual Offences Act (2003)

En junio del año 2007, el Ministerio del Interior británico publicó un informe en el cual se recogía la necesidad de ampliar el sistema de notificación de la información contenida en el registro[1003]. El documento aseveraba que el gobierno introduciría una nueva obligación legal que tendría por destinatario a los órganos policiales. Esta consistía en que las autoridades debían considerar la develación de información casuísticamente (caso a caso)[1004]. El modelo planteado en el informe –que entendía la notificación como un proceso bidireccional entre la policía y los miembros de la comunidad- permitía a los ciudadanos con *interés* (véase familiares directos,

<https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/157860/notif-sex-offenders-consult.pdf> [consulta: 28 enero 2017] p.7

999 GRIFFIN, L. y BLACKER, K. 2010. *op.cit.* p.995

1000 *Ibíd.* p.994

1001 SOA (2003), Part.2 Secc. 82 (1)

1002 SOA (2003), Part.2 Secc. 82 (2)

1003 SALAT PAISAL, M. 2014. *op.cit.* p.248

1004 LIPSCOMBE, S. 2012. *op.cit.* p.4

vecinos y amigos) solicitar información a los órganos policiales acerca de personas sobre las cuales tuviesen sospechas o respecto de individuos que hayan tenido un contacto regular pero no supervisado con sus *hijos*[1005]. La policía debía hacer revisión de los antecedentes penales de la persona requerida y si esta contaba con un registro criminal por delitos sexuales, se evaluaba el riesgo que significaba el individuo consultado para los menores de edad. Una vez determinado dicho baremo, la policía *podía* develar la información al solicitante[1006]

La campaña impulsada en el año 2000 por el asesinato de Sarah Payne se materializó con la promulgación de la *Criminal Justice and Immigration Act 2008*[1007], la cual introdujo los artículos 327A y 327B a la *Criminal Justice Act 2003*[1008]. El artículo 327A trata la develación al público de la información relativa a las condenas de los ofensores sexuales, estableciendo aquellos casos en los cuales es *preceptivo* notificar a determinadas personas el contenido del registro[1009]. La normativa establece una *presunción* consistente en que la autoridad responsable debe revelar a un miembro particular del público la información que está en su poder de las condenas anteriores del delincuente[1010] en el caso en donde exista una *causa razonable* para creer que (i) el ofensor sexual de menores supone un riesgo de causar un grave daño a un menor de edad en particular o a menores de edad[1011] y (ii) que la develación de la información acerca de condenas anteriores del ofensor sexual a un miembro en particular del público es *necesaria* para el propósito de proteger a un menor de edad o a menores de edad de sufrir un grave daño por parte del ofensor[1012].

El 15 de septiembre del 2008, en cuatro áreas de Inglaterra (Warchikshire, Cambridgeshire, Cleveland y Hampreshire) se puso en marcha un programa piloto que permitió a miembros de la población (como parientes, cuidadores y guardianes) solicitar información relativa al historial delictivo de ofensores sexuales[1013]. El proyecto piloto se extendió por 12 meses[1014].

1005 GRIFFIN, L. y BLACKER, K. 2010. *op.cit.* pp.997-998
1006 *Ibíd.* p.998
1007 SALAT PAISAL, M. 2016. *op.cit.* p.314
1008 Criminal Justice and Immigration Act 2008. Chapter 4. Part.11. 140.
1009 SALAT PAISAL, M. 2014. *op.cit.* p.249
1010 Criminal Justice and Immigration Act 2008. Chapter 4. Part.11. 140. 372A.(2)
1011 Criminal Justice and Immigration Act 2008. Chapter 4. Part.11. 140. 372A.(3)(a)
1012 Criminal Justice and Immigration Act 2008. Chapter 4. Part.11. 140. 372A.(3)(a)
1013 GRIFFIN, L. y BLACKER, K. 2010. *op.cit.* p.998
1014 UK Government. 2010. Guidance sex offender disclosure scheme guidance, [en línea] <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/184095/disclosure-scheme-guidance.pdf> [consulta: 28 enero 2017] p.1

Luego, en Agosto de 2010 se extendió a otras 8 localidades[1015]. Hoy en día, opera en toda Gran Bretaña[1016] .

Por último, los legisladores han propuesto la creación de un Registro on-line en Escocia, medida que no ha tenido éxito[1017]. Cabe señalar que el Reino Unido también ha adoptado otros modelos de supervisión de agresores sexuales, como la monitorización electrónica y los sistemas de medición de respuestas *psico-fisiológicas* (test de polígrafo)[1018].

2.6. Francia

El Registro de ofensores sexuales francés *Fichier judiciaire automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes*, creado por la ley núm. 2004-2204 de 9 de marzo de 2004, fue implementado el 30 de junio del año 2005 y formalmente inaugurado el 8 de julio del año referido, en Nantes[1019]. Este registro es administrado por el Servicio del Registro de Antecedentes Penales y controlado por un magistrado y tuvo en vista dos objetivos: (i) facilitar la identificación de los autores de delitos con antecedentes penales en materia sexual y (ii) evitar la reincidencia en este tipo de ilícitos[1020].

El Registro obliga a los condenados por determinados delitos sexuales (véase homicidio precedido o acompañado por un delito sexual; delito de agresión sexual, proxenetismo, entre otros) a informar su identidad y domicilio a las autoridades, siendo potestativo en aquellos casos en donde la pena privativa de libertad derivada sea igual o menor a 5 años[1021].

El Registro tiene un carácter *privado*, en tanto no permite el acceso del público[1022], estando la información disponible exclusivamente para las autoridades judiciales, la policía, gendarmería y los prefectos y funcionarios de la administración estatal a quienes les concierne el examen y la gestión de los trabajadores que tienen contacto con menores de edad[1023].

1015 LOCKLEY, S. 2011. *op.cit.* p.20
1016 SALAT PAISAL, M. 2016. *op.cit.* p.315
1017 U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. 2016. Global Survey of Sex Offender Registration and Notification Systems. [en línea] <http://smart.gov/pdfs/global-survey-2016-final.pdf> [consulta: 28 enero 2017] p.3
1018 LIEB, R. KEMSHALL, H. y THOMAS, T. 2011. *op.cit.* p.15
1019 THOMAS, T. 2011. *op.cit.* p.83
1020 SALAT PAISAL, M. 2016. *op.cit.* p.316
1021 *Ibíd.* p.316
1022 TERRY, K. 2015. *op.cit.* p.119
1023 THOMAS, T. 2011. *op.cit.* p.83

2.7. Canadá

Inicialmente, Canadá tuvo su acercamiento a los Registros de ofensores sexuales en una provincia localizada, cuando en Ontario fueron introducidos en el año 2001[1024]. El Registro a nivel nacional fue creado por la *Sex Offender Information Registration Act 2004* e implementado desde el 15 de diciembre del año 2004[1025], quedando la administración de este a cargo de la Royal Canadian Mounted Police (RCMP)[1026]. El propósito del Registro Nacional de ofensores sexuales es ayudar a la policía en las investigaciones de delitos y sus principios subyacentes son mejorar la protección pública, permitir una rápida recuperación de la información policial, mantener actualizada la base de datos de la policía y asegurar un grado de privacidad de la información gestionada[1027].

En términos de disponibilidad de la información, el Registro tiene un carácter *restringido*, dado que sólo pueden acceder a este los organismos policiales locales para efectos de optimizar las investigaciones de delitos sexuales[1028]. Conforme a esta normativa, la información requerida por el Registro consistía en el nombre del ofensor, fecha de nacimiento, domicilio, empleo, lugar de educación, número telefónico (incluyendo móviles), altura, peso y toda marca física distintiva[1029]. Desde el año 2010, con la *Protecting Victims from Sex Offenders Act*, las exigencias aumentaron, contando entre la nueva información solicitada la relativa al registro de automóvil, incluyendo el número de placa, año de manufacturación y color; entre otras[1030].

En el año 2015, se aprobó una nueva legislación que autorizaba la creación de un sitio web del registro público nacional, aunque este aún no se encuentra operativo[1031].

2.8. Otros países

Los Registros y sistemas de notificación de ofensores sexuales han proliferado alrededor del mundo en los últimos 20 años. Después de la primera ley de registro a nivel nacional en Estados Unidos (*Jacob Wetterling Act* del año 1994), al menos 29 países han promulgado

[1024] *Ibíd.* p.86
[1025] *Ibíd.* p.88
[1026] VESS, J., DAY, A., POWELL, M. y GRAFFAM, J. 2011. International Sex Offender Registration Laws: Research and Evaluation Issues Based on a Review of Current Scientific Literature, Police Practice and Research. p.2
[1027] THOMAS, T. 2011. *op.cit.* p.88
[1028] TERRY, K. 2015. *op.cit.* p.118
[1029] THOMAS, T. 2011. *op.cit.* p.88
[1030] *Ibíd.* p.89
[1031] U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. 2016. p.3

normativas en la materia, pese a que muchas de ellas han sido análogas a lo que podría considerarse una base de datos de antecedentes penales, más que propiamente a un *registro*[1032].

Los siguientes países cuentan con leyes que regulan Registros de ofensores sexuales (en sus distintos formatos): Alemania[1033], Argentina, Australia[1034], Bahamas, Canadá, Chile, Chipre, Francia, India, República de Irlanda, Jamaica, Kenya, Maldivas, Malta, Nueva Zelanda, Nigeria, Portugal, Sud-África, Corea del Sur, España, Taiwán, Trinidad y Tobago, Reino Unido y la Mancomunidad de Naciones ([i] Territorios Británicos de Ultramar: Bermuda {2001}, Gibraltar {2011}, Islas Pitcairn {2010} y [ii] Dependencia de la Corona Británica: Guernsey {2014}, Isla de Man {2001}, Jersey {2010})[1035].

Los siguientes países han considerado o se encuentran evaluando la creación y promulgación de *leyes de registro* y *notificación*: Austria, Barbados, Bélgica, Belice, Islas Caimán, Fiyi, Finlandia, Hong Kong, Israel, Malasia, Polonia, Samoa, St. Lucia, Suiza, Emiratos Árabes y Zimbabue[1036].

La disponibilidad de la información para el público no es una premisa ampliamente aceptada, dado que en la vasta mayoría de los países que cuentan con sistemas de registros, estos tienen un carácter *restringido*[1037]. Los únicos países que permiten el acceso *público* a los Registros en similares términos a Estados Unidos, son Corea del Sur[1038] y Maldivia. En un sentido menos intenso, pero también *público,* Chile.

Tras la desaparición de Madeleine McCann en Portugal, el parlamento Europeo se ha manifestado a favor de la creación en *Registro de agresores sexuales a nivel europeo*[1039]. Ante esta propuesta, se han realizado una serie de críticas, tales como la eventual afectación de la privacidad de los agresores (dada su presencia en listas a nivel internacional); lo problemático que resultaría la falta de uniformidad en los criterios de aplicación de los registros según cada país (véase la

---

1032 *Ibíd.* p.1

1033 Alemania no cuenta con un sistema de registro de ofensores a nivel nacional, pero algunos estados han desarrollado un «sex offender file», con el propósito de mejorar el rastreo de ofensores sexuales liberados desde prisión, mientras se encuentren bajo supervisión en la comunidad (U.S. DEPARTMENT. 2016. *op.cit.* p.9)

1034 Para un análisis en profundidad de la legislación de los Registros en Australia, consultar: VESS, J., LANGSKAILL, B., DAY, A., POWELL, M. y GRAFFAM, J. 2011. A comparative Analysis of Australian Sex Offender Legislation for Sex Offender Registries. Australian & New Zealand Journal of Criminology. 44(3). pp.404-424.

1035 U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. 2016. pp.1,5-6

1036 *Ibíd.* p.1

1037 HYNES, K. 2013. *op.cit.* p.352

1038 TERRY, K. 2015. *op.cit.* p.117

1039 *Ibíd.* p.119

tipificación de los delitos y la edad de consentimiento sexual[1040]); el incremento en las posibilidades de asedio y linchamientos contra ofensores sexuales; un registro de este tipo presentaría inevitablemente errores e inexactitudes en la información gestionada, lo cual puede resultar altamente perjudicial; entre otras[1041].

Cuadro nº5. *Países que han implementado Registros y sistemas de notificación*

País	Normativa de referencia	Promulgación [implementación]	Sistema de notificación
Argentina	Ley 26.879	2013	Restringido
Australia	Child Protection (Offender Reporting) Act	2004	Restringido[1042]
Canadá	Sex Offender Registration Act (SOIR Act)	2004	Restringido
Chile	Ley 20.594	2012	Público
Corea del Sur	Act on the Protection of Children and Juveniles From Sexual Abuse (2006)	2006	Público[1043]
España	Real Decreto 1110/2015	2016	Restringido
Estados Unidos	Jacob Wetterling Act	1994 (federal)	Público (1996)
Francia	Ley 2004-204	2004	Restringido
Irlanda	Sexual Offenders Act (SOA)	2001	Restringido
Jamaica	Sexual Offences Act	2009 [2014]	Restringido
Kenya	Sexual Offences Act	2006 [2012]	Restringido
Malasia	Modificación Child Act 2001	2016	Restringido
Maldivia	Maldivia Ley nº 12/2009	2009 [-]	Público[1044]
Malta	Protection of Minors (Registration Act), Act XXIII	2011 [2012]	Restringido
Sud África	Criminal Law (Sexual Offences and Related Matters), Amendment Act, 2007	2007 [2009]	Restringido
Trinidad y Tobago	Sexual Offences (Amendment) Act 2000	2000 [2016]	Restringido
Reino Unido	Sex Offender Act	1997	Restringido

Fuente: Global Overview2014[1045]/Global Overview 2016

[1040] THOMAS, T. 2011. *op.cit.* p.112
[1041] TERRY, K. 2015. *op.cit.* p.120
[1042] El acceso está limitado a la(s) persona(s) autorizada(s) por el comisionado de la policía (Child Protection (Offender Reporting) Act 2004. Part 5: The Register. 69: "Access to the register to be restricted")
[1043] EUROPEAN COMMISION. 2014. A Global Alliance Against Child Sexual Abuse Online: Republic of Korea Commitment. [en línea] <http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/global-alliance-against-child-abuse/docs/commitements/ga_commitment_-_republic_of_korea_en.pdf> [consulta: 28 enero 2017] p.5
[1044] El "Child Sex Offenders Registry" de Maldivia, se encuentra on-line y cuenta con la fotografía de cada registrado. Para revisarlo, véase en: [en línea] <http://www.offenders.mv/> [consulta: 28 enero 2017]

§ 3. Comparativas funcionales de los Registros

*** Sumario**

3. Comparativas funcionales de los Registros. 3.1. Momento en el que se debe realizar la inscripción en el Registro - 3.2. Lugar en donde se debe realizar la inscripción en el Registro - 3.3. Duración y frecuencia de la inscripción en el Registro - 3.4. Consecuencias del incumplimiento de las obligaciones de Registro - 3.5. Sistemas de determinación de riesgo asociado - 3.6. Información contenida en el Registro

A continuación, se hará revisión de algunos aspectos funcionales de los Registros y sistemas de notificación, tomando en consideración los modelos implementados en distintos países y teniendo en cuenta de que todo Registro funciona con una lógica subyacente similar que permite unificar ciertos presupuestos operativos.

3.1. Momento en el que se debe realizar la inscripción en el Registro

En Estados Unidos, la inscripción se debe llevar a cabo antes de que el individuo sea liberado de prisión o dentro de un plazo de tres días, en el caso de aquellos que hayan sido condenados a *penas no privativas de libertad*[1046].

En Irlanda, bajo la *Sex Offenders Act 2001*, se exige que dentro de los 7 días desde que se produjo la salida de prisión, los agresores sexuales deben notificar a la *Garda Síochána* (guardia cívica Irlandesa) su nombre, domicilio y cualquier cambio que se produzca respecto de esta información, así como también las salidas que se hagan fuera de los estados correspondientes. El no cumplimiento de la notificación constituye un delito que puede llegar a ser penado con 5 años de prisión[1047].

[1045] U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. 2014. Global Overview of Sex Offender Registration and Notification Systems [en línea] <https://www.smart.gov/pdfs/GlobalOverview.pdf> [consulta: 28 enero 2017]
[1046] U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. 2008b. *op.cit.* p.41
[1047] DEPARTMENT OF JUSTICE AND EQUALITY. 2009. *op.cit.* p.11

3.2. Lugar en donde se debe realizar la inscripción en el Registro

En Estados Unidos, por regla general el condenado debe registrarse donde resida, trabaje o estudie[1048]. La ley *Adam Walsh Act* también exige que el ofensor sexual se registre en la jurisdicción en la cual fue condenado. De esta forma, si [A], residente de jurisdicción (B) fue condenado en jurisdicción (C) y tras cumplir condena, regresa a residir en (B), entonces [A] deberá registrarse en forma inicial en (C), dado que este último estado está en mejor posición para hacer efectiva la recopilación de la información. Luego del registro inicial, el individuo quedará registrado de forma permanente -o durante el tiempo que corresponda- en (B)[1049].

Bajo esta misma lógica, opera el caso en que el lugar de trabajo de [A] se encuentre en la jurisdicción (D), ya que deberá existir un doble registro, tanto donde reside el individuo como donde trabaja {[B][D]}. En este último supuesto, se requiere que el *trabajo* tenga una cierta habitualidad o regularidad, dado que los *empleos ocasionales* implican desplazarse entre distintas jurisdicciones, por lo que no exigen (necesariamente) que el ex condenado deba registrarse en cada estado que visite por su labor. También se tendrá que efectuar un doble registro en aquellos casos en donde el individuo concurra -presencialmente y de forma regular- a un centro educacional[1050].

Cada vez que un agresor cambie de residencia a una que se encuentre en *otra jurisdicción*, deberá llevarse a cabo el registro. Idéntica situación sucede con el lugar de trabajo, en donde también se requiere que el ex condenado esté registrado. Además, estos cambios deberán ser notificados a la policía dentro de un plazo de 3 días[1051].

3.3. Duración y frecuencia de la inscripción en el Registro

En Australia, en sus diversos territorios, existe un sistema de *suspensión* del Registro, en donde el agresor puede salir de este cuando se cumplan ciertas condiciones (por ejemplo, un determinado tiempo sin ser condenado por otro ilícito), lo cual puede ser revocado si el ofensor

[1048] FERNÁNDEZ-PACHECO, C. 2014. *op.cit.* p.394
[1049] U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. 2008b. *op.cit.* p.41
[1050] *Ibíd.* pp.43
[1051] *Ibíd.* pp.43

comete un delito[1052]. Según el nivel de riesgo asociado al agresor, estos son monitoreados por períodos de 8 años, 15 años o de por vida[1053].

En Chile, la extensión de la inscripción en el registro está en función de la pena de inhabilidad con la cual se haya condenado al individuo. Por ende, si esta es *perpetua*, el condenado nunca más podrá salir del Registro, mientras que en el supuesto de que la inhabilitación sea *temporal*, esta puede durar entre 3 a 10 años.

En España, en caso de que la víctima del delito sexual fuese menor de edad, el plazo de cancelación de los antecedentes en el Registro puede llegar hasta los 30 años[1054].

En Estados Unidos, según el nivel de riesgo en el que se clasifique al individuo, la información puede quedar registrada durante 15 años, 25 años o hasta de forma perpetua. Incluso, técnicamente el *registro* puede extenderse hasta con posterioridad a la muerte del agresor, en aquellos casos en donde se deba resolver delitos que este cometió en vida o para que las víctimas puedan informarse de la muerte de su agresor[1055]. En cuanto a la *frecuencia* con la que se debe actualizar y confirmar la información, esta también dependerá del nivel en el cual se encuentre clasificado el ofensor. Aquellos que sean considerados en el Nivel I (Bajo riesgo) deberán realizar el proceso anualmente durante 15 años; en el caso del ofensor del Nivel II (Riesgo moderado) será cada 6 meses durante 25 años y el ofensor Nivel III (Alto riesgo) deberá efectuar el procedimiento cada 3 meses de forma perpetua[1056].

En Francia, los individuos deben informar a las autoridades policiales los cambios de domicilio en un plazo máximo de 15 días, actualizando la información anualmente, vía postal o personalmente en la comisaría. En los casos en que el individuo haya sido condenado a una pena superior a los 10 años, este proceso debe realizarse semestralmente y sólo en forma presencial[1057].

En Irlanda, la duración del Registro oscila entre 5 años hasta tiempo indefinido[1058]

En el Reino Unido, el juez no tiene discreción para determinar el tiempo por el cual se extenderá el registro, dado que esto se encuentra regulado en la *Sex Offences Act 2003*. A modo de ejemplo, una persona adulta que es condenada a prisión por 6 meses o menos, estará en el registro

[1052] VESS, J., LANGSKAILL, B., DAY, A., POWELL, M. y GRAFFAM, J. 2011. *op.cit.* p.415
[1053] TERRY, K. 2015. *op.cit.* p.118
[1054] VENDRELL ALFONSO, J. 2016. *op.cit.* p.3
[1055] U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. 2008b. *op.cit.* p.56
[1056] *Ibíd.* p.54
[1057] SALAT PAISAL, M. 2016. *op.cit.* pp.316-317
[1058] DEPARTMENT OF JUSTICE AND EQUALITY. 2009. *op.cit.* p.11

durante 7 años; si es condenado a más de 6 meses de prisión pero menos de 30 meses, estará 10 años, y si es condenado por 30 meses o más, el registro será de por vida[1059].

3.4. Consecuencias por el incumplimiento de las obligaciones de Registro

En Chile, el condenado no debe registrarse por sí mismo, pero sí debe cumplir con la inhabilidad que se le impuso y que se encuentra contenida en el Registro. En caso de incumplir dicha inhabilidad, cometerá el delito de *quebrantamiento de condena*, tipificado en el artículo 90 del Código Penal, el cual es penado con reclusión menor en su grado mínimo o multa de 6 a 20 UTM.

En Estados Unidos, la mayor parte de las jurisdicciones contempla penas para aquellos individuos condenados que no cumplen con la obligación de registrarse[1060]. En California, los agresores sexuales que incumplan sus deberes de registro pueden recibir penas privativas de libertad que oscilan entre 16 a 36 meses[1061]. En Minnesota, los agresores que contravienen por primera vez la obligación de registrarse, están sujetos a penas de prisión que van desde 1 año y un día hasta 5 años, mientras que aquellos que cuenten con condenas previas por incumplimiento, las penas parten desde 2 años hasta un máximo de 5 años[1062]. En el estado en comento, el *failure to registry* se ha consolidado como la principal causa de *re-encarcelación* de ex condenados, por sobre los mismos delitos sexuales[1063].

En esta materia, la Corte Suprema de Estados Unidos emitió su opinión en el caso «Thomas Carr*,* Petitioner *v.* United States» (2010)[1064], en el cual un ofensor que se encontraba registrado en Alabama, cambió su domicilio a Indiana, antes de que entrara en vigencia la ley *Adam Walsh*. En la secc. §2250 de la normativa señalada, se sanciona con una pena de hasta 10 años al agresor sexual registrado que realiza un viaje interestatal o al extranjero, incumpliendo dolosamente las obligaciones de registro o actualización de información. La Corte Suprema consideró que para efectos de la procedencia del *delito*, los eventos (i) la condena, (ii) el viaje (interestatal o al extranjero) y (iii) el incumplimiento de la obligación de registro, debían verificarse

1059 U.K. GOVERNMENT. 2011. *op.cit.* p.8
1060 U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. 2015. *op.cit.* p.13
1061 WACQUANT, L. 2010. *op.cit.* p.303
1062 MINNESOTA DEPARTMENT OF CORRECTIONS. 2010. The effects of failure to register on sex offender recidivism. [en línea] <http://www.doc.state.mn.us/pages/files/large-files/Publications/03-10FailuretoRegisterstudy.pdf> [consulta: 28 enero 2017] p.4
1063 *Ibíd.* p.5
1064 Thomas Carr, Petitioner v. United States, 560 U.S. 1 (2010)

con *posterioridad a la entrada en vigencia de la ley Adam Walsh*[1065]. En el supuesto contrario, no podría perseguirse al infractor por la secc. § 2250 de la ley.

En Inglaterra, el incumplimiento al registro y las exigencias de la notificación, se pena hasta con 5 años de prisión[1066].

En Irlanda, las penas pueden ser una multa de 1.500 libras esterlinas o hasta 12 meses de prisión[1067].

3.5. Sistemas de determinación de riesgo asociado

Uno de los elementos más relevantes en los Registros es la clasificación de los agresores sexuales según el riesgo de reincidencia asociado a cada uno de ellos, conforme al cual se determinan las cargas imponibles y la extensión de la notificación al público[1068]. Se suele distinguir al menos tres sistemas de clasificación:

(i) *Clasificación basada en el delito o el ofensor:* la clasificación se encuentra en función de ciertas etiquetas designadas, ya sea del delito o del ofensor, como por ejemplo: «sexually violent offense» o «sexual predator», respectivamente. De esta forma, un «sexual predator» tendrá un índice de peligrosidad mayor que un mero «sexual offender», lo cual determinará sus condiciones de registro y notificación[1069].

(ii) *Clasificación basada en un sistema escalonado de peligrosidad:* cada agresor sexual se clasifica en uno de los tres niveles de riesgo basado en la percepción de peligro de la comunidad. Para determinar el riesgo de reincidencia, se utilizan una serie de factores (estado mental, edad del ofensor y la víctima, arma utilizada en la comisión del crimen, relación previa entre víctima y victimario, número, fecha y naturaleza de las condenas previas, entre otros)[1070] y según el nivel que corresponda, se establecen las condiciones del registro y la notificación.

(iii) *Clasificación basada en la duración del registro:* en algunas jurisdicciones, la clasificación no está basada en la específica caracterización del delito o del ofensor, sino en función de la duración del registro. En estas jurisdicciones, los crímenes registrables se dividen en dos categorías:

1065 Thomas Carr, Petitioner v. United States, 560 U.S. 1 (2010), p.6
1066 U.K. GOVERNMENT. 2011. *op.cit*. p.14
1067 CITIZENS INFORMATION. 2015. Monitoring sex offenders in Ireland [en línea] <http://www.citizensinformation.ie/en/justice/law_enforcement/monitoring_sex_offenders_in_ireland.html> [consulta: 28 enero 2017]
1068 CARPENTER, C. 2006. *op.cit.* p.328
1069 *Ibíd.* pp.328-329
1070 *Ibíd.* p.329

aquellos que requieren el registro por un período determinado de años y aquellos que exigen el registro perpetuo[1071].

Al no existir uniformidad en los sistemas de Registros y notificación en Estados Unidos, la determinación del riesgo varía según la regulación que tenga cada estado, lo que produce situaciones conflictivas, como el hecho de que un agresor sexual pueda ser considerado *de bajo* o *moderado riesgo* en un estado y de *alto riesgo* en otro[1072].

El estado de New York utiliza un sistema de evaluación de riesgo *estandarizado*, que atiende a criterios tales como los antecedentes penales, el nivel de violencia con el que se cometió el delito o el tipo de las víctimas seleccionadas. Un sistema similar es el utilizado por Nebraska, pero considerando otros criterios: la edad y estado mental del agresor; condenas anteriores; conducta durante el cumplimiento de la pena, entre otros[1073]. El estado de New Jersey cuenta con un sistema que distingue en tres niveles de peligrosidad mediante el *Registrant Risk Manual,* conforme al cual se identifican empíricamente los factores de riesgo. La clasificación entre Nivel 1 («low risk»); Nivel 2 («medium risk») y Nivel 3 («high risk») determina funcionalmente la forma de notificación y los destinatarios de la misma[1074]. Si bien Minnesota utiliza una herramienta que permite la clasificación de los agresores midiendo factores de riesgo *estáticos* y *dinámicos*, también la notificación está condicionada por el nivel de peligrosidad, de esta forma en el Nivel 1 opera una notificación restringida; en el Nivel 2 una notificación focalizada o dirigida y en el Nivel 3, impera la notificación extendida[1075]. Por su parte, el estado de Florida tiene un sistema en donde se distingue entre *ofensores* y *depredadores sexuales*, basado en el tipo y el número de condenas por delitos[1076].

En Chile, no hay propiamente una clasificación de los ofensores conforme a la peligrosidad del individuo, puesto que la única distinción existente entre los condenados radica en la pena que les ha sido impuesta. De esta forma, si cometió un delito sexual en contra de un menor de 14 años, la pena será *inhabilidad absoluta perpetua*, mientras si la víctima fue mayor de 14 pero menor de 18 años, la pena es *inhabilidad absoluta temporal*. Lo referido no tiene consecuencias

---

[1071] *Ibíd.* p.330
[1072] TERRY, K. 2015. *op.cit.* p.115
[1073] FREEMAN, N.J. y SANDLER, J.C. 2010. *op.cit.* p.34
[1074] ZGOBA, K., MINER, M., LEVENSON, J., KNIGHT, R., LETOURNEAU, E. y THORNTON, D. 2015. *op.cit.* p.4
[1075] *Ibíd.* p.4
[1076] ZGOBA, K., MINER, M., LEVENSON, J., KNIGHT, R., LETOURNEAU, E. y THORNTON, D. 2015. *op.cit.* p.3

en lo que respecta a la clasificación del riesgo asociado del ofensor, puesto que todo individuo condenado por un delito *registrable* ingresa de igual forma al Registro de inhabilidades.

3.6. Información contenida en el Registro

En Chile, la única información disponible en el Registro corresponde a las penas de inhabilidades (perpetuas o temporales) para trabajar con menores de edad impuestas a un individuo.

En Estados Unidos, la información requerida ha experimentado un aumento. En un principio, los registros exigían el nombre, la dirección de domicilio una fotografía y huellas digitales. A los datos básicos referidos, se les ha sumado el número de licencia de conducir, el lugar y fecha de nacimiento del ofensor, lugar de empleo, contraseñas de redes sociales y antecedentes criminales[1077]. En este sentido, la información *difundida* también se ha extendido, dado que se incluye desde descripciones físicas hasta mapas on-line con las localizaciones en donde se encuentran los agresores.[1078].

[1077] CARPENTER, C. y BEVERLIN, A. 2012. *op.cit.* p.1088
[1078] *Ibíd.* p.1091

§ CAPÍTULO IV
CONSIDERACIONES CRÍTICAS

A. Alcances preliminares

En el presente capítulo se expondrán las consideraciones críticas respecto de los Registros de condenados por delitos sexuales y los sistemas de notificación asociados. Este ejercicio analítico admite una distinción entre *críticas a los fundamentos* y *críticas funcionales*. Las primeras, dicen relación con los principios subyacentes sobre los cuales se erigen conceptualmente los Registros, mientras que las segundas se refieren a la operatividad de los mismos. Cabe indicar que ambas críticas están intrínsecamente vinculadas, puesto que la (dis)función de los Registros es resultado de las incorrecciones en sus fundamentos endógenos. En último término, la convergencia de ambas críticas apuntan al mismo objetivo: cuestionar la idoneidad de los Registros como mecanismo político-criminal para afrontar la delincuencia sexual.

B. Problemas metodológicos de los estudios en la materia

Dado que la elaboración de las críticas se encuentra sustentada en la evidencia empírica, resulta necesario hacer un alcance relativo a los estudios científicos en materia de delitos sexuales, los cuales suelen presentar ciertos problemas metodológicos que obligan a morigerar la valoración de sus conclusiones. Entre los problemas que se han identificado, cabe señalar: (1) *problemas en el método de los estudios*, tales como períodos cortos de seguimiento, universos de muestra acotados; generalización de conclusiones que prescinden de elementos geográficos a considerar y (2) *la cifra negra*, en tanto los delitos sexuales son los ilícitos menos reportados[1079]. Ejemplo de ello, son las investigaciones que dan cuenta de que sólo una de cada cinco mujeres adultas que han sido víctimas de una violación (19%), reportan el delito a la policía[1080]. La no-denuncia de este tipo de ilícitos encuentra sus factores explicativos en el temor de las víctimas a revivir la agresión, considerando que durante la investigación y posterior juicio penal se deben reiterar constantemente los relatos de la agresión; además de la eventual estigmatización que puede llegar a sufrir la víctima y el temor a la venganza del ofensor[1081]. Para acercarse a la *cifra negra* ya sea de delitos no denunciados o no descubiertos, los criminólogos han sostenido que las encuestas de *victimización* son los mejores instrumentos para aproximarse a la realidad delictiva de un país[1082].

[1079] LOBANOV-ROSTOVSKY, C. 2015. *op.cit.* p.4
[1080] HUMAN RIGHTS WATCH. 2013. *op.cit.* p.12
[1081] VÉLEZ RODRÍGUEZ, L. 2007. *op.cit.* p.97
[1082] SOTO NAVARRO, S. 2005. *op.cit.* p.30

§ 1. Críticas a los fundamentos

*** Sumario**

1. Críticas a los fundamentos. 1.1. Fundamentos criminológicos - 1.1.1. Positivismo criminológico en los Registros - 1.1.1.1. Criminología - 1.1.1.2. Escuela Positiva - 1.1.1.2.1. Cesare Lombroso - 1.1.1.2.2. Enrico Ferri - 1.1.1.2.3. Raffaele Garofalo - 1.1.2. Fundamento determinista del Registro -1.1.3. El mito de la reincidencia – 1.1.3.1. Concepto «reincidencia» - 1.1.3.2. Metodología de medición – 1.1.3.3. Evaluación del riesgo de reincidencia – 1.1.3.3.1. Predicción del riesgo – 1.1.3.3.2. Instrumentos actuariales – a. Rapid Risk Assessment For Sex Offence Recidivism – b. Sex Offender Risk Appraisal Guide – c. STATIC-99 – 1.1.3.3.3. Otros Instrumentos – a. Manual de Valoración del Riesgo de Violencia sexual (SVR-20) – Minnesota Sex Offender Screening Tool-revised - 1.1.3.4. Evidencia empírica de la reincidencia de agresores sexuales - 1.2. Fundamentos político-criminales – 1.2.1. La «Sociedad del riesgo» y el modelo de la «Seguridad Ciudadana»– 1.2.2. La teoría del etiquetamiento – 1.2.3. Proceso de formación de las leyes en materia de delitos sexuales – 1.2.4. Grupos de presión y exclusión de los expertos – 1.2.5. Comprensión individualista de la delincuencia sexual – 1.2.6. Conclusión

1.1. Fundamentos criminológicos

En términos criminológicos, los Registros Públicos tienen una fundamentación basada en el *positivismo*, en tanto existe una comprensión determinista del comportamiento delictual de los ofensores sexuales. Para efectuar el análisis en este apartado, en primer lugar se hará una revisión de las propuestas de la Escuela Positiva, particularmente referenciando a tres de sus autores. Una vez expuesta la *teoría positivista*, se podrá apreciar cómo estos principios subyacen a la lógica del mecanismo registral. Asentados los fundamentos, se efectuará un análisis crítico enfocado en dos elementos: el déficit explicativo que tienen las propuestas positivistas para dar cuenta de la etiología del comportamiento delictual ante los nuevos modelos explicativos-conductuales, y en segundo lugar, el *mito de la reincidencia en los agresores sexuales*.

1.1.1. Positivismo criminológico en los Registros

1.1.1.1. Criminología

En los términos de RODRÍGUEZ MANZANERA, la «Criminología» es concebida como una "ciencia sintética, tanto natural como social y no jurídica, con una finalidad preventiva, a la que se llega por medio del estudio del crimen y del criminal, con un método de observación y experimentación"[1083].

[1083] RODRÍGUEZ MANZANERA, L. 1981. Criminología. 2º Edición. México. Editorial Porrúa. p.5

Por su parte, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA define la «Criminología» como la "ciencia empírica e interdisciplinaria, que se ocupa del estudio del crimen, de la persona del infractor, la víctima y el control social del comportamiento delictivo, y trata suministrar una información válida, contrastada, sobre la génesis, dinámica y variables principales del crimen –contemplado éste como problema individual y como problema social-, así como sobre los programas de prevención eficaz del mismo, las técnicas de intervención positiva en el hombre delincuente y los diversos modelos o sistemas de respuesta al delito"[1084].

En el Derecho Romano se distinguía entre *delitos* y *crímenes*: los primeros, eran perseguidos por los particulares, mientras que los segundos, debido a su gravedad, por el Estado[1085]. El antropólogo francés PABLO TOPINARD fue el primero en utilizar el vocablo «criminología», sin embargo este término fue asentado por el jurista italiano RAFAEL GAROFALO, quien junto a CESARE LOMBROSO y ENRICO FERRI, son considerados los grandes fundadores de la *criminología*, entendida como una ciencia[1086], cuyo objeto de estudio son las *conductas antisociales* y con ello, los individuos que llevan a cabo comportamientos de dicha índole[1087].

1.1.1.2. Escuela Positiva

Dentro de la Criminología, es posible identificar *escuelas jurídico-penales,* las cuales son definidas como cuerpos orgánicos que contemplan concepciones contrapuestas acerca de la legitimidad del derecho de penar, sobre la naturaleza del delito y el fin de las sanciones[1088].

Para efectos del presente trabajo, la *Escuela Positiva* es la corriente que tiene mayor relevancia. Emerge en el siglo XIX como consecuencia del auge alcanzado por las ciencias naturales y se hizo sentir en todas las disciplinas, incluyendo al derecho, psiquiatría y criminología[1089]. El positivismo consideraba que su papel consistía en eliminar sistemáticamente la *metafísica* del libre albedrío de la *Escuela Clásica*, para reemplazarla por una ciencia de la sociedad, asignándole a esta la misión de erradicar el delito[1090]. Por tanto, la *Escuela Positiva* nació como una reacción a los excesos de la *Escuela Clásica*, la cual pregonaba el ius-naturalismo racionalista

1084 GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A. 2007. *op.cit.* p.45
1085 RODRÍGUEZ MANZANERA, L. 1981. *op.cit.* p.9
1086 *Ibíd.* p.9
1087 *Ibíd.* p.16
1088 *Ibíd.* p.233
1089 ÁLVAREZ DÍAZ DE LEÓN, G., MONTENEGRO, M. y MARTÍNEZ, J.M. 2012. *op.cit.* p.12
1090 TAYLOR, I., WALTON, P., YOUNG, J. 1997. La nueva criminología: Contribución a una teoría social de la conducta desviada. Segunda reimpresión. Buenos Aires. Amorrortu Editores. p.28

caracterizado por su extremo formalismo, en tanto prescindía de todo elemento o dato social del derecho y lo reducía a un sistema de normas construido por la razón sin considerar la realidad[1091]. Además, defendía una concepción retributiva de la pena, sustentada en una visión *indeterminista* del ser humano[1092].

En Italia, la *Scuola Positiva* pregonó el positivismo criminológico, cuya base implicaba un rechazo de la consideración jurídica del delito, proponiendo una concepción socio-antropológica que buscaba explicar causalmente los fenómenos empíricos conforme al paradigma dominante en las ciencias naturales[1093]. De esta forma, uno de los postulados del positivismo fue la comprensión del delito como un hecho de la naturaleza y el cual debía ser estudiado entendiéndolo como un ente real, actual y existente[1094]. Sumado a ello, esta escuela creía en la existencia de leyes naturales, cuyo origen se encontraba en una instancia de orden físico o social[1095].

En el núcleo de sus propuestas, estaba el uso de métodos para cuantificar el comportamiento, reivindicando la objetividad del científico y sosteniendo que la acción humana poseía una naturaleza definida y regida por las leyes[1096]. El principal método por el cual abogaba esta corriente fue el *empírico inductivo* o *inductivo experimental*, en tanto se ajustaba al esquema «causal-explicativo» que el positivismo propuso como modelo o paradigma de la ciencia[1097].

Sintéticamente, entre las principales características de esta Escuela se encuentran: (i) la negación del libre albedrío; (ii) la responsabilidad social (no es una cuestión de moralidad, sino social), cuyo centro de estudio era el «delincuente» –y el delito, su consecuencia-; (iii) la consideración de que la pena debía ser proporcional al estado peligroso y no al hecho; (iv) propugnación por la *prevención* por sobre la *represión*; (v) la medida de seguridad era considerada más importante que la pena; (vi) la elaboración de clasificaciones de «delincuentes» y (vii) se consideraron sustitutivos penales –medios para evitar el incremento y crueldad del delito-, entre otras[1098].

1091 RODRÍGUEZ MANZANERA, L. 1981. *op.cit.* p.237
1092 TAPIA BALLESTEROS, P. 2014. Las medidas de seguridad. Reforma más reciente y últimas propuestas. Revista Jurídica de Castilla y León. 32. p.3
1093 SILVA SÁNCHEZ. J.M. 1992. Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo. Barcelona. J.M. Bosch Editor S.A. p.46
1094 RODRÍGUEZ MANZANERA, L. 1981. *op.cit.* p.241
1095 GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A. 2007. *op.cit.* p.329
1096 TAYLOR, I., WALTON, P., YOUNG, J. 1997. *op.cit.* p.29
1097 GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A. 2007. *op.cit.* p.330
1098 GONZÁLEZ-GÓMEZ, G. y GONZÁLEZ-CHÁVEZ, M. 2007. *op.cit.* p.192

1.1.1.2.1. Cesare Lombroso

LOMBROSO (1835-1909), médico italiano, representante de la directriz «antropobiológica», adquirió connotación –y a su vez críticas- por su concepto del *criminal nato*. Su obra «Tratado Antropológico experimental del hombre delincuente» (1976) marcó los orígenes de la *Criminología*, siendo considerado el fundador de esta[1099].

Estudiando las diferencias antropológicas más sobresalientes entre razas, LOMBROSO descubrió que el cráneo de un criminal (bandido calabrés llamado Villela[1100]) contaba con ciertas características muy especiales, como anomalías y anormalidades atávicas[1101]. En el examen de una gran cantidad de *criminales*, identificó rasgos biológicos que diferían de aquellos individuos *no criminales,* de lo que dedujo que los primeros no habían alcanzado los niveles de evolución de los segundos[1102]. En consecuencia, la teoría atávica sostuvo que el criminal nato era un sujeto que se quedó en una etapa anterior del desarrollo humano, esto es, que no había *evolucionado*[1103]. De sus observaciones, concluyó que los «delincuentes» presentaban una fisonomía característica, por ejemplo, el color de piel, la nariz y las orejas, lo que permitía anticipar un juicio de peligrosidad de los individuos respecto de los cuales había que protegerse[1104]. De esta forma, para el jurista el factor explicativo determinante de la conducta estaba dado por un criterio biológico/fisiológico.

En un principio, el autor sólo hablaba de «criminales» y de «criminaloides», es decir, de *criminales verdaderos* y *criminales atenuados*, como si la historia natural del delito pudiera reducirse a estas dos clases[1105]. A lo largo de su extensa obra, LOMBROSO fue adicionando tipologías a su clasificación de los «delincuentes». Conforme a ello, al «delincuente nato (atávico)», sumó otras 5 tipologías:

a. «Delincuente *loco moral*» (morbo), al cual define como una *especie de idiota moral*. Entre sus características presenta: robustez igual o mayor a la normal; cráneo de capacidad igual o superior a la normal; en algunos casos, se han encontrado caracteres comunes del hombre criminal; sensibilidad psíquico-moral; astucia; precocidad de la perversión sexual; incapaces de vivir en familia; perversión de los afectos; megalomanía; inteligencia intacta, perezosos para el trabajo,

---

1099 GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A. 2007. *op.cit.* p.334
1100 GONZÁLEZ-GÓMEZ, G. y GONZÁLEZ-CHÁVEZ, M. 2007. *op.cit.* p.192
1101 RODRÍGUEZ MANZANERA, L. 1981. *op.cit.* p.256
1102 VILAJOSANA, J.M. 2008. *op.cit.* p.495
1103 RODRÍGUEZ MANZANERA, L. 1981. *op.cit.* p.256
1104 ROSARIO NIEVES, I. 2016. *op.cit.* p.174
1105 BERNALDO DE QUIROS, C. 1955. La Clasificación de los Delincuentes. Revista de la Facultad de Derecho de México. Universidad Nacional Autónoma de México. 17-18 (Enero-Junio). p.189

activos para el mal; hábiles en la simulación de la locura; primeras tendencias en edades precoces[1106].

b. «Delincuente *epiléptico*», basado en el caso de un individuo que tuvo una reacción homicida violentísima y luego, se mantuvo tranquilo y sin aparentes remordimientos. Las características fundamentales: tendencia a la vagancia; amor a los animales; sonambulismos; obscenidades; precocidad sexual y alcohólica; destructividad; canibalismo; vanidad; grafomanía; doble personalidad; tendencia al suicidio; simulación; amnesia, auras, entre otras[1107].

c. «Delincuente *loco*» (*pazzo*) es aquel que comete un delito y luego enloquece en prisión. En esta tipología se distinguen tres tipos de *delincuentes*, (i) «delincuente *alcohólico*», caracterizado por extraña apatía e indiferencia; cinismo humorístico y fuerte tendencias al robo y al estupro; (ii) «delincuente *histérico*», común en las mujeres, en la mitad la inteligencia está intacta; egoístas; excesiva impresionabilidad; voluntad inestable; necesidad de mentir; tendencia al erotismo; presencia de delirios, alucinaciones, suicidios y asociación a delitos de difamación, robo, faltas a la moral y homicidios; (iii) «delincuente *mattoide*», cuya traducción sería *locoide*, escasean entre las mujeres; abundan entre burócratas, médicos y teólogos; pocas anomalías en la fisonomía, convicción exagerada en sus propios méritos, entre otras[1108].

d. «Delincuente *ocasional*», no ofrece un tipo homogéneo. Esta tipología se encuentra subdividida en (i) «pseudo-criminales», que comprende a aquellos que cometen delitos involuntarios; delitos sin perversidad; culpables de delitos determinadas circunstancias extraordinarios; (ii) «criminaloides», la ocasión pertinente los lleva al delito, no son criminales natos; (iii) «delincuentes *habituales*», los que actúan por una educación criminógena desde la juventud, en donde la ignorancia, miseria o paso por la prisión, los convirtió en profesionales del crimen[1109].

[1106] RODRÍGUEZ MANZANERA, L. 1981. *op.cit.* pp.258-260
[1107] *Ibíd.* pp.261-262
[1108] *Ibíd.* pp.262-265
[1109] *Ibíd.* pp.267-269

e. «Delincuente *pasional*», motivado por el ímpetu y una pasión *noble*, cráneo sin datos patológicos; belleza de la fisonomía; afectividad exagerada; anestesia momentánea; conmoción post-delictual; suicidio o tentativa inmediatamente después del delito; confesión[1110].

1.1.1.2.2 Enrico Ferri

ENRICO FERRI (1856-1929), jurista italiano, representante de la directriz *sociológica* del positivismo y quien rechazaba el libre albedrío por considerarlo una ficción[1111].

El autor distinguió 5 especies de «delincuentes»: *nato*; *loco*; *habitual*; *ocasional* y *pasional*, siendo esta la más *vulgarizada* de todas las clasificaciones, la que ha penetrado a través de las capas sociales permeables de la cultura contemporánea[1112]. Por «delincuente *nato*», entendió que la razón de la comisión de su delito corresponde a una carga congénita y orgánica, por lo que la prognosis era desfavorable[1113]; el «*loco*» o «*alineado*» es el que padece una grave anomalía psíquica[1114]; el «*habitual*» es el que presenta una tendencia a delinquir *adquirida*[1115]*;* el «delincuente *ocasional*» es aquel que tiene una base orgánica acotada pero que cede ante la oportunidad de delinquir[1116]; el «delincuente *pasional*», se caracteriza por la susceptibilidad sentimental[1117].

FERRI sostuvo que las acciones humanas eran siempre producto del organismo físico-psíquico y de la atmósfera física y social que lo envuelve. De ello, identificó cuatro factores criminógenos, a saber: (i) *factores antropológicos* o *individuales,* vinculados con la constitución orgánica, psíquica y personal del ofensor*;* (ii) *factores físicos* o *telúricos,* tales como el clima, suelo, estaciones y (iii) *factores sociales*, como la moral, religión, familia, educación, densidad de población, entre otros[1118]. FERRI afirmó que no se trataban de la conciencia y voluntad del sujeto para seleccionar su comportamiento como contrario al orden jurídico, sino en factores determinantes para la producción del delito, generados en la naturaleza antropológica del hombre, en el grupo social y medioambiente, siendo la pena el mecanismo de defensa con el cual reacciona la sociedad[1119]

1110 *Ibíd.* pp.266-267
1111 GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A. 2007. *op.cit.* p.338
1112 BERNALDO DE QUIROS, C. 1955. *op.cit.* p.190
1113 RODRÍGUEZ MANZANERA, L. 1981. *op.cit.* p.339
1114 *Ibíd.* p.339
1115 *Ibíd.* p.340
1116 *Ibíd.* p.340
1117 *Ibíd.* p.340
1118 *Ibíd.* p.340
1119 HUERTAS-DÍAZ, O. 2011. Aproximaciones a la antropología criminal desde la perspectiva de Lombroso. Bogotá. Colombia Rev. Crim. 53(1). p.298

El autor también planteó la *ley de saturación criminal*. En esta teoría, el crimen es comprendido como un fenómeno social y se asevera que los niveles de criminalidad están determinados. Para ejemplificar lo referido, FERRI señala que así como para disolver una sustancia química específica se necesita una cantidad de agua dada -ni una molécula más, ni una molécula menos- a cierta temperatura, en la sociedad deben cometerse un cierto número de delitos, ni uno más, ni uno menos, de acuerdo a las circunstancias que rigen en la sociedad, en sus distintos niveles[1120]. Esto significa que en un medio social específico, según condiciones físicas e individuales, se llevarán a cabo una cantidad determinada de delitos[1121]. A partir de dicha regularidad criminal, sostiene que las penas no son un remedio eficaz si no van acompañadas de reformas económicas y sociales orientadas a un análisis científico y etiológico del crimen, ante lo cual planteó los *sustitutos penales*[1122]. Lo señalado implicaba que los legisladores debían llegar a conocer las leyes psicológicas y sociológicas que les permitiesen intervenir en los factores del crimen y sociales, para efectos de incidir en el movimiento de la criminalidad[1123].

1.1.1.2.3. Rafaele Garofalo

GAROFALO (1851-1934) jurista y criminólogo napolitano, representó una tendencia jurídica que se alejaba del *biologismo antropológico* de Lombroso y la *sociología* de Ferri, siendo una propuesta equilibrada dentro de la Escuela Positiva[1124], lo que permitió la mejor difusión y posterior recepción de los postulados del positivismo, sin dogmatismos y excesos doctrinarios[1125].

El autor distingue entre el delito *sociológico* (o natural) y el *delito jurídico*. Mientras este último está sujeto a lo que el legislador considere un delito, el primero consiste en una afectación del sentido moral, compuesto por sentimientos altruistas fundamentales y necesarios para la adaptación del individuo en la sociedad[1126]. Los sentimientos evocados en su teoría fueron la *piedad* (rechazo de hacer sufrir voluntariamente al prójimo) y la *probidad* (respeto al derecho de propiedad ajeno)[1127]. De esta forma, entendía que los *sentimientos morales* eran presupuestos de toda sociedad

---

[1120] *Ibíd.* p.299
[1121] RODRÍGUEZ MANZANERA, L. 1981. *op.cit.* p.341
[1122] GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A. 2007. *op.cit.* p.341
[1123] RODRÍGUEZ MANZANERA, L. 1981. *op.cit.* p.341
[1124] *Ibíd.* p.240
[1125] GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A. 2007. *op.cit.* p.343
[1126] RODRÍGUEZ MANZANERA, L. 1981. *op.cit.* p.5
[1127] TAYLOR, I., WALTON, P., YOUNG, J. 1997. *op.cit.* pp.34-35

avanzada, y por ello existe un sentido moral medio de la comunidad –protegido valorativamente por la ley-, el cual se ve afectado cuando se perpetra un delito[1128].

La causa del delito, en consecuencia, encontraría su explicación en una *deficiencia de carácter moral* o *psíquico* que presenta el ofensor, lo cual conlleva una afectación de la concepción moral contingente en un estadio específico de la sociedad, producto de la ausencia de sentimientos de carácter altruistas y la incapacidad de adaptación social de los individuos que cometen delitos.

En un principio, conforme a los principios expuestos, GARÓFALO distinguió tres grandes clases de delincuentes: los «delincuentes privados del sentimiento de piedad»; «delincuentes privados del sentimiento de probidad» y los «delincuentes privados conjuntamente de piedad y de probidad». Los agresores sexuales se encontraban comprendidos en el primer grupo. Luego, agregaría una cuarta clase, a la que denominó «los cínicos»[1129].

1.1.2. Fundamento determinista del Registro

En primer lugar, cabe señalar que pese a las críticas recibidas por su teoría en las últimas décadas, la concepción *lombrosiana* tiene plena vigencia hoy en día al ser aplicada a la criminología oficial[1130]. El fundamento explicativo de los Registros y sistemas de notificación respecto a la etiología del comportamiento delictual del ofensor sexual responde -en mi consideración- a una comprensión *determinista* de la conducta humana, por cuanto entiende que estos individuos poseen una *predisposición*[1131] a llevar a cabo este tipo de comportamientos punibles, lo cual no podría ser subsanado mediante la imposición de una sanción penal *única*.

El positivismo negaba el libre albedrío –al menos, en la corriente de FERRI-, por lo que se entiende que el comportamiento delictivo estaría sujeto a una serie de circunstancias físicas y/o sociales para efectos de su verificación[1132]. Ante la pregunta de cómo poder controlar y prevenir el fenómeno delictivo, considerando que la *prevención* no es más que la preparación y disposición que anticipadamente se haga para evitar que algo acontezca -en este caso, la reincidencia-, se

---

1128 *Ibíd.* p.34
1129 BERNALDO DE QUIROS, C. 1955. *op.cit.* p.190
1130 HUERTAS-DÍAZ, O. 2011. *op.cit.* p.304
1131 En este punto es relevante señalar que el concepto «predisposición» difiere de la «predestinación». Lombroso nunca habló de predestinación en su obra, por lo que no significa que un individuo que presente las características tipológicas elaboradas por el autor *forzosamente va delinquir,* sino que estará *predispuesto* para ser criminal, lo que abre un espectro en que pueden incidir factores sobrevinientes. Véase en RODRÍGUEZ MANZANERA, L. 1981. *op.cit.* p.273.
1132 *Ibíd.* p.242

requiere tener un conocimiento *previo* que permita con *posterioridad* aplicar los correctivos necesarios para neutralizar el problema[1133]. Por lo tanto, la premisa subyacente propone que si la conducta está *pre-dispuesta,* entonces tenderá a repetirse –véase reincidir-, ante lo cual deberán tomarse medidas neutralizadoras –Registros y sistemas de notificación- para que no se verifique el comportamiento que se pretende evitar.

La comprensión referida queda demostrada a partir de la forma en que funcionan los Registros. Como ya se ha señalado, todo mecanismo registral implica un presupuesto basal: que el *individuo haya sido condenado previamente por la comisión de un delito sexual*. En términos lógicos, para encontrarse afecto al Registro, se requiere necesariamente haber llevado un comportamiento delictivo *condenado* por el correspondiente estamento judicial. Si bien este fundamento no se encuentra explicitado *discursivamente,* se colige en el hecho de que una vez que el individuo cumpla su respectiva condena privativa de libertad (o, en su defecto, la pena sustitutiva de cumplimiento en libertad), automáticamente su información ingresará al Registro. Detrás de ello, impera la concepción de que existe una gran probabilidad de que los ofensores sexuales vuelvan a cometer delitos de la misma naturaleza una vez que se encuentren en libertad, ya sea post cumplimiento de condena o coetánea al cumplimiento de esta. En este sentido, los positivistas negaban la noción de la pena fija proporcional a las consecuencias del acto delictivo. En cambio, postulaban un régimen de penas indeterminado, el cual debía garantizar que una vez que los expertos decidieran que el sujeto era un «delincuente», se pudiera contar con tiempo suficiente para su curación[1134].

El componente estigmatizador de las teorías positivistas es un elemento a considerar, en tanto se replica en la lógica subyacente del Registro. Por ejemplo, el «hombre atávico» de LOMBROSO podía ser reconocido por una serie de estigmas físicos: dentición anormal, asimetría del rostro, tetillas y dedos de pies y manos supernumerarios, entre otros.[1135] De esta forma, se entiende que el «delincuente» es *distinto* y puede ser distinguido del resto de los ciudadanos en base a pre-conceptos. En concreto, el individuo *registrado* difiere del *ciudadano*, por lo que el primero debe ser sindicado para efectos de su neutralización y monitorización correspondiente.

Hoy en día, una *posición determinista* del orden expuesto es demasiado acotada en su aproximación metodológica al fenómeno delictivo, en tanto obvia una serie de factores explicativos de relevancia en lo que respecta a la violencia sexual, los cuales son diversos a la (mera) suposición de una *predisposición* inherente al individuo infractor. Ciertas características que

[1133] ÁLVAREZ DÍAZ DE LEÓN, G., MONTENEGRO, M. y MARTÍNEZ, J.M. 2012. *op.cit.* p.13
[1134] TAYLOR, I., WALTON, P., YOUNG, J. 1997. *op.cit.* p.40
[1135] *Ibíd.* p.59

suelen presentarse en los agresores sexuales responden a caracteres que son *extrínsecos* a una determinada composición genética y dan cuenta de que el comportamiento no está *pre-dispuesto,* sino que está sujeto a un sinfín de factores, entre los cuales es posible mencionar: las experiencias sexuales precoces, ya sea con niños de su edad o bien por adultos; la presencia de un agente familiar represivo –véase un erróneo y perjudicial rol de la madre-; la ausencia de una imagen paterna o frustraciones de gran magnitud, entre otros.

El positivismo biológico y sus teorías mono-causales han demostrado ser *insuficientes* y *parciales*. La paradoja de que el criminal carece de libertad dado que sus delitos son inevitables, colisiona con la opción de terapias y tratamiento conductuales, ya que por definición serían *imposibles*[1136].

En virtud de lo señalado, han surgido enfoques «multifactoriales» o «plurifactoriales», cuyas metodologías operan mediante la identificación de *factores* presentes en los sujetos que llevan a cabo comportamientos delictivos, lo que permite realizar un ejercicio *predictivo* de la reincidencia y que otorga espacio para la intervención terapéutica y preventiva[1137]. La *Escuela Crítica* ha superado a las teorías patológicas de la criminalidad, las que distinguían entre *sujetos criminales* e *individuos normales* según características biológicas y psicológicas, y a su vez, niegan el libre arbitrio mediante un rígido determinismo[1138].

Taxonómicamente, los factores de incidencia conductual pueden ser agrupados de la siguiente forma: (1) *factores psicológicos*, tales como autoestima deficitaria o una historia personal como víctima de abusos; (2) *factores sociales*, véase la comprensión de la violencia como manifestación de virilidad; la discriminación de género y cosificación de la mujer por los medios de comunicación; (3) *factores situacionales*, entre los que se puede mencionar el consumo de droga, la cercanía entre la víctima y victimario; condiciones espacio-temporales propicias para perpetrar un comportamiento sexual reprochable, entre otros[1139].

En este sentido, la literatura especializada ha propuesto diversos modelos teóricos que buscan explicar el abuso *sexual infantil*, cuyo criterio de distinción tipológico para efectos de la comprensión del fenómeno responde a la existencia de *criterios únicos* o *plurales*. Se hace revista de dichos modelos en el cuadro que se expone a continuación:

[1136] *Ibíd.* p.41
[1137] DUCE, M., MORENO, L. y otros. 2014. *op.cit.* p.790
[1138] TAYLOR, I., WALTON, P., YOUNG, J. 1997. *op.cit.* p.300
[1139] GÓMEZ TAGLE LÓPEZ, E. y JUÁREZ RÍOS, E. 2014. *op.cit.* p.152

Cuadro nº6. *Modelos teórico-explicativos del abuso sexual infantil*

MODELO	TIPOLOGÍA	FACTOR
Modelito biológico	Unifactorial	Genéticos, hormonales y de neurotransmisores que condicionan la impulsividad y el interés sexual.
Modelo psicoanalítico	Unifactorial	Fantasías no satisfechas y reprimidas relacionadas con la sexualidad del menor
Modelo feminista	Unifactorial	Abuso de poder ejercido en el contexto de una familia patriarcal-tradicional
Modelo conductista	Unifactorial	Experiencias tempranas de condicionamiento
Modelo sistémico	Unifactorial	Sistema familiar problemático y disfuncional
Modelo sociológico	Unifactorial	Socialización sexual
Modelo del apego	Unifactorial	Apego inseguro predispone necesidades de dominio de las relaciones
Modelo multi-sistémico de Tripper y Barrett	Multifactorial	Factores socio-ambientales; factores culturales; factores familiares del agresor; psicológicos-individuales.
Modelo de las cuatro pre-condiciones de Finkelhor	Multifactorial	Motivación del agresor; bloqueo de inhibidores internos; bloqueo de inhibidores de los controles externos; acceso a una menor en desventaja

Fuente: (2003). "El agresor sexual. Aproximación teórica"; (2004) "Características de los abusadores sexuales"[1140]

Las experiencias infantiles traumáticas y adversas experimentadas por individuos de sexo masculino son un ejemplo que da cuenta de que existen factores condicionantes del comportamiento delictivo. En este contexto, por «trauma», se entiende cualquier evento u acontecimiento extraordinario (ya sea experimentado o presenciado), el cual amenaza el bienestar

[1140] LARROTA CASTILLO, R. y RANGEL-NORIEGA, K. 2013. *op.cit.* pp.107-108 / GONZÁLEZ, E., MARTÍNEZ, V., LEYTON C. y BARDI, A. 2004. *op.cit.* p.7

físico o psicológico de una persona, desafiando sus *estrategias de afrontamiento* ante el tipo de situaciones referidas[1141].

LEVENSON realizó un estudio que tuvo por propósito examinar la prevalencia de *experiencias infantiles adversas* en un grupo de ofensores sexuales masculinos, para luego compararla con la frecuencia de las mismas experiencias en hombres de la población general[1142]. La muestra del estudio estuvo compuesta por 679 ofensores sexuales adultos de género masculino. Del total, el 53% señaló haber sido víctima de abusos verbales (véase insultos o humillaciones); el 54% vivió la separación o divorcio de sus padres; el 47% vivió con alguien que tenía problemas de abuso de alcohol o drogas; mientras que el 42% fue víctima de abusos físicos; el 38% de abusos sexuales y el 38% abandono emocional[1143]. Correlativamente, en una muestra de 7.970 individuos de la población masculina *general*, el 7.6% fue víctima de abusos verbales; el 21.8% vivió la separación o divorcio de sus padres; el 23.8% presenció el abuso de drogas o alcohol en la familia; el 29.9% sufrió abusos físicos; el 16% abusos sexuales y el 12.4% abandono emocional[1144].

El análisis revela que los agresores sexuales tuvieron mayores experiencias adversas en su infancia que la población general de hombres[1145]. De esta forma, un menor de edad cuya infancia se desarrolla en un ambiente «peligroso» y «adverso», con altas cifras en la incidencia de experiencias infantiles desfavorables, propenderá a entablar relaciones de desconfianza con el resto, existiendo una merma en las expectativas que tiene respecto de su entorno social. Conforme a ello, las familias disfuncionales también operan como una condicionante en el comportamiento de los sujetos que posteriormente se transforman en agresiones sexuales.

La teoría general sobre el origen de la *delincuencia sexual* de MARSHALL plantea una hipótesis mediante la cual es posible examinar las –potenciales- influencias que pueden llevar a un hombre a convertirse en un «delincuente»[1146]. En opinión del autor, los hombres deben aprender a controlar la tendencia *innata* a satisfacer sus propios deseos, en especial aquellos que se refieren a la *relación* entre sexo y agresión[1147]. Según ella, el comportamiento del sujeto estaría determinado por la interacción entre lo *innato* y lo *adquirido,* existiendo *factores* que *interfieren* o *dificultan* el desarrollo de inhibidores, los que bajo ciertas condiciones facilitarán la unión entre el sexo y la agresión en

---

1141 LEVENSON, J.S., y TEWKSBURY, R. 2009. Collateral damage: Family Members of registered sex offenders. American Journal of Criminal Justice. p.2
1142 *Ibíd.* p.5
1143 *Ibíd.* p.9
1144 *Ibíd.* p.11
1145 *Ibíd.* p.10
1146 MARSHALL, W. 2001. *op.cit.* pp.70-71
1147 *Ibíd.* p.53

ciertos individuos[1148]. Los factores en cuestión son: (i) influencias biológicas[1149]; (ii) experiencias en la infancia[1150]; (iii) vínculos paterno-filiales[1151]; (iv) factores socio-culturales[1152]; (v) experiencias juveniles[1153] y (v) desinhibición y oportunidad[1154]. MARSHALL concluye que los «delincuentes sexuales» no son tan distintos al *resto* como para que sean distinguidos con facilidad, por lo que no resulta sencillo protegerse de ellos. Por último, sostiene que una *teoría de la delincuencia sexual* es útil en muchos aspectos, tales como permitir identificar los factores de riesgo y con ello, desarrollar estrategias preventivas y definir los objetivos del tratamiento de los «delincuentes»[1155].

En síntesis, el comportamiento de los seres humanos no estaría condicionado exclusivamente por la constitución biológica contenida en un código genético, sino que también cabe la consideración de factores socio-ambientales. La relevancia de esta conclusión descansa en que estos factores pueden ser intervenidos para efectos de *modificar* o bien, *rectificar* la conducta de un individuo.

La necesaria consideración de modelos conductuales-explicativos permite superar la premisa de que el individuo *reincide sin más, producto de una pre-disposición,* lo que evita caer en determinismos y reduccionismos que finalmente resultan perjudiciales para la debida comprensión de la criminalidad sexual, en tanto parten de sesgos que –en términos político-criminales- tienen por objeto llegar a una conclusión de antemano pretendida: el axioma de la neutralización, monitorización y exclusión del ofensor sexual.

Por último, cabe advertir que los enfoques «multifactoriales» o «plurifactoriales» también han sido objeto de críticas, particularmente por su método *empírico-deductivo,* el que no sería capaz de dar cuenta explicativamente de la etiología del «delincuente», sino que sólo operaría en una faz descriptiva[1156].

[1148] *Ibíd.* p.52
[1149] *Ibíd.* pp.52 y ss.
[1150] *Ibíd.* pp.57 y ss.
[1151] *Ibíd.* pp.58 y ss.
[1152] *Ibíd.* pp.63 y ss.
[1153] *Ibíd.* pp.66 y ss.
[1154] *Ibíd.* pp.68 y ss.
[1155] *Ibíd.* pp.71-72
[1156] DUCE, M., MORENO, L. y otros. 2014. *op.cit.* p.791

1.1.3. El mito de la reincidencia

1.1.3.1. Concepto «reincidencia»

En primer lugar, es menester referirse al concepto de «reincidencia» (*recidivism*). El término es una derivación de «recidere» en latín, que significa *caer de nuevo* o *recaer*. De esta forma, se ha entendido la «reincidencia» como la repetición de una acción delictual y al «reincidente» como el individuo que se involucra en una actividad delictiva de manera repetitiva[1157].

Existen diversas distinciones en torno al concepto:

Según la actividad delictiva. La «reincidencia legal» es aquella que supone la realización de una actividad delictiva de manera repetida en el tiempo (entiéndase dos veces o más) y por la cual, se produce un contacto con los agentes de control formal. La «reincidencia criminológica» dice relación con la reiteración de actividades delictuales, independiente de si ellas fueron denunciadas, investigadas o castigadas[1158].

Según el momento de contacto con instancias de control formal penal. Mientras la «reincidencia policial» supone una nueva detención, la «reincidencia penal» implica un nuevo procesamiento[1159].

Según la correspondencia del nuevo delito cometido con el anterior. La «reincidencia genérica» implica la comisión de un nuevo delito de *diversa especie* del anterior, mientras que en la «reincidencia específica», el nuevo delito se corresponde a uno de la *misma especie* que el anterior[1160].

1.1.3.2. Metodología de medición

El criterio más utilizado en las investigaciones y estudios científicos para medir la *reincidencia* está basado en las tasas de *nuevas condenas* dictadas respecto de individuos que ya habían sido *condenados* con anterioridad, medido a partir del retorno a prisión[1161]. Pese a que esta resulta ser la definición más conveniente y verificable, también suele ser la más conservadora, dado que los casos de reporte, detección, arresto y condena por delitos sexuales son muy bajos, por lo que

---

1157 MORALES, A.M., MUÑOZ, N., WELSCH, G. y FÁBREGA, J.2012. La Reincidencia en el Sistema Penitenciario Chileno. Santiago. Fundación Paz Ciudadana. p.8
1158 *Ibíd.* p.8
1159 *Ibíd.* p.9
1160 *Ibíd.* p.10
1161 GELB, K.2007. *op.cit.* p.21

la proporción de individuos que terminan en prisión representa sólo un pequeño porcentaje del total de ofensores sexuales, lo que se podría producir un fenómeno de «infra-estimación» de los casos de reincidencia[1162].

La segunda definición opera en función de la *cantidad de nuevos arrestos*. SAMPLE y BRAY sostienen que el criterio del *arresto* presenta ventajas: los datos de la detención evitan el sesgo de la baja estadística producida por los juicios negociados y la reducción de cargos; además, muchos ofensores aceptan cargos por delitos *no sexuales* para evitar el estigma y la *supervigilancia*, por lo que las cifras del *arresto* se acercan más a la realidad[1163]. De todas formas, si bien puede proveer estimaciones más fehacientes, la cifra resultante también comprenderá a aquellos casos en los cuales al individuo no se le han presentando cargos o bien, han sido son absueltos, incluyendo los llamados *falsos positivos*[1164], lo que podría producir un fenómeno de «sobreestimación» de los casos de reincidencia[1165].

En virtud de lo expuesto, resulta útil tener en consideración la definición de «reincidencia» que sea presentada en los estudios en la materia[1166].

Un segundo factor dice relación con la duración del *período de seguimiento,* considerando que a medida que este se incremente, el número acumulado de reincidentes *sólo* puede aumentar. De todas formas, esto difiere de un aumento en la tasa anual de reincidencia[1167].

Un tercer factor consiste en *la diversidad de los ofensores sexuales*. Los defensores de los mecanismos de control y monitorización no suelen hacer distinciones entre las diversas tipologías existentes. Por ejemplo, se asume que un individuo que comete el delito de incesto reincide en la misma forma que un violador y que un abusador sexual[1168]. Sin embargo, es imperativo que se tenga en consideración la diversidad propia del universo total de ofensores sexuales, lo que se manifiesta en hechos como que un *incestuoso* tiene una tasa de reincidencia significativamente menor que el agresor que ataca víctimas fuera de su familia[1169]. Lo expuesto no es menor, dado que la *heterogeneidad* de los agresores sexuales en el plano criminológico y clínico, exige

---

1162 *Ibíd.* p.21
1163 SAMPLE, L.L. y BRAY, T.M. 2003. Are Sex Offenders Dangerous?. Criminology & Public Policy. 3(1). p.67
1164 *Ibíd.* p.67
1165 GELB, K.2007. *op.cit.* p.21
1166 *Ibíd.* p.21
1167 HARRIS, A. y HANSON, K. 2003. Sex offender: A simple question. Ottawa. Public Safety and Emergency Preparedness, p.1
1168 WRIGHT, R. 2008.*op.cit.* p.26
1169 *Ibíd.* p.1

necesariamente la atenuación de las conclusiones acerca de las cifras generales de reincidencia, en tanto estas pueden diferir según la tipología de ofensor y los *factores de riesgo* en análisis[1170].

1.1.3.3. Evaluación del riesgo de reincidencia de agresores sexuales

1.1.3.3.1. Predicción del riesgo

Para la supervisión y gestión de los ofensores sexuales en la comunidad, resulta importante distinguir entre aquellos que tienen un *alto riesgo de reincidencia* de los que presentan un *bajo riesgo de reincidencia*. Los distintos *status* de peligrosidad asociado al infractor tienen consecuencias en la forma en que se llevarán a cabo las notificaciones, la extensión del período del registro y las obligaciones registrales[1171].

En el ámbito de la psicología forense, se pueden encontrar tres procedimientos de recolección de información y toma de decisiones para la valoración del *riesgo de violencia*, incluida la sexual[1172]:

(a) *Juicio Clínico* o *Profesional no estructurado* corresponde a aquel procedimiento basado en la práctica clínica y centrado en el modelo de diagnóstico psicopatológico[1173]. Se caracteriza por no estar sujeto a *reglas* o *protocolos explícitos* más allá de las propias del clínico experto y por la libertad de criterio con la que cada profesional aborda la predicción del riesgo en función de elementos subjetivos, como su formación, preferencias personales, hábitos profesionales, entre otros[1174].

(b) *Juicio Clínico* o *Profesional estructurado* es un procedimiento que complementa la experiencia del profesional con el conocimiento empírico de los factores de riesgo[1175]. La técnica en comento requiere numerosas decisiones del evaluador basadas en el conocimiento experto de la violencia y de los factores de riesgo, las que son asistidas por *guías de valoración* cuya estructura

[1170] QUIJADA SAPIAIN, D. 2016. Política criminal en materia de intervención para agresores sexuales: Avances desde la psicología jurídica y revisión del estado del arte en tratamiento penitenciario. Doctrina práctica. ISSN 2313-268X. Nº 28, pp.135-136
[1171] TERRY, K. 2013. *op.cit.* p.227
[1172] NGUYEN VO, T. y ANDRÉS PUEYO, A. 2016. Validez predictiva del SVR-20 y la Static-99 en una muestra de agresores sexuales en Cataluña. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Àmbit social i criminològic. p.23
[1173] *Ibíd.* p.23
[1174] ANDRÉS PUEYO, A. y REDONDO ILLESCAS, S. 2007. Predicción de la violencia: Entre la peligrosidad y la valoración del riesgo de violencia. Papeles del Psicólogo. 28(2). p.166
[1175] NGUYEN VO y ANDRÉS PUEYO, A. 2016. *op.cit.* p.23

proviene de análisis actuariales y se encuentran diseñada incluyendo una serie –explícita y fija- de factores de riesgo identificados y conocidos[1176].

(c) *Juicio actuarial* es aquel procedimiento centrado en la recogida sistemática de los factores predominantemente estáticos que hacen más probable el mantenimiento o la aparición de la conducta violenta[1177]. Se caracteriza por un registro cuidadoso y detallado de todos los datos relevantes de la historia personal del sujeto, especialmente las que se vinculan con el *comportamiento* o *el criterio a predecir*[1178].

El calificativo «actuarial» proviene de «actuario», el cual etimológicamente significa registrar detalladamente informaciones anteriores para hacer valoraciones de riesgo, lo que es acompañado de un procedimiento de ponderación adecuada –obtenida empíricamente- de la relevancia de cada información por medio de *reglas de combinación matemática,* las que permiten obtener una puntuación de probabilidad determinada que refleja con exactitud el riesgo de que suceda aquello que se quiera predecir[1179].

En lo que respecta a la predicción del *riesgo de violencia sexual* en específico, los problemas existentes son la baja frecuencia de aparición y la heterogeneidad de los «delincuentes sexuales» entendidos como un conjunto[1180].

A nivel internacional existen un número importante de instrumentos específicos para la valoración del riesgo de violencia sexual, entre los que se pueden mencionar *Risk Matrix 2000* (RM2000)*; Minnesota Sex Offender Screening Tool-Revised* (MnSOST-R)*; Sex Offender Appraisal Guide* (SORAG)*; Rapid Risk Assessment for Sex Offence Recidivism* (RRASOR)*; Static-99; Static-2002;* «Protocolo para la valoración del riesgo de violencia sexual»*; Estimate of Risk of Adolescent Sexual Offense Recidivism* (ERASOR)*; Assessment of Risk Manageability for Individuals with Developmental and Intellectual Limitations Who Offend-Sexually* (ARMIDILO-S)*,* entre otros[1181].

[1176] ANDRÉS PUEYO, A. y REDONDO ILLESCAS, S. 2007. *op.cit.* p.168
[1177] NGUYEN VO y ANDRÉS PUEYO, A. 2016. *op.cit.* p.23
[1178] ANDRÉS PUEYO, A. y REDONDO ILLESCAS, S. 2007. *op.cit.* p.168
[1179] *Ibíd.* p.168
[1180] NGUYEN VO y ANDRÉS PUEYO, A. 2016. *op.cit.* pp.23-24
[1181] *Ibíd.* p.25

1.1.3.3.2. Instrumentos actuariales

Para determinar el riesgo de *reincidencia*, el sistema más utilizado es el *actuarial*[1182]. Los *modelos actuariales* son aquellos *métodos* que se utilizan para establecer pronósticos de previsión social mediante la estadística y el cálculo de probabilidades[1183]. Estos sistemas adoptan decisiones en base a algoritmos utilizados tras los hallazgos de investigaciones realizadas[1184].

A modo referencial, los *instrumentos actuariales* más relevantes para determinar la reincidencia de delitos sexuales son:

a. RRASOR (Rapid Risk Assessment for Sex Offence Recidivism)

Instrumento de evaluación *rápida* de riesgo de reincidencia de delitos sexuales desarrollado por HANSON en 1997, el cual mide exclusivamente factores de riesgo estáticos[1185]. La herramienta contempla cuatro ítems: (i) Agresiones sexuales previas, (ii) Edad de excarcelación/alta hospitalaria, (iii) Sexo de la víctima y (iv) Relación con la víctima[1186].

La escala pretende ser un *screening* rápido y fácil de aplicar para la valoración del riesgo de reincidencia de agresores sexuales[1187]. El mismo HANSON señaló que su instrumento tenía una capacidad predictiva moderada[1188].

b. SORAG (Sex Offender Risk Appraisal Guide)

Guía desarrollada por QUINSEY, RICE y HARRIS (1995), es una variación de la *Violence Risk Appraisal Guide* (VRAG)[1189], dirigida específicamente a valorar el riesgo de reincidencia de

[1182] SALAT PAISAL, M. 2014. *op.cit.* p.108
[1183] MARCO FRANCIA, M.P. 2015. *op.cit.* p.295
[1184] *Ibíd.* p.295
[1185] MARCO FRANCIA, M.P. 2015. *op.cit.* p.301
[1186] ESBEC RODRÍGUEZ, E. y FERNÁNDEZ SASTRÓN, O. 2003. Valoración de peligrosidad criminal (riesgo-violencia) en psicología forense. Instrumentos de evaluación y perspectivas. Psicopatología Clínica Legal y Forense. 3(2). p.72
[1187] *Ibíd.* p.72
[1188] MARCO FRANCIA, M.P. 2015. *op.cit.* p.301
[1189] La *Violence Risk Appraisal Guide* (Guía para la valoración de violencia) fue desarrollado en 1994 por WEBSTER, HARRIS, RICE, CORMIER y QUINSEY como un instrumento para valoración de la peligrosidad criminal en varones de altor riesgo (ESBEC RODRÍGUEZ, E. y FERNÁNDEZ SASTRÓN, O. 2003. *op.cit.* p.70). Este instrumento de predicción de violencia opera mediante la medición de doce factores de riesgo: (i) separación de los progenitores antes de los 16 años; (ii) fracaso en la escuela primaria; (iii) historia de abuso con el alcohol; (iv) no haberse casado nunca o tenido pareja estable; (v) edad temprana en el momento de la comisión del primer delito; (vi)

agresores sexuales. La principal modificación fue la inclusión de variables de medición de la desviación sexual: (i) Número de condenas previas por delitos sexuales; (ii) Historial de delitos sexuales contra varones menores o adultos y (iii) Una medida falométrica de desviación sexual[1190].

Se ha señalado que en su versión VRAG, el instrumento tiene un alto valor predictivo de reincidencia en la delincuencia violenta pero es mucho menor en la sexual[1191].

c. **STATIC-99 (HANSON y THORNTON, 2000)**

Instrumento actuarial con presencia en más de 30 estados de EE.UU, muy popular en Reino Unido y Canadá[1192], siendo uno de los más utilizados a nivel mundial para valorar el riesgo de violencia sexual en hombres adultos[1193]. La herramienta evalúa sólo factores de riesgo estáticos (invariables)[1194].

Los factores de riesgo que comprende la STATIC-99 son:

[1] Información socio-demográfica: (i) Edad en el momento de la excarcelación; (ii) Convivencia[1195];

[2] Historia delictivo oficial: (iii) Condenas de tipo no sexual en el delito base; (iv) Condenas previas no sexuales; (v) Delitos sexuales previos; (vi) Condenas previas; (vii) Condenas por delitos sexuales sin contacto[1196];

[3] Víctimas: (viii) Víctimas extra-familiares; (ix) Víctimas desconocidas y (x) Víctimas del sexo masculino[1197].

Los resultados se enmarcan en las «categorías de riesgo»: *bajo, moderado-bajo, moderado-alto* y *alto*[1198].

---

antecedentes penales por delitos no violentos; (vii) previa violación de libertad condicional; (viii) daño causado a la víctima en el último delito; (ix) no tener víctimas femeninas; (x) cumplir los criterios del DSM [Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorder's] para un trastorno de la personalidad (xi) diagnóstico de esquizofrenia; (xii) i del PCL-R [Psychopathy Checklist Revised] para la psicopatía (Véase en MARCO FRANCIA, M.P. 2015. *op.cit.* p.298/ ESBEC RODRÍGUEZ, E. y FERNÁNDEZ SASTRÓN, O. 2003. *op.cit.* pp.70-71)

1190 *Ibíd.* p.70

1191 MARCO FRANCIA, M.P. 2015. *op.cit.* p.300

1192 *Ibíd.* p.301

1193 NGUYEN VO y ANDRÉS PUEYO, A. 2016. *op.cit.* p.25

1194 ESBEC RODRÍGUEZ, E. y FERNÁNDEZ SASTRÓN, O. 2003. *op.cit.* p.74

1195 NGUYEN VO y ANDRÉS PUEYO, A. 2016. *op.cit.* p.35

1196 *Ibíd.* p.35

1197 *Ibíd.* p.35

1198 SALAT PAISAL, M. 2014. *op.cit.* pp.108-109

Su *capacidad predictiva* ha sido avalada por una gran cantidad de estudios de replicación en contextos penitenciarios, psiquiátricos y comunitarios, y para diversas tipologías de «delincuentes», con magnitudes del efecto entre *moderados* y *altos*[1199]

SALAT PAISAL señala que a través del *Static-99* no se evalúa el índice de reincidencia de un sujeto concreto en un determinado período, sino que según la puntuación obtenida, se clasifica a este en un determinado grupo de riesgo de reincidencia, por lo que no puede *individualizarse* el específico riesgo para el individuo en particular[1200].

1.1.3.3.3. Otros instrumentos

a. SVR-20 (Manual de Valoración del Riesgo de Violencia Sexual)

Instrumento basado en el *juicio clínico* o *profesional estructurado,* diseñado para asistir al profesional en la valoración del riesgo de reincidencia sexual en sujetos adultos que han cometido un delito sexual[1201]. Esta herramienta se ha traducido y adaptado para la población penitenciaria catalana[1202] por el Grupo de Estudios Avanzados en Violencia de la Universidad de Barcelona y es uno de los más utilizados a nivel internacional[1203].

Los *factores de riesgo* que componen el SVR-20 son:

[1] Funcionamiento Psicosocial: (i) Desviación sexual; (ii) Víctima de abuso en la infancia; (iii) Psicopatía; (iv) Trastorno Mental Grave; (v) Problemas relacionados con el consumo de sustancias tóxicas; (vi) Ideación suicida/homicida; (vii) Problemas en las relaciones sentimentales de pareja; (viii) Problemas laborales; (ix) Antecedentes de delitos violentos no sexuales; (x) Antecedentes de delitos no violentos; (xi) Fracaso en las medidas de supervisión previas[1204].

[2] Delitos sexuales: (xii) Frecuencia elevada de delitos/agresiones sexuales; (xiii) Tipología múltiple de delitos sexuales; (xiv) Daño físico a la(s) víctima(s) de los delitos sexuales; (xv) Uso de armas o amenazas de muerte en los delitos sexuales; (xvi) Progresión en la frecuencia y/o

1199 NGUYEN VO y ANDRÉS PUEYO, A. 2016. *op.cit.* p.26
1200 SALAT PAISAL, M. 2014. *op.cit.* p.109
1201 NGUYEN VO y ANDRÉS PUEYO, A. 2016. *op.cit.* p.27
1202 MARCO FRANCIA, M.P. 2015. *op.cit.* p.302
1203 NGUYEN VO y ANDRÉS PUEYO, A. 2016. *op.cit.* p.27
1204 *Ibíd.* p.33

gravedad de los delitos sexuales; (xvii) Minimización extrema o negación de los delitos sexuales; (xviii) Actitudes que justifican o consienten en los delitos sexuales[1205].

[3] Planes de futuro: (xix) Ausencia de panes de un futuro realistas; (xx) Actitud negativa hacia la redención[1206].

b. MnSOST-R (Minnesota Sex Offender Screening Tool-Revised)

Herramienta de evaluación del riesgo de agresores sexuales. Fue desarrollada en respuesta a las nuevas leyes de ofensores sexuales en el estado de Minnesota y fue diseñada para ayudar en la identificación de los «delincuentes» más violentos y aquellos con mayor riesgo de reincidencia.

El instrumento cuenta con 16 ítems[1207], de los cuales doce son históricos o estáticos y los otros cuatro son dinámicos[1208]:

[1] Variables Históricas/Estáticas son: (i) Número de condenas por delitos sexuales; (ii) Duración de los antecedentes criminales por delitos sexuales; (iii) Delito sexual cometido bajo *supervisión*; (iv) Delito sexual cometido en espacio público; (v) Uso de *violencia* o *intimidación* en la comisión del delito sexual; (vi) Delito que involucre actos sexuales múltiples en sólo *un evento de contacto*; (vii) Número de diferentes grupos de edad victimizados; (viii) Víctimas de 13 a 15 años de edad con 5 años diferencia con el ofensor; (ix) Víctimas desconocidas; (x) Comportamiento antisocial en la adolescencia; (xi) Patrones de abuso de sustancias y/o alcohol; (xii) Antecedentes de inestabilidad laboral[1209].

[2] Variables Institucionales/Dinámicas son: (xiii) Historial de conducta mientras estuvo encarcelado; (xiv) Historial de tratamientos de dependencia química en el encarcelamiento; (xv) Historial de tratamientos de ofensores sexuales mientras estuvo encarcelado; (xvi) Edad del ofensor al momento de la liberación[1210].

1205 *Ibíd.* p.33
1206 *Ibíd.* p.34
1207 En su versión primigenia, la valoración se realizaba en función de 21 ítems seleccionados en base a métodos empíricos sobre la base de ofensores sexuales liberados de prisiones de Minnesota. Véase en MARCO FRANCIA, M.P. 2015. *op.cit.* p.303 (cita 306) y ESBEC RODRÍGUEZ, E. y FERNÁNDEZ SASTRÓN, O. 2003. *op.cit.* p.83
1208 NGUYEN VO y ANDRÉS PUEYO, A. 2016. *op.cit.* p.304
1209 EPPERSON, D., KAUL, J., STEPHEN, M., GOLDMAN, R. y ALEXANDER, W. 2003. Minnesota Sex Offender Screening Tool-Revised (MnSOST-R) Technical Paper: Development, Validation, and Recommended Risk Leve Cut Scores [en línea] <https://rsoresearch.files.wordpress.com/2012/01/ia-state-study.pdf> [consulta: 28 enero 2017] p.34
1210 *Ibíd.* pp.34-35

1.1.3.4. Evidencia empírica de la reincidencia de agresores sexuales

La pregunta básica acerca de la reincidencia del ofensor sexual se traduce en la siguiente: ¿qué porcentaje de ofensores sexuales condenados cometen un nuevo delito sexual una vez que son liberados de prisión?[1211]. La creencia basal que da fundamento al Registro consiste en que el agresor sexual reincide más que el «delincuente común», lo cual es una percepción que se encuentra generalizada en la sociedad[1212], sustentada en la creencia de que los individuos identificados como agresores sexuales condenados *probablemente volverán* a cometer delitos sexuales en el futuro[1213]. En estos términos, estudios dan cuenta que hasta el 98% de la comunidad cree que la mayoría de los ofensores sexuales reincide, lo cual es un porcentaje altísimo[1214].

Pese a lo señalado, no existe evidencia empírica *suficiente* para sostener tal afirmación, al contrario, los estudios en la materia concluyen que (i) la tasa de reincidencia de los ofensores sexuales es *menor* a la de otros comportamientos delictivo y (ii) en general es una *baja tasa de reincidencia*.

La relevancia de controvertir empíricamente la creencia de que existe una alta reincidencia de los ofensores sexuales radica en que esta es una de las premisas por las que se consideran necesarios los Registros y sistemas de notificación[1215].

Ya en 1995, autores advertían que la creencia de que los delincuentes sexuales tenían una alta tasa de reincidencia era errada[1216]. BEDARF cita un estudio del año 1950, en el cual la Comisión de New Jersey sobre Delincuente Sexual Habitual (*New Jersey Commision on the Habitual Sex Offender*) reportó que los agresores sexuales tenían una tasa de reincidencia de sólo el 7%, basado en los *arrestos* posteriores a la liberación de prisión[1217].

1211 HARRIS, A. y HANSON, K. 2003. *op.cit.* p.1
1212 Véase *Capítulo I. 2.6.Percepción de la comunidad acerca de los agresores sexuales*
1213 DOOB, A. y GARTNER, R. 2013. Some Recent Research on Sex Offenders and Society`s Responses to Them. Research summaries compiled from Criminological Highlights [en línea] <http://criminology.utoronto.ca/wp-content/uploads/2013/09/CrimHighlights_SexOffending11.pdf> [consulta: 28 enero 2017] p.2
1214 LEVENSON, J.S., KATZ-SHIAVONE, S. y ACKERMAN, A. 2008. Myths and Facts About Sexual Violence: Public Perceptions and Implications for Prevention. Journal of Criminal Justice and Popular Culture. 15 (3). p.300
1215 BEDARF, A. 1995. *op.cit.* p.898
1216 *Ibíd.* p.893
1217 *Ibíd.* p.893

Un segundo estudio citado por el autor, del año 1965, da cuenta de que el porcentaje de individuos que volvieron a ser *condenados* por la comisión de otro delito sexual en un período de seguimiento de 12 a 24 años correspondía a un 10%[1218].

En 1985, un estudio concluyó que el porcentaje de *re-arrestos* por delitos sexuales, en un período de seguimiento de 10 años, fue del 11.3%, cifra que varió significativamente según las tipologías de agresores sexuales. La reincidencia fue del 6.2% en los pedófilos; 10.4% en asaltadores sexuales y 20.5% en exhibicionistas[1219].

En un estudio posterior de 1988, un 19.7% de ofensores sexuales volvieron a ser *arrestados* en un plazo de 15 años, en donde los violadores tenían la cifra más alta de reincidencia (25.2%) mientras que la más baja fue para los exhibicionistas u otros «delincuentes sexuales» menores (16.8%)[1220]. Estos resultados contravienen a los arrojados por el estudio previamente citado, en lo que respecta al porcentaje de *re-arrestos* de los exhibicionistas sexuales. Sin embargo, ambos son contestes en que la cifra de *reincidencia* es relativamente baja (11.3% y 19.7% correspondientemente).

BEDARF concluye que los agresores sexuales no son más propensos a reincidir que otro tipo de «delincuentes», e inclusive en las estimaciones más altas de reincidencia por arresto (25%), esta es igual o inferior a la que se verifica en el resto de las modalidades delictivas, con excepción del homicidio[1221]. En virtud de las bajas tasas de reincidencia de la delincuencia sexual en comparación con otras criminalidades, la *cifra negra* tendría que ser desproporcionalmente alta en los delitos sexuales como para equiparar o superar las cifras que se manejan respecto de la de reincidencia en otro tipo de delitos[1222].

En el año 1994, prisiones de 15 estados[1223] liberaron a 9.691 ofensores sexuales y a 262.420 ofensores no-sexuales, sumando un total de 272.111 ofensores[1224]. El DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE EE.UU realizó un seguimiento a ex condenados durante un período de 3 años

---

[1218] *Ibíd.* p.894
[1219] *Ibíd.* p.895
[1220] *Ibíd.* p.895
[1221] *Ibíd.* p.896
[1222] *Ibíd.* p.897
[1223] Arizona, Maryland, North Carolina, California, Michigan, Ohio, Delaware, Minnesota, Oregon, Florida, New Jersey, Texas, Illinois, New York y Virginia.
[1224] LANGAN, P., SCHMITT, E. y DUROSE, M.R. 2003. Recidivism of Sex Offenders Released from Prison in 1994. U.S. Department of Justice NCJ 198281. p.24

desde sus liberaciones[1225]. En ese lapso de tiempo, el 5.3% (517 e 9.691) de los agresores sexuales fueron *re-arrestados* por un nuevo delito sexual[1226]. Del total de ofensores sexuales, el 3.5% (339 de 9.691) fue condenado nuevamente por un delito sexual en el período de 3 años desde la liberación[1227]. El 40% de los ilícitos sexuales cometidos se produjeron en los primeros 12 meses[1228]. Respecto de la reincidencia en general de los «delincuentes sexuales» en cualquier tipo de delito, el 43% (4.163 de 9.691) fue *re-arrestado*[1229], mientras que el 24% (2.326 de 9.691) resultó *condenado*[1230]. Por su parte, el 68% de los prisioneros no-sexuales (179.391 de 262.420) fue *re-arrestado* en un plazo de 3 años desde la liberación[1231], mientras que el 47.8% (125.437 de 262.420) fue *condenado* por cualquier tipo de delito[1232].

DOOB y GARTNER, analizaron un estudio de 1997 que determinó los porcentajes de reincidencia de ofensores sexuales en *probation*. La investigación tuvo una muestra de 556 agresores sexuales en Minnesota, que fueron seguidos en su libertad vigilada entre 1992 y 1997. La reincidencia de *cualquier tipo* (medida por el *re-arresto*) ocurrió poco después de que los ofensores fueron puestos en *libertad vigilada*. Después de un año, el 83% no reincidió y después de 2 años, el 75% no lo hizo. Después de 5 años, el 65% no había reincidido. Durante este período de años, sólo el 10% fue *re-arrestado* por un delito en contra de las personas y el 5.6% cometió un nuevo delito sexual. El estudio concluyó que la mayoría de los ofensores sexuales no reincidió y que el empleo estable tuvo un impacto positivo (en conjunto con los tratamientos), sugiriendo que los controles sociales informales pueden ser importantes para comprender la reincidencia[1233].

HANSON y BUSSIÈRE (1998) efectuaron una revisión cuantitativa de la literatura existente acerca de la reincidencia de los ofensores sexuales[1234], la cual se llevó a cabo mediante un meta-análisis de 61 estudios. El promedio de reincidencia de los ofensores sexuales resultó ser un 13.4%, en un período de seguimiento de 4 a 5 años[1235]. Por otro lado, la reincidencia por cualquier

[1225] *Ibíd.* p.1
[1226] *Ibíd.* p.24
[1227] *Ibíd.* p.24
[1228] *Ibíd.* p.25
[1229] *Ibíd.* p.2
[1230] *Ibíd.* p.2
[1231] *Ibíd.* p.14
[1232] *Ibíd.* p.14
[1233] DOOB, A. y GARTNER, R. 2013. op.*cit.* p.6
[1234] HANSON, K. y BUSSIÈRE, M. 1998. *op.cit.* p.349
[1235] *Ibíd.* p.351

tipo de delito, fue bastante mayor, ascendiendo al 36.3%[1236]. Los autores concluyeron que los resultados de la investigación contradicen la creencia popular de que los ofensores sexuales inevitablemente reincidirán, dado que sólo una minoría (13.4%) lo hace[1237]. Cabe señalar que algunos tipos de ofensores sexuales tenían tasas mucho más altas de reincidencia sexual en comparación con otros, como los agresores sexuales de «alto riesgo» (*high risk*) en los cuales los porcentajes de reincidencia oscilaban entre el 50% y el 80%[1238].

ADKINS, HUFF y STAGEBERG (2000) realizaron un estudio para evaluar la eficacia del Registro de Iowa. Para ello, conformaron dos grupos: Grupo I (registrados), compuesto por 233 individuos que fueron incluidos en el Registro de agresores sexuales entre julio 1995 y julio de 1996. La muestra en específico estaba compuesta por individuos que fueron liberados de prisión o se encontraban en *probation* o *parole*. El Grupo II (no-registrados) estuvo conformado por 201 individuos que fueron condenados por delitos sexuales y que debieron haber sido registrados, mas no lo fueron porque la comisión de delitos fue previa a la entrada en vigencia del Registro (previo al 30 de junio de 1995)[1239]. Ambos grupos de muestra fueron monitoreados durante 4.3 años[1240]. Los resultados arrojaron que en cuanto a la reincidencia por *condena* de nuevos delitos sexuales y revocación de *parole* o *probation*, el grupo registrado fue de 3%, mientras que el grupo II (no registrados) fue de 3.5%. La reincidencia total (incluyendo delitos sexuales y no sexuales) del grupo I (registrados) fue de 24.5% mientras que la del grupo II (no registrados), 33.3%[1241]. Los autores concluyeron que las diferencias no son estadísticamente significativas[1242].

SAMPLE y BRAY (2003) en un estudio del estado de Illinois, arribaron a la conclusión de que los ofensores sexuales tienen un bajo porcentaje de reincidencia por *re-arrestos* en *cualquier delito* (45.1%) y en la misma *ofensa* (6.5%), en un plazo de 5 años de seguimiento. Según el estudio en comento, la mayoría abrumadora (93%) no fue re-arrestada por otro delito sexual[1243].

1236 *Ibíd.* p.351
1237 *Ibíd.* p.357
1238 HANSON, K. 1998. What do we know about sex offender risk assessment?. Psychology, Public Policy and Law. 4(1/2). pp.67-68
1239 ADKINS, G., HUFF, D y STAGEBERG, P. 2000. The Iowa Sex Offender Registry and Recidivism. Iowa Department of Human Rights, Division of Criminal and Juvenil Justice Planning and Statistical Analysis Center. pp.2-3
1240 *Ibíd.* p.9
1241 *Ibíd.* p.10
1242 *Ibíd.* p.19
1243 SAMPLE, L.L. y BRAY, T.M. 2003. *op.cit.* p.76

HANSON y MORTON-BOURGON (2004) realizaron un meta-análisis de 95 estudios diferentes acerca de los factores predictivos de la reincidencia sexual, en los cuales fueron considerados más de 31.000 agresores sexuales y se efectuaron cerca de 2.000 predicciones de reincidencia. Los resultados señalaron que el porcentaje de reincidencia sexual era del 13.7%, mientras que la reincidencia en delitos violentos no-sexuales fue de 14%; la reincidencia violenta (incluyendo delitos sexuales y no-sexuales) ascendió al 25% y la reincidencia general (cualquier tipo de reincidencia) fue de 36.9%, siendo el promedio de seguimiento de 5 a 6 años[1244].

HANSON y HARRIS (2004) examinaron la reincidencia sexual expresada en quienes fueron imputados o condenados por nuevos delitos sexuales, usando información de 10 estudios de los cuales cinco tuvieron por criterio la *condena;* cuatro *nuevos cargos o condena* y uno *condena, cargos e información policía adicional*[1245]. La investigación tuvo una muestra de 4.724 ofensores. Los resultados arrojaron que del total de ofensores sexuales, la tasa de reincidencia fue de 14% en 5 años de seguimiento; 20% en 10 años de seguimiento y 24% en 15 años de seguimiento[1246]. Ahora bien, existen diferencias en las tasas de reincidencia conforme a las sub-tipologías de ofensores. Según el tipo de víctima, los abusadores que tenían por víctimas menores de edad de sexo masculino, el 23% reincidió en 5 años; el 28% en 10 años y el 35% en 15 años, mientras los que tenían por víctimas menores de edad de sexo femenino, reincidieron en un 9% a los 5 años; 13% a los 10 años y un 16% a los 15 años[1247]. Los ofensores incestuosos tuvieron la menor tasa de reincidencia (9% en 10 años), los violadores estuvieron en el promedio (21% en 10 años)[1248]. Los autores aseveraron que a través del tiempo, la mayoría de los agresores sexuales no reincide en nuevos delitos sexuales. Después de 15 años, el 73% de los «delincuentes sexuales» no fue imputado o condenado por otro delito del la misma índole[1249].

SOLER y GARCÍA(2009) realizaron una investigación para evaluar las tasas de reincidencia sexual, reincidencia violenta y reincidencia general de una población de 315 internos condenados por un delito sexual, quienes fueron liberados de la prisión de Cataluña entre el 1 de enero de

---

1244 HANSON, R.K. y MORTON-BOURGON, K. 2004. Predictors of Sexual Recidivism: An Updated Meta-Analysis [en línea] <http://www.static99.org/pdfdocs/hansonandmortonbourgon2004.pdf> [consulta: 28 enero 2017] p.8
1245 HARRIS, A. y HANSON, K. 2003. *op.cit.* p.7
1246 *Ibíd.* p.8
1247 *Ibíd.* p.8
1248 *Ibíd.* p.8
1249 *Ibíd.* p.11

1998 y el 31 de diciembre de 2003[1250]. La metodología consistió en registrar cuántos de ellos volvieron a prisión por haber cometido un nuevo delito sexual («reincidencia sexual»); cuántos cometieron un delito que implica violencia física contra una persona, sin que esta tenga connotaciones sexuales («reincidencia violenta») y cuántos cometieron una infracción penal sin componentes sexuales ni violentos («reincidencia general»)[1251].

Los resultados del estudio señalan que un total de 59 «delincuentes sexuales» volvieron a prisión por un nuevo delito durante el período de seguimiento, lo que supone un 19% del grupo analizado. Sólo un 5.8% de los ofensores sexuales volvieron a cometer un nuevo delito sexual; un 6.5% reincidieron en delitos violentos no sexuales y un 6.2% cometieron delitos sin rasgos violentos[1252]. Si bien los autores concluyen –conforme al estudio- que la mayoría de los «delincuentes sexuales», cuando vuelve a reincidir, cometen «delitos sexuales *o* violentos»[1253], cabe consignar que *menos de la tercera parte de la reincidencia* (5.8%) *es por delitos sexuales,* siendo superior la reincidencia por acciones violentas (6.5%) o por otro tipo de delitos (6.2%).

KINGSTON, SETO, FIRESTON y BRADFORD (2010) efectuaron un estudio en Canadá sobre una muestra 586 hombres adultos, de 38.1 años de edad promedio, quienes fueron condenados por un delito sexual de *contacto* y evaluados entre 1982 y 1992. De ellos, 295 (50%) fueron condenados por abuso sexual de menores *intrafamiliar*; 205 (35%) abuso sexual de menores *extrafamiliar* y 86 (15%) por violación[1254]. El período de seguimiento comenzó desde que los ofensores sexuales fueron liberados a la comunidad y se extendió durante 20 años. La *reincidencia sexual* fue de un 16.7%, la *reincidencia violenta* (incluyendo la sexual) fue de 27.5% y la r*eincidencia general* del 37.4%[1255].

HAU-NUNG CHAN (2010), a propósito de una revisión *crítica* de los Registros Públicos, cita un estudio de la «Law Reform Commission» de Hong Kong, el cual estableció que en dicha

---

[1250] SOLER, C. y GARCÍA, C. 2009. Delitos sexuales y reincidencia. Un estudio de las prisiones de Cataluña. Barcelona: Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. p.36
[1251] *Ibíd.* p.59
[1252] *Ibíd.* p.59
[1253] *Ibíd.* p.120
[1254] KINGSTON, D., SETO, M., FIRESTONE, P. y BRADFORD, J. 2010. Comparing Indicators of Sexual Sadism as Predictors of Recidivism Among Adult Male Sexual Offenders. Journal of Consulting and Criminal Psychology. 78(4): 576
[1255] *Ibíd.* p.578

ciudad la reincidencia de ofensores sexuales en delitos del mismo orden –en un plazo de seguimiento de 3 años- bordeaba el 6%[1256].

CALDWELL (2010) llevó a cabo un meta-análisis de 63 estudios que investigaron el comportamiento reincidente de ofensores sexuales juveniles. Los resultados comprendieron una muestra de 11.219 adolescentes, en donde la edad promedio correspondió a 14.8 años y los cuales fueron seguidos en un promedio de 59.4 meses (4.9 años). El porcentaje de *reincidencia sexual* arrojado fue de un 7.08%, mientras que la *reincidencia en general* fue de 43.4%[1257].

JANKA, GALLASCH-NEMITZ, BIEDERMANN y DAHLE (2012) realizaron un estudio sobre las variables del comportamiento delictual para predecir la reincidencia sexual en diferentes grupos etarios[1258]. La investigación tuvo una muestra de 682 ofensores sexuales condenados entre 1994 y 1999 en Alemania. El período de seguimiento fue de 5 años desde que fueron liberados los ofensores de la cárcel. Los resultados concluyeron que la tasa de *reincidencia sexual* fue del 13%, mientras que la tasa de *reincidencia general* fue del 57% y la *reincidencia violenta* del 18%[1259].

A nivel nacional, FUNDACIÓN PAZ CIUDADANA (2013) elaboró un informe sobre la *reincidencia* en el sistema penitenciario chileno en base a la información disponible de Gendarmería de Chile. Respecto de la *reincidencia general* de los egresados por delitos sexuales en el año 2007 (=400), sólo un 13.3% (=53) reingresó a la cárcel por una nueva condena. Según los autores, esta proporción de reincidencia judicial corresponde a una de las más bajas en comparación al resto de los delitos[1260]. Respecto a la *reincidencia específica,* el 24.5% (=13) de la población reincidente fue condenada nuevamente a una pena privativa de libertad por la comisión de un delito sexual[1261].

LEVENSON, GRADY y LEIBOWITZ (2016) señalan que dependiendo del estudio en la materia, el promedio de reincidencia de los ofensores sexuales se encuentra entre el 5% al 15%[1262]. Además, dan cuenta de que estos son menos propensos a ser *re-arrestados* por un nuevo delito

---

1256 HAU-NUNG CHAN, A. 2011. *op.cit.* p.73
1257 CALDWELL, M. 2010. Study Characteristics and Recidivism Base Rates in Juvenil Sex Offender Recidivism. International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology. 54(2). pp.201-202
1258 JANKA, C., GALLASCH-NEMITZ, F., BIEDERMANN, J., & DAHLE, K. 2012. The significance of offending behavior for predicting sexual recidivism among sex offenders of various age group. International Journal of Law and Psychiatry. 35(3). p.162
1259 *Ibíd.* p.160
1260 MORALES, A.M., MUÑOZ, N., WELSCH, G. y FÁBREGA, J.2012. *op.cit.* p.71
1261 *Ibíd.* p.74
1262 LEVENSON, J., GRADY, M., y LEIBOWITZ, G. 2016. *op.cit.* p.14

comparado con otro tipo de infractores, como los violentos, los vinculados a drogas y los que atentan con la propiedad[1263].

En cuanto a la reincidencia de mujeres que han sido condenadas por delitos sexuales, un meta-análisis de 10 de estudios en la materia estableció que de un total de 2.490 ofensoras sexuales, en un seguimiento 6.5 años una vez liberadas de prisión, el 3.19% reincidió en un delito sexual (*conforme a este estudio, los hombres reinciden 13,7%*); 6.46% reincidió en un delito violento (*hombres reincidieron 25%*) y el 24.52% reincidió en cualquier tipo de delito (*hombres en un 36.9%*)[1264].

Cuadro nº7. *Meta-análisis reincidencia de agresoras sexuales (en comparación con hombres)*

% REINCIDENCIA FEMENINA				
Género	Años (seguimiento)	% en Delitos sexuales	% en Delitos violentos	% en Cualquier tipo de delito
Mujeres	6.5.	3.19% (77/2416)	6.46% (146/2260)	24.52% (590/2406)
Hombres	5.5.	13.7%	25%	36.9%

En armonía con lo expuesto, se ha insinuado que los posibles factores que explicarían la baja reincidencia de los ofensores sexuales serían la *falta de oportunidades* o *instancias* para volver a cometer un delito sexual; la efectividad de programas de rehabilitación y la cifra negra asociada a este tipo de criminalidad[1265].

En conclusión, la reincidencia de los agresores sexuales es menor de la que cree parte de la sociedad y de la que se *pretende que sea* por la clase política[1266]. El sólo hecho de que una de las premisas sobre las cuales se sustenta la justificación de los Registros se vea socavada, ya permite cuestionar su idoneidad para *prevenir* y *reducir* la reincidencia de los delitos sexuales.

[1263] *Ibíd.* p.14
[1264] CORTONI, F., HANSON, K. y COACHE, M-E. 2010. *op.cit.* p.394
[1265] GELB, K.2007. *op.cit.* p.21
[1266] Véase la intervención del Senador Espina en la historia de la ley Nº 20.594 (Senado. Legislatura 359. Sesión 23. Fecha 07 de junio, 2011. Discusión general. Se aprueba en general), quien afirma que los porcentajes de reincidencia de los ofensores sexuales son "extremadamente altos", contraviniendo la evidencia empírica asentada en la materia.

1.2. Fundamentos Político-criminales

1.2.1. La «Sociedad del riesgo» y el modelo de la «Seguridad Ciudadana»

Los Registros y sistemas de notificación responden a una estrategia político-criminal que se encuentra circunscrita en un determinado contexto socio-cultural que rige en la actualidad. Debido a los avances cibernéticos y progresos científicos, la sociedad panóptica ha derivado en una «sociedad de control», en términos que exceden a la idea concebida por BENTHAM[1267]. En virtud de ello, se ha afirmado que hoy en día vivimos en la «sociedad del riesgo», conceptualización que pretende dar cuenta del fenómeno en que la comunidad se ve expuesta a *cursos causales de difícil control* producto de las nuevas tecnologías, por lo que la *seguridad* adquiere un especial valor y pasa a imputársele al Estado el deber de minimizar los riesgos *consecuentes*[1268]. En este contexto se enmarca el *riesgo delictivo,* por lo que la evitación del delito se convierte en el principio organizativo de la actividad cotidiana[1269], resultando imperativo adoptar sistemas de control para reducir sus probabilidades de ocurrencia.

En términos político-criminales, basándose en las experiencias de los modelos jurídicos de Estados Unidos y Reino Unido[1270], el autor británico GARLAND señala que el panorama expuesto se concretiza en una *cultura del control,* la cual presenta una fórmula punitiva exacerbada, en donde el delito encuentra una explicación ulterior atendiendo a la individualidad de los sujetos, lo que obsta a una comprensión *social* del fenómeno delictivo. Esto tiene por consecuencia que se busque legitimar una justicia de carácter *expresiva,* con intervenciones penales simbólicas que representen la «mano dura», que pueda hacer frente a los riesgos que amenazan actualmente a la sociedad[1271]. En este caso, el carácter *simbólico* del derecho penal debe entenderse en el sentido crítico del concepto, el cual hace referencia a que determinados agentes políticos sólo persiguen el propósito

[1267] HERRERA, M. *op.cit.* p.90
[1268] CARNEVALLI, R. 2008. *op.cit.* p.34
[1269] HERRERA, M. *op.cit.* p.91
[1270] DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. 2007. Los nuevos modelos de intervención penal. En: La política criminal en la encrucijada. Editorial BdeF. p.69
[1271] GARLAND, D. 2005. La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea. Barcelona. Gedisa Editorial. pp.41-61

de proyecto una *impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido,* predominando una función latente por sobre la manifiesta[1272].

Según lo expuesto, existe un retorno preponderante del papel de la víctima en el proceso penal, así como la intensificación de la privación de libertad y el populismo exacerbado.

La *inseguridad ciudadana*[1273] es entendida como un *compendio* de inquietudes que viene impregnado en el discurso de la «sociedad del riesgo» y en concreto, se traduce en el miedo al crimen en abstracto, en una comprensión del delito como problema social[1274]. Cabe señalar que la (in)*seguridad* que se pretende resguardar, es una percepción de carácter *intangible,* basada en percepciones y emociones subjetivas de los ciudadanos, la cual no tiene –necesariamente- un correlato objetivo en la realidad delictiva[1275].

Los individuos «multi-reincidentes» y en particular los *ofensores sexuales,* son uno de los «peligros» que son identificados por la ciudadanía como una amenaza a la *seguridad*. Dado que el Derecho Penal ha adoptado una tipología de Estado policial, judicializado, represivo, extremadamente carcelario y el cual busca resguardar «*la seguridad por sobre todo*», para sostener el modelo resulta necesario hacer operativo un funcionamiento que lo *justifique*, ante lo cual se buscan focos conflictivos sobre los cuales intervenir. De esta forma, el *panoptismo social* actúa sobre grupos específicos, ya sea por raza (jóvenes negros), por caracteres propios (inmigrantes) o bien, por etiquetas como los «delincuentes sexuales»[1276]. A este fenómeno ha contribuido la sensación de inseguridad colectiva que prima en la sociedad, en donde a los «delincuentes» se les entiende como individuos inescrupulosos, arbitrarios y egoístas, por lo que proliferan denominaciones como «predador sexual»[1277].

Lo referido, encuentra su síntesis en las *ideas motoras* del nuevo modelo de intervención penal de la «Seguridad Ciudadana», el cual comenzó a imponerse ante el desmoronamiento de los ideales «re-socializadores»:

[1272] JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M. 2003. Derecho Penal del Enemigo. 1º Ed. Thomson Civitas. Cuadernos Civitas. p.68

[1273] Por su parte, el *miedo al delito* es conceptualizado como el miedo de los ciudadanos a ser personalmente víctimas de un delito (VOZMEDIANO, L., SAN JUAN, C. y VERGARA, A. 2008. Problemas de medición del miedo al delito. Algunas respuestas teóricas y técnicas. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 10(07). p.2)

[1274] *Ibíd.* p.2

[1275] *Ibíd.* p.3

[1276] WAQCUANT, *op.cit.* p.301.

[1277] DÍEZ RIPOLLÉS. 2004. *op.cit.* p.9

(i) Protagonismo de la «delincuencia clásica»: aquella que gira en torno a los delitos contra intereses individuales, especialmente la vida e integridad, propiedad y libertad en sus diversos formatos, manteniéndose la intervención penal centrada en los *marginados*[1278].

(ii) Prevalencia del sentimiento colectivo de inseguridad ciudadana: se incrementa en la población la preocupación en general sobre la delincuencia, como el miedo a ser víctima de un delito[1279]. Por otra parte, los programas de intervención penal son diseñados para disminuir las inquietudes sociales sobre la delincuencia[1280].

(iii) Sustantividad de los intereses de las víctimas: fenómeno por el cual las demandas de las víctimas –reales o potenciales- guían el debate político-criminal, en donde ahora es la víctima la que subsume los intereses de la sociedad dentro de los propios, asumiendo la representación de los *intereses públicos*[1281].

(iv) Populismo y politización: los agentes sociales que resultan determinantes en la adopción y en el contenido de las políticas legislativas cambian, evidenciándose un descrédito del conocimiento de los expertos y una mala evaluación de los operadores del sistema jurídico-penal[1282].

(v) Revalorización del componente aflictivo de la pena: se pretende hacer más gravosas las consecuencias derivadas de la comisión de un delito, propugnándose por el aumento de las penas y el resurgimiento de las penas infamantes[1283].

(vi) Redescubrimiento de la prisión: «re-acreditación» de las penas privativa de libertad por su capacidad de producir efectos *psicosociales* intimidatorios, retributivos e *inocuizadores*[1284].

(vii) La ausencia de recelo ante el poder sancionatorio: generalización de la idea de que hay que renunciar a las garantías existentes encargadas de prevenir los abusos de los poderes públicos contra los derechos individuales, a cambio de la optimización de la persecución criminal[1285].

(viii) Implicación de la sociedad en la lucha contra la delincuencia: la comunidad colabora con la policía, asumiendo por sí misma técnicas y habilidades que apunten a la eficacia y eficiencia de las intervenciones policiales para prevenir o perseguir el delito[1286].

[1278] *Ibíd.* p.6
[1279] *Ibíd.* p.9
[1280] *Ibíd.* p.9
[1281] *Ibíd.* p.10
[1282] *Ibíd.* pp.10-11
[1283] *Ibíd.* p.13
[1284] *Ibíd.* p.16
[1285] *Ibíd.* p.17
[1286] *Ibíd.* p.18

1.2.2. La teoría del etiquetamiento

La identificación y delimitación de los grupos sociales específicos se lleva a cabo bajo un proceso de *etiquetamiento*. La «teoría del etiquetamiento» (*labeling theory*) fue desarrollada en la década de 1960' y desde una perspectiva criminológica, sostuvo la desviación del comportamiento del individuo como consecuencia de una reacción social[1287]. De esta forma, los actos realizados por una persona no serían *per se* desviados, sino que dicha condición está dada por una calificación o etiqueta impuesta por el resto –mayoritario- de la sociedad.

Los Registros son precisamente la materialización de una *etiqueta* asociada al individuo, que produce reacciones sociales negativas. Al tenor de esta teoría, luego se distinguió entre la *desviación primaria* y la *desviación secundaria*. La *desviación primaria* respondería a factores sociales, biológicos y culturales, mientras que la *secundaria* está dada por la calificación de un *status* degradado producto de la reacción social, lo que tiene por consecuencia que el individuo tenga una *auto-concepción* de una persona «desviada»[1288].

Autores han sostenido que la respuesta político-criminal a los «delincuentes sexuales» es el resultado de un pánico moral [1289], concepto acuñado por el sociólogo STANLEY COHEN para definir la sobrerreacción de los medios de Inglaterra en la década de 1960', ante los disturbios en la ciudad producidos por grupos sub-culturales. Por tanto, mediante el concepto *pánico moral* se busca dar cuenta de una *reacción* por parte de la sociedad. Para que este *pánico* sea exitoso es necesario que se cumplan ciertas condiciones: (i) se necesita un enemigo adecuado; (ii) una víctima con la cual sea posible identificarse y (iii) se debe generar consenso de que es una problemática social y no de carácter individual e aislado[1290]. El *pánico moral* presupone la necesidad de adoptar una medida para hacer frente al problema del comportamiento de la «fuente de peligro» y la legislación, parece ser la respuesta paradigmática[1291].

En armonía con ello, a comienzos de la década de 1970' surgió un movimiento *conservador* abogando por una sobre-criminalización penal que se posicionó en la vanguardia político-criminal, lo cual ha sido considerado como uno de los mayores experimentos de ingeniería social jamás

[1287] SCHULTZ, C. 2014. *op.cit.* p.68
[1288] *Ibíd.* p.68
[1289] LOGAN, W. 2008. *op.cit.* p.60
[1290] FOCÁS, B. 2015. *op.cit.* p.196
[1291] ANDERSON, A. y SAMPLE, L. 2008. Public Awareness and Action Resulting from Sex Offender Community Notification Laws. Criminal Justice Policy Review. 19(4).p.390

emprendidos en Estados Unidos[1292]. Por *overcriminalization*, BERENGUER entiende el fenómeno en que el balance entre el control gubernamental formal y los sistemas informales de control social cambia en favor del *primero* frente a las leyes penales[1293]. En este sentido, O'MALLEY asocia las leyes Megan con políticas cercanas a los sectores más conservadores del neo-liberalismo[1294].

Para hacer frente a los ofensores sexuales, el Derecho Penal subvierte su naturaleza y opera como *prima ratio,* lo que quiere decir que se acude al recurso punitivo para prevenir ciertos comportamientos sin que exista un examen que permita concluir que su utilización es eficiente y necesaria[1295]. Precisamente, los mecanismos control en materia de delincuencia sexual no responden a la evidencia empírica, sino que se construyen a partir de premisas que básicamente se reducen a *creencias erradas de la comunidad*[1296].

Una de las herramientas más poderosas que tienen los países que se encuentran en guerra contra los *agresores sexuales,* es la habilidad de utilizar la propaganda para crear y perpetuar *mitos* (*stranger danger,* alta reincidencia, homogeneidad del ofensor sexual, entre otros) que sirven como un soporte para mantener la dialéctica contra el infractor[1297]. Debido a que los agresores sexuales son fácilmente subsumibles bajo el concepto de *amenaza a la seguridad* de los ciudadanos, esta sensación *acciona* a las propuestas legislativas, las cuales tienden a ser cada vez más punitivas[1298]. Por ello, se ha sostenido que los *registros de ofensores sexuales* son un sistema de control social represivo, en donde a través de un proceso legislativo, la sociedad define al *sujeto desviado* (ofensor sexual) como también al *comportamiento desviado* (delito sexual)[1299].

1.2.3. Proceso de formación de las leyes en materia de delitos sexuales

Los sistemas de propagación y notificación pública de antecedentes penales son uno de los ejemplos paradigmáticos del Derecho Penal de la Seguridad, en donde las propuestas legislativas (i) suelen estar precedidas por casos de alta connotación pública, lo que condiciona una reacción

[1292] BERENGUER MEGALE, E. 2011. *op.cit.* p.3
[1293] *Ibíd.* p.18
[1294] O'MALLEY, P. 2007. Experimentos en gobierno. Analíticas gubernamentales y conocimiento estratégico del riesgo. Buenos Aires, Revista Argentina Sociológica. 5(8). p.154
[1295] CARNEVALLI, R. 2008. *op.cit.* p.31
[1296] Véase el *Capítulo I, 2.6.1. El perfil del «delincuente sexual»*.
[1297] BERENGUER MEGALE, E. 2011. *op.cit.* p.23
[1298] VESS, J., DAY, A., POWELL, M. y GRAFFAM, J. 2011. *op.cit.* p.2
[1299] BERENGUER MEGALE, E. 2011. *op.cit.* p.5

punitiva más severa[1300] y (ii) tienen por preocupación primordial combatir la *peligrosidad del* «delincuente»[1301]. Basta remitirse a los procesos de formación de las leyes principales en la materia, en donde existe un patrón común que explica la primigenia de estas:

El proceso comienza con un macabro asesinato, en donde la víctima –generalmente un menor de edad- es abusada sexualmente. Luego, se lleva a cabo una investigación que decanta en la identificación de un sospechoso, que cuenta con antecedentes penales por delitos sexuales y fue liberado recientemente de la prisión. Por su parte, los familiares de la víctima no tenían conocimiento de la presencia del agresor en el vecindario[1302].

En una segunda etapa, intervienen los *medios de comunicación*. El impactante evento es cubierto y es objeto de vastos reportajes. Se van descubriendo más detalles del delito, lo que llama la atención de las cadenas informativas más grandes[1303].

La tercera fase ocurre cuando el legislador, ya sea a nivel estatal o federal, toma conocimiento del caso y entabla acercamientos con las familias de las víctimas. Apelando a la prevención, se refuerzan las medidas de monitorización post-penitenciarias o se diseñan nuevas estrategias de neutralización de ofensores sexuales. Con el apoyo de la familia de la víctima, el proceso legislativo suele ser rápido y la promulgación de la ley no sufre mayores controversias[1304].

Un aspecto relevante a apuntar es que estos eventos, que han condicionado y activado los procesos legislativos en la materia, se circunscriben en casos en que la víctima es asesinada por el victimario, lo que no es una constante en los ofensores sexuales, quienes tienen una menor tendencia a matar a sus víctimas que otro tipo de «delincuentes»[1305]. Por sus características, los casos expuestos infunden y promueve el *pánico moral* en la sociedad, lo que genera políticas públicas que se implementan de forma rápida y cuya eficacia y contenido son poco estudiados. Esta es una de las razones por las que la legislación punitiva en materia de delitos sexuales no suele tener buenos resultados[1306].

1.2.4. Grupos de presión y la exclusión de los expertos

[1300] TERRY, K. 2015. *op.cit.* p.114
[1301] ALONSO RIMO, A. 2012. *op.cit.* p.438
[1302] WRIGHT, R. 2008.*op.cit.*, pp.19-20
[1303] *Ibíd.* p.20
[1304] *Ibíd.* p.20
[1305] *Ibíd.* p.25
[1306] *Ibíd.* p.197

Por su parte, los movimientos sociales son factores activos dentro de la configuración de las políticas criminales que tienen por objeto a los «delincuentes sexuales», actuando como entidades que fuerzan el sistema a través de sus demandas. En este contexto, han ido adquiriendo relevancia los *grupos de presión de víctimas*[1307] o *lobby de víctimas*[1308]*,* entendidos como aquellas organizaciones o conjunto de personas, físicas o jurídicas, que buscan influir en *la política* para promover sus ideas dentro de un contexto económico determinado, incidiendo en el proceso de toma de decisiones mediante su actuación sobre los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y/o judicial), directamente o a través de de la opinión pública, con el propósito de moldear las políticas públicas y condicionar su implementación[1309]. Muestra de ello, es el hecho de que en Costa Rica se produjo una iniciativa legislativa de carácter popular, la cual estuvo condicionada por dos casos de secuestro y asesinato de niños y tuvo por objetivo crear un registro de «delincuentes» de menores y agravar las penas imponibles[1310].

Los llamados *gestores de la moral colectiva*[1311]*,* entre los que se encuentran grupos medioambientalistas, feministas y organizaciones no gubernamentales[1312], han adquirido relevancia en el último tiempo y encabezan una tendencia hacia la ampliación del Derecho Penal conforme a la protección de sus intereses[1313]. Estos grupos han presentado un giro, dado que en el pasado se vinculaban con *movimientos despenalizadores,* mientras que hoy en día son impulsores de políticas de criminalización o endurecimiento de las penas[1314].

Tal como se señaló a propósito de la *configuración del perfil del* «*delincuente*» *sexual,* dada la necesidad de responder directamente a la demanda de los grupos sociales, se ha excluido la participación de los expertos en materias jurídicas en el diseño de las políticas criminales y propuestas legislativas. Esto resulta paradójico, dado que los grupos de expertos son intervinientes *necesarios* para poder optimizar el proceso de creación de las leyes.

[1307] LOGAN, W. 2011c. *op.cit.* p.15
[1308] GARCÍA ARÁN. 2008. *op.cit*. p.44
[1309] *Ibíd.* p.51
[1310] DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. 2008. *op.cit.* pp.31-32
[1311] SILVA SÁNCHEZ, J-M. 2001. La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post-industriales. 2º Edición. Civitas Ediciones. p.66
[1312] Dentro de los grupos de presión, se encuentran comprendidos los grupos de *interés*, por los cuales se entiende aquellos actores del sistema social que desarrollan una "función de articulación de las aspiraciones de individuos o colectivos frente a los poderes públicos contribuyendo a proporcionar racionalidad, congruencia y viabilidad a las demandas de cuantos comportan una determinada posición frente a otros sectores del sistema social". SALAT PAISAL, M. 2014. *op.cit.* p.51
[1313] PROTECTING CHILDREN EVERYWHERE. 2011.*op.cit.* p.68
[1314] CARNEVALLI, R. 2008. *op.cit.* p.31

Una manifestación de lo expuesto se produjo en la discusión parlamentaria de la ley Nº 20.594. Si bien las Comisiones invitaron a eminencias del derecho penal nacional para que expusieran acerca del tema, y estos advirtieron la problemática asociada a la creación de un Registro Público y la introducción de la pena de inhabilidad *perpetua*, los alcances fueron desatendidos por los diputados y senadores, promulgándose finalmente un Registro cuyo formato había sido objeto de crítica por parte de los profesores.

1.2.5. Comprensión individualista de la delincuencia sexual

Los Registros Públicos son una fiel representación de una nueva comprensión individualista del fenómeno delictivo, la cual entiende que los diseños político-criminales deben atacar directamente al individuo que comete un determinado delito, en este caso, los pertenecientes a la constelación de delitos sexuales. A partir de ello, se deriva una concepción aflictiva del Derecho Penal, caracterizada por la predominancia de la *responsabilidad individual* con *prescindencia del contexto social*[1315]. Como señala DIEZ RIPOLLÉS, esto explica el declive del modelo de intervención penal llamado «resocializador», el cual bajo la ideología del *tratamiento* propugnaba que el Derecho Penal encontraba su legitimación en la capacidad para *resocializar* al «delincuente» y la cual se caracterizaba a grandes rasgos por: (i) proponer la reintegración en la sociedad del infractor; (ii) preponderancia de las condiciones personales y sociales al momento en que el sujeto delinque y la (iii) revalorización de los expertos en la materia a tratar[1316].

El autor señala que desde la década de 1970', el modelo «resocializador» sufrió un colapso debido a la falta de eficacia de los tratamientos implementados; se fue imponiendo la idea de que el énfasis en la resocialización del ofensor respondía a una *cortina de humo* que cubría las responsabilidad de la sociedad en el tema de la delincuencia; se criticó la intensa intervención en los derechos y personalidad del individuo que se pretendía reinsertar en la comunidad, además de producirse el resurgimiento de las propuestas que propendían por la «inocuización» y el efecto intimidatorio de la pena[1317].

El modelo punitivo en materia de delitos sexuales no se encuentra justificado desde la perspectiva político-criminal. En primer lugar, la prevalencia de los ataques sexuales en contra de

[1315] GARCÍA ARÁN. 2008. *op.cit.* p.43
[1316] DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. 2007. Los nuevos modelos de intervención penal. En: "La política criminal en la encrucijada", Editorial BdeF. pp.65-67
[1317] DÍEZ RIPOLLÉS. 2004. *op.cit.* p.5

menores no amerita una intervención tan *intensa* y *gravosa* como la que se ha expuesto. En Bogotá, Colombia, la incidencia de los delitos sexuales en contra de menores tiene una frecuencia inferior al 1%, en relación a la totalidad de delitos registrados en el país referido. Dicha cifra se encuentra en consonancia con las estadísticas internacionales, en donde los delitos sexuales tienen un nivel de *prevalencia bajo*[1318]. Lo señalado se contrapone a la atención mediática que tienen este tipo de delitos, promovida por factores como los medios de comunicación y los grupos de presión de las víctimas. Además, los agresores sexuales tienen un bajo porcentaje de reincidencia, en comparación con otro tipo de delincuencia, como ya se demostró en los parágrafos anteriores.

Conforme a lo expuesto, la propuesta político-criminal que se ve manifestada en los Registros Públicos, responde a una sociedad que busca la explicación en los factores individuales del «delincuente», *sin atender a los problemas sociales*. El «delincuente sexual» es puesto en el centro del discurso, en donde ya no es posible re-socializarlo, puesto que la desviación atiende a cuestiones de carácter personal, lo que explica que no quede más opciones que el *castigo*[1319].

Actualmente, la literatura da cuenta de teorías que se enmarcan en la *criminology of the other*, en donde el ciudadano cumplidor de la ley se ve contrastado con el «delincuente» *como el otro*[1320]. El «derecho penal del enemigo» se construye sobre dicha distinción, según la cual algunos individuos deben ser *considerados* como «ciudadanos» y otros *tratados* como «enemigos»[1321]. El «Derecho Penal del Enemigo» se caracteriza por tres elementos: (i) el adelantamiento de la punibilidad, adoptando el ordenamiento jurídico-penal un cariz *prospectivo* (siendo el hecho futuro el punto de referencia); (ii) las penas previstas son desproporcionalmente altas y (iii) determinadas garantías procesales son relativizadas e inclusive suprimidas[1322]. Según JAKOBS, el «Derecho Penal del ciudadano» y el «Derecho Penal del enemigo» no corresponden a dos esferas aisladas, sino dos polos de *un solo mundo,* en tanto el terrorista más alejado de la esfera ciudadana es tratado –al menos en términos formales- como *persona,* al concedérsele derechos en un proceso penal que asisten a todo *ciudadano*[1323].

Según FERRAJOLI, en su fórmula *descriptiva*, el *derecho penal del enemigo* responde al viejo esquema del *enemigo del pueblo* –de memoria estalinista- y el modelo penal nazi *tipo normativo de*

1318 VÉLEZ RODRÍGUEZ, L. 2007. ¿Se encuentra justificada la actual política criminal contra agresores sexuales?, Nuevo Foro Penal, Nº71, pp.95-96
1319 GARCÍA ARÁN. 2008. *op.cit.* p.43
1320 THOMAS, T. 2011. *op.cit.* p.155
1321 NÚÑEZ LEIVA, J.I. 2009. Un análisis abstracto del Derecho Penal del Enemigo a partir del Constitucionalismo Garantista y Dignatario. Política Criminal. 4(8). Art.3. p.385
1322 JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M. 2003. *op.cit.* pp.79-81
1323 *Ibíd.* pp.21-22

autor[1324]. Detrás de este, opera una lógica de guerra que se remite a las prácticas punitivas del modelo del terrorismo penal, experimentado por las dictaduras latinoamericanas en los años sesenta y setenta[1325].

En su sentido *normativo*, entendido como un modelo o paradigma punitivo, el autor refiere que el esquema bélico del derecho penal del enemigo contradice radicalmente a la idea misma del derecho punitivo en sus elementos y momentos[1326]. En primer lugar, implica una deformación del *principio de legalidad,* en tanto la determinación de lo punible está dada *por el reo* con *independencia del delito,* castigándose por «lo que se es» y no por «lo que se hace»[1327]. En este sentido, en términos normativos, el presupuesto de la pena no es *la realización del delito* sino una cualidad personal con criterios potestativos como los de *sospechosos* o *peligrosos*[1328]. En segundo lugar, se trastoca la naturaleza *del juicio penal,* quebrantándose todas las garantías procesales, en donde la identificación del delincuente como *enemigo,* convierte a su vez al juez en *enemigo del reo,* perdiéndose la imparcialidad. El proceso se transforma en un momento de «lucha» contra la criminalidad no informativo, dejando de ser un procedimiento de verificación empírica de las hipótesis de acusación, convirtiéndose en una inquisición de la persona sobre la subjetividad sustancialmente enemiga o amistada[1329].

Respecto de los ofensores sexuales, la distinción entre «ellos» y «nosotros», erigida sobre el carácter *incurable* de los primeros, opera como una justificación de las políticas de índoles retributivas y excluyentes que buscan *inocuizar* al «delincuente». Esto es una manifestación de la concepción del Derecho Penal que ha predominado en la actualidad, conforme a la cual se *prescinde* de la orientación re-socializadora[1330], que pretende dar legitimidad a una política que se dirige a un *desmonte* de las relaciones sociales, imponiéndose una lógica de enemistad[1331] y en donde el castigo punitivo se ha transformado en la nueva norma[1332].

El enfatizar el problema a nivel individual conlleva el abandono de otras materias problemáticas estructurales, tales como el desamparo, la pobreza, la explotación laboral infantil,

---

1324 FERRAJOLI, L. 2007. El Derecho Penal del Enemigo y la disolución del derecho penal. Puebla. México. IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C. Nº19. p.8
1325 *Ibíd.* p.9
1326 *Ibíd.* p.12
1327 *Ibíd.* p.13
1328 *Ibíd.* p.13
1329 *Ibíd.* pp.13-14
1330 GARCÍA ARÁN. 2008. *op.cit.* p.56
1331 VÉLEZ RODRÍGUEZ, L. 2007. *op.cit.* p.111
1332 WORLEY, R.M. y WORLEY, V.B. 2013. The sex offender next door: deconstructing the United State's obsession with sex offender registries in an age of neoliberalism. International Review of Law, Computers & Technology. Vol.27(3). p.343

entre otras.[1333] Además, producto de que los Registros implican una transferencia en la gestión de la seguridad desde los órganos institucionalizados a la sociedad civil, el actuar de esta última condiciona la finalidad de los mecanismos registrales, desplazando el afán por lograr la *inclusión social* de los ofensores en pos de garantizar la *exclusión social* de los mismos[1334].

1.2.6. Conclusión

A modo de conclusión, la política-criminal en materia de delincuencia sexual, materializada en los Registros y sistemas de notificación, se construye sobre una lógica adversativa que entiende al ofensor sexual como «el otro», siendo el enemigo de los controles socio-políticos formales y los grupos de presión informales. El problema radica en que la pretensión neutralizadora se torna en un fenómeno de *institucionalización de la ignominia,* en tanto se prescinde de toda idea re-socializadora en pos de una represión punitiva que no responde propiamente a una voluntad de tratar la delincuencia sexual de la forma más óptima para efectos de su control y reducción, sino en conveniencia de sustentar un modelo excluyente para los «focos de peligro» de la sociedad, los cuales suelen ser inducidos por la producción de un *pánico social* condicionado por las políticas de justicia criminal.

La idea de seguir considerando a los ofensores sexuales como los «enemigos» a los cuales sólo hay que reprimir mas no reinsertar en la sociedad, opera como una validación de los Registros y sistemas de notificación, lo cual se reduce a una fase primaria que no admite el examen de la eficacia en concreto de los mecanismos en comento, sino que basta aducir a la peligrosidad del grupo afecto a este tipo de políticas para fundamentar la instauración de las medidas atingentes. Si bien un modelo «resocializador» no asegura extirpar la delincuencia sexual, de todas formas propende por una comprensión estructural de la problemática del fenómeno criminal, en tanto no la reduce a la responsabilidad individual que sólo debe ser *reprimida* e *inocuizada*, puesto que lo artificioso de este modelo finalmente se traduce en mecanismos que no son sometidos a un examen de idoneidad para combatir *un* fenómeno *al* que finalmente termina por perpetuar.

[1333] VÉLEZ RODRÍGUEZ, L. 2007. *op.cit.* p.106
[1334] DÍEZ RIPOLLÉS. 2004. *op.cit.* p.19

§ 2. Críticas funcionales

Examen de idoneidad de los Registros y sistemas de notificación de agresores sexuales

*** Sumario**

2. Críticas funcionales: Examen de idoneidad de los Registros y sistemas de notificación. 2.1. Premisas que sostienen la (supuesta) eficacia de los Registros Públicos - 2.2. Supuesto hipotético de eficacia de los Registros - 2.2.1. Efectos co-laterales en los agresores sexuales, familiares, víctimas y la comunidad - 2.2.1.1. Agresor sexual - 2.2.1.1.1. Barreras de reintegro - a. Barreras comunitarias - b. Barreras individuales - c. Barreras estructurales - d. Barreras formales - 2.2.1.1.2. Estudios acerca de los efectos - 2.2.1.1.3. Casos concretos - 2.2.1.1.4. Subversión del (debido) carácter privado de los antecedentes penales - 2.2.1.1.5. Registro de agresores sexuales adolescentes - 2.2.1.1.6. Conclusión - 2.2.1.2. Familiares del registrado - 2.2.1.3. Víctimas - 2.2.1.4. Comunidad - 2.2.2. Contravención del orden normativo constitucional - 2.2.2.1. Afectación al derecho a la intimidad del condenado - 2.2.2.2. Afectación a la dignidad humana - 2.2.2.3. Aplicación retroactiva y ley *ex post facto* -2.2.2.3.1. Corte Suprema de Estados Unidos - 2.2.2.3.2. Cortes Supremas (Estado) - a. New Hampshire - b. Maine - 2.2.2.3.3. Corte de Apelaciones: Maryland - 2.2.2.4. Principio de Legalidad - 2.2.2.5. Debido Proceso - 2.2.2.5.1. Concepto - 2.2.2.5.2. Jurisprudencia - 2.2.3. La teoría del mosaico y los sistemas de notificación - 2.3. Los Registros Públicos no son eficaces para prevenir la reincidencia delictiva - 2.3.1. Falsa sensación de seguridad - 2.3.2. Problemas relativos a la gestión y diseño de los Registros - 2.3.2.1. Implementación - 2.3.2.2. Inclusión axiomática en categorías del riesgo asociado - 2.3.2.3. Sobrecarga del sistema por sobrepoblación de registrados - 2.3.2.4. Gestión de la seguridad por parte de la comunidad - 2.3.3. Evidencia empírica de la (in)eficacia de los Registros - 2.3.4. Disminución de las tasas de abuso sexual en EE.UU - 2.4. Conclusión respecto de la eficacia de los Registros - 2.5. Comentario del Registro de inhabilidades chileno - 2.6. Propuesta modelo explicativo del déficit de eficacia - 2.7. Panorama general de críticas elaboradas sobre los sistemas de registro y notificación

Alcances preliminares

Cuando se produce un delito sexual, las víctimas sufren las consecuencias en carne viva, ya sean *menores de edad* -quienes presentan una sintomatología que se manifiesta en ansiedad, depresión, desórdenes alimenticios, desórdenes postraumáticos, culpa, miedo, pensamientos auto-destructivos, conductas altamente sexuales en menores de edad, retraimiento social, neurosis, trastornos somáticos, delincuencia, problemas de aprendizaje escolares e hiperactividad, entre otros-[1335] o *adultos* –cuya sintomatología presenta trastornos del sueño, depresión, ideación suicida, trastornos alimenticios, baja autoestima, disfunciones sexuales, disfunciones en relaciones sentimentales, desconfianza hacia los demás, adicción al sexo y somatización, entre otros-[1336].

[1335] En este sentido, FINKELHOR, D. 1993. *op.cit.* p.212 y THARINGER, D., KRIVACSKA, J. 1988. Prevention of Child Sexual Abuse: An Analysis of Issues, Educational Programs and Research Findings. School Psychology Review. 17(4). p.614

[1336] LARROTA CASTILLO, R. y RANGEL-NORIEGA, K. 2013. *op.cit.* p.106

Formalmente, a los Registros se le han reconocido ciertas aptitudes para tratar la delincuencia sexual y en específico, al ofensor sexual: (i) permiten optimizar el trabajo de los órganos policiales y de la justicia; (ii) generan la oportunidad para impartir educación pública acerca de los agresores sexuales y su prevención; (iii) motivan a los agresores sexuales a cambiar su comportamiento y (iv) permiten la identificación hacedera de los mismos[1337]. Sin embargo, la *aptitud* de una medida político-criminal, necesariamente debe ser sometida a un examen que respalde empíricamente su idoneidad para cumplir ciertas finalidades, puesto que en caso contrario, las premisas referidas quedarían reducidas a *propósitos* sin un correlato práctico que finalmente legitime la imposición de los mecanismos de monitorización y neutralización de individuos condenados.

A continuación pretendo rebatir la asunción de que los Registros Públicos (i) permiten prevenir la reincidencia de los agresores sexuales y (ii) aumentan la seguridad de la comunidad, particularmente en lo que respecta a menores de edad. En particular, el análisis se circunscribirá a un aspecto *funcional,* en tanto sostengo que los Registros no son mecanismos idóneos para lograr las finalidades que justifican su implementación, ya sea por el impacto devastador que producen en las agresores sexuales o por un *déficit de eficacia*.

2.1. Premisas que sostienen la (supuesta) eficacia de los Registros Públicos

Una de las preguntas esenciales respecto de los Registros Públicos consiste en si estos son capaces de prevenir la reincidencia de los ofensores sexuales o bien, si logran reducir el miedo de la población ante el fenómeno delictivo. El principal problema de estas interrogantes radica en la falta de evidencia empírica que permita dilucidar la (no) satisfacción de los propósitos formalmente declarados[1338].

La premisa que sustenta la eficacia de los *Registros* y *sistemas de notificación* refiere que al informar al público de la presencia de agresores sexuales en los vecindarios de la comunidad, se dota a la ciudadanía con herramientas de auto-gestión de seguridad, materializada en la adopción de acciones de resguardos y mérito correspondientes para lograr la protección de sus integrantes, particularmente los menores de edad. Sin embargo y como se verá a continuación, esto no es más que un *desiderátum*.

[1337] U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. 2008a. *op.cit.* pp.10-11
[1338] THOMAS, T. 2011. *op.cit.* p.146

Los Registros Públicos presentan dos problemas que atentan contra su idoneidad como mecanismo político-criminal: (i) en cuanto a sus *efectos*, los cuales se extienden tanto a los ofensores sexuales como a la misma comunidad y (ii) en cuanto a su *eficacia*, dado que no se ha demostrado que reduzcan la reincidencia de los individuos condenados por delitos sexuales ni que efectivamente otorguen protección a la comunidad ante este tipo de modalidad delictiva[1339].

El discurso en favor de los Registros Públicos parte de premisas funcionales al objetivo que pretende satisfacer: en primer lugar, que todo individuo condenado por delitos sexuales en contra de menores implica un riesgo –con gradaciones en cuanto a la peligrosidad subjetiva- y en segundo lugar, el Registro tiene la aptitud para reducir y marginalizar el *riesgo de reincidencia* latente. Por tanto, la pretensión nuclear del sistema registral consiste en *evitar* la reincidencia de los sujetos afectos a ser registrados.

De lo expuesto, en abstracto se pueden colegir dos posibles hipótesis: (i) los Registros Públicos son eficaces previniendo la reincidencia de comportamientos sexuales punibles; o bien (ii) los Registros Públicos *no* son eficaces, en tanto no evitan la comisión de delitos sexuales por parte de individuos reincidentes.

2.2. Supuesto hipotético de eficacia de los Registros

Si de antemano se considera válida la hipótesis de que los Registros Públicos son *eficaces* -sin atender por *ahora* a la evidencia empírica-, de todas formas es posible refutar su *idoneidad* como mecanismo de intervención penal por las consecuencias que produce su implementación, las cuales *no* pueden ser permitidas en un estado de Derecho[1340].

Desde la perspectiva del registrado, los Registros Públicos afectan su privacidad; impiden que este pueda reinsertarse en la comunidad, lo que conlleva al ostracismo social; disminuye las posibilidades de empleo y oportunidades de surgimiento; inducen al suicidio; promueven las injurias, la vigilancia constante y la violencia, efectos que no se reducen sólo a la persona del agresor, sino también se extienden a sus familias y círculos cercanos[1341].

La explicación del fenómeno de persecución, denostación y agresiones en contra de los registrados encuentra su explicación en el hecho de que los *sistemas de notificación* infunden *terror* en

[1339] HUMAN RIGHTS WATCH. 2007. *op.cit*. p.10
[1340] ALONSO RIMO, A. 2012. *op.cit.* p.465
[1341] HUMAN RIGHTS WATCH. 2007. *op.cit*.p.7

la población[1342]. En este sentido, se ha reconocido que la notificación comunitaria no sólo empodera a la comunidad, sino que también induce e instala una sensación de pánico[1343].

En el supuesto hipotético de que los Registros Públicos sean eficaces (en tanto logran la consecución de los fines que pretenden satisfacer), aún presentarían problemas constitucionales que permiten cuestionar la legitimidad de los mecanismos registrales como herramientas político-criminales conformes a derecho.

2.2.1. Efectos co-laterales en los agresores sexuales, familiares, víctimas y la comunidad

2.2.1.1. Agresor sexual

2.2.1.1.1. Barreras de reintegro

Respecto a los efectos que ya se han señalado, WACQUANT identifica un fenómeno al que denomina *Megan's Flight,* el cual consiste en que los ex condenados se encuentran obligados a deambular bajo el odio constante de los residentes de la comunidad y a mantenerse bajo la vigilancia de las autoridades o pasar a la clandestinidad para evitar las humillaciones y degradaciones públicas[1344].

El agresor, al ser liberado de prisión o mientras cumple su pena en libertad, se ve imposibilitado de reinsertarse en la comunidad, producto de *barreras* que complejizan las instancias de inclusión:

(a) Barreras comunitarias

En términos generales, la condena por cualquier delito de gravedad a menudo conlleva: obstáculos para encontrar empleo, negación de beneficios públicos, disminución de las oportunidades educativas, privación de derechos, entre otros[1345], lo cual se ve intensificado al

[1342] WALKER, A. 2001. *op.cit.* p.6
[1343] BEDARF, A. 1995. *op.cit.* p.906
[1344] WACQUANT, L. 2010. *op.cit.* pp.317-318
[1345] LEVENSON, J., GRADY, M., y LEIBOWITZ, G. 2016. *op.cit.* p.11

informar de la presencia del ofensor sexual en la comunidad mediante notificaciones, traduciéndose en una merma de las posibilidades de reintegro y realización de una vida productiva[1346]. Lo referido encuentra explicación en los sentimientos negativos del público contra los ofensores sexuales, los que pueden generar una oposición activa de la ciudadanía ante la instancia de que estos individuos vivan en la comunidad, excluyéndolos o atentando contra ellos[1347].

Al tenor de lo expuesto, THOMAS afirma que una de las razones de los altos niveles de cumplimiento de las obligaciones de registro en Reino Unido ha sido que *no* se ha implementado el sistema de *notificación comunitaria,* el cual permite identificar al ofensor sexual, lo que provocaría en este un rechazo a cumplir con el registro[1348]. La amenaza de ser *identificado públicamente* tiene por consecuencia el deseo de desaparecer del radar de la comunidad, para no verse expuesto a ataques y asedios por parte de los ciudadanos.

(b) Barreras individuales

A nivel psicológico, los ofensores suelen presentar síntomas como vergüenza, estigma, soledad, ansiedad, depresión y desesperanza[1349], lo que produce que estos prefieran alejarse de la sociedad[1350].

(c) Barreras estructurales

En virtud de las restricciones económicas, los ofensores sexuales ven limitadas sus opciones de vivienda por lo que no pueden asentar una residencia estable. Esto tiene por consecuencia la desorganización de sus vidas, desfavorecidos y carentes de capital social, lo que les dificulta recurrir a apoyos pro-sociales y a viviendas adecuadas; asegurar un empleo y acceder a recursos que les permitirían estabilizarse[1351]. Cabe señalar que la falta de oportunidades laborales produce la relegación del individuo, quien al verse falto de un contexto favorable para poder

[1346] BEDARF, A. 1995. *op.cit.* p.910
[1347] U.S. DEPARTMENT JUSTICE. 2008a. *op.cit.* p.12
[1348] THOMAS, T. 2011. *op.cit.* p.135
[1349] LEVENSON, J., GRADY, M., y LEIBOWITZ, G. 2016. *op.cit.* p.11
[1350] THOMAS, T. 2011. *op.cit.* p.142
[1351] U.S. DEPARTMENT OF JUSTICEa. 2008. *op.cit.* p.12

reafirmar su *status* de ciudadano podría verse privado de toda motivación para corregir su conducta, quedando condicionado como una verdadera «fuente de peligro».

(d) Barreras formales

Las barreras formales comprenden las medidas de neutralización del ofensor, tales como las restricciones de residencia y libertad, las monitorizaciones electrónicas y los mismos sistemas de registro y notificación[1352]. En este sentido, la notificación comunitaria tiene un contenido simbólico, en tanto informa y trata al ex condenado como un *criminal,* lo que presupone que este *no* cuenta con las aptitudes apropiadas para ser un miembro productivo al interior de la sociedad.

2.2.1.1.2. Estudios acerca de los efectos

MERCADO, ÁLVAREZ y LEVENSON (2008) llevaron a cabo una investigación que examinó el impacto de la notificación comunitaria y las restricciones de residencia en una muestra de 137 ofensores sexuales de alto riesgo (Nivel II y Nivel III), enlistados en el Registro de New Jersey. Los efectos que se constataron fueron los siguientes:

Linchamientos («barrera comunitaria»): el 48% de los ofensores denunció haber sido amenazado o acosado físicamente, mientras que el 11% reportó ser víctima de agresiones físicas. El 27% sufrió daños en su propiedad y el 34% indicó que alguien que vivía con ellos fue amenazado, acosado, golpeado o experimentó daños en su propiedad[1353].

Consecuencias emocionales y sociales («barrera individual»): la mayoría estuvo de acuerdo en que el sistema de notificación causó mayor estrés en sus vidas; que la vergüenza les impedía participar de actividades sociales; que perdieron amistades cercanas y que predomina una sensación de soledad, habiendo menos esperanza para el futuro teniendo el *status* de registrado[1354].

Empleo y vivienda («barrera estructural»): el 52% reportó haber perdido sus empleos como consecuencia de la notificación comunitaria. Otro porcentaje señaló haber tenido que mudarse de las viviendas arrendadas, ya sea porque el arrendador (24%) o los vecinos (20%) se enteraron de que eran ofensores sexuales. El 4% tuvo que abandonar la vivienda de la que era propietario[1355].

[1352] THOMAS, T. 2011. *op.cit.* p.142
[1353] CALKINS MERCADO, C., ÁLVAREZ, S. y LEVENSON, J. 2008. *op.cit.*, pp.194-195
[1354] *Ibíd.* pp.195-196
[1355] *Ibíd.* p.194

LEVENSON y COOTER (2005) realizaron un estudio con el propósito de comprender las consecuencias positivas y negativas de la *Megan's Law*, tanto en la comunidad como en lo que respecta a la reinserción y rehabilitación de los agresores sexuales. Para ello, buscaron resolver dos interrogantes: (i) cuáles eran las experiencias y percepciones de los ofensores sexuales acerca de los efectos de la *Megan's Law* y (ii) si los diferentes tipos de estrategias de notificación producían efectos diferentes[1356]. Para ello, se utilizó a modo referencial el Registro del estado de Florida, el cual no tiene evaluación y medición del riesgo individual y por ende, todos los ofensores están sujetos a la notificación pública. La muestra estuvo compuesta por 183 ofensores sexuales sujetos a tratamientos ambulatorios en Centros de asesoramiento de Florida y Tampa[1357].

Respecto de la pregunta acerca de las *experiencias y percepciones de los ofensores sexuales*, el 27% perdió su empleo luego de que los jefes y compañeros de trabajo se enteraran del *status* de registrado; el 20% tuvo que abandonar el inmueble donde vivían por decisión del arrendador y 15% por reclamos de los vecinos; el 33% fue amenazado o acosado por vecinos; el 5% refirió haber sufrido daño físico por alguien; el 21% que su propiedad fue dañada y el 19% señaló que sus familiares o cercanos también han sido amenazados, acosados, golpeados o sufrieron daños en su propiedad. Además, se verificaron como efectos negativos, la producción de estrés, sensación de soledad e aislamiento, pérdida de amigos, miedo por la seguridad, vergüenza de participar en actividades, entre otros[1358]. En cuanto a la pregunta acerca de los *efectos que generarían las estrategias de notificación*, los ofensores que vivían en vecindarios en donde se repartían *flyers* y se hacían advertencias puerta a puerta, de forma más frecuente abandonaban sus hogares o apartamentos; las reuniones comunitarias se asociaron a amenazas, acosos y daño en la propiedad de los ofensores; los anuncios en los periódicos también aumentaron las amenazas y el acoso, además de contribuir al sufrimiento de aquellos que vivían con el registrado[1359].

Otro estudio de LEVENSON (2007), tuvo por finalidad examinar el impacto de las leyes de registro y notificación de ofensores sexuales, en los estados de Indiana y Connecticut, para efectos de comprender las consecuencias previstas e imprevistas de las leyes referidas[1360]. En la muestra de

---

1356 LEVENSON, J.S. y COTTER, L.P. 2005a. The effect of Megan`s Law on Sex Offender Reintegration. Journal of Contemporary Criminal Justice. 21(2). p.53

1357 *Ibíd.* p.54

1358 *Ibíd.* p.58

1359 *Ibíd.* p.58

1360 LEVENSON, J.S., D'AMORA, D.A. y HERN A.L. 2007. Megan´s Law and its Impact on Community Re-Entry for Sex Offenders. Behavioral Sciences and the Law 25. p.591

239 de ofensores sexuales en tratamiento en Indiana y Connecticut, producto de los registros y sistemas de notificación se reportaron la pérdida de empleos, amenazas, acosos, daños en la propiedad y efectos negativos en familiares[1361]. Además, la mayoría acusó haber sufrido experiencias *psico-sociales* producto de la difusión pública de información, tales como aislamiento, vergüenza y desesperanza[1362]. De todas formas, también cabe consignar que los ofensores identificaron aspectos positivos de la *Ley Megan*, como la motivación de no reincidir para prevenir ataques en contra (78%); que las personas que conocían del *status* del registrado, de todas formas fueron un soporte en la recuperación (58%) y que la comunidad era más segura sabiendo dónde estaban los ofensores (34%) y[1363].

En cuanto a la *percepción* que tienen los ofensores sexuales acerca de los Registros, se pueden mencionar los siguientes estudios:

El primero fue realizado por BRANNON, LEVENSON, FORTNEY y BAKER (2007), el cual comparó las percepciones existentes entre ofensores sexuales y los miembros de la comunidad respecto de la *eficacia*, *justicia* e *impacto* de los Registros Públicos. La encuesta fue realizada a un total de 318 personas, de las cuales (a) 125 eran agresores sexuales reincidentes que recibieron un tratamiento ambulatorio y (b) 193 adultos miembros de la comunidad (no agresores)[1364]. A ambos grupos [(a)-(b)] se les realizaron las mismas preguntas. Entre ellas, se consultó si consideraban que el sistema de notificación a la comunidad era *justo*, ante lo cual el 70% de [(a)] los agresores sexuales consideró que el mecanismo de notificación era *algo injusto* o derechamente *injusto* mientras que [(b)] la mayoría del público respondió que eran *justos* y sólo el 22% los consideraba *injustos*, siendo una diferencia significativa entre ambos grupos[1365]. En consecuencia, mientras los agresores sexuales refirieron que los Registros Públicos son *inefectivos* e *injustos*, la comunidad entiende que son que *efectivos* y *justos*[1366]. Esto da cuenta de las diferentes percepciones que versan sobre el mecanismo registral, según el grupo de la población al que se le consulte, ya sea la comunidad (entendida como potencial víctima) o el victimario. Entre las implicancias que concluye el estudio, se señaló que las notificaciones pueden intensificar la percepción negativa que

---

1361 *Ibíd.* pp.593-594
1362 *Ibíd.* p.594
1363 *Ibíd.* p.594
1364 BRANNON, Y., LEVENSON, J., FORTNEY, T. y BAKER, J. 2007. Attitudes about Community Notification: A Comparison of Sexual Offenders and the Non-offending Public. Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment. 19(4). p.372
1365 *Ibíd.* p.374
1366 *Ibíd.* p.378

tiene la comunidad respecto de los ofensores, lo que genera un contexto desfavorable para la reinserción. Esta lógica adversativa entre ambas partes, puede generar sentimientos de resentimiento y cuestionamientos de las normas sociales por parte de los agresores sexuales, lo que desemboca en una mayor tendencia a la reincidencia.[1367]

En similar sentido, TEWKSBURY y LEES (2007) llevaron a cabo un estudio sobre la percepción que tenían los ex condenados acerca de los Registros de ofensores sexuales como una herramienta de seguridad pública[1368]. Se realizaron 22 entrevistas con agresores sexuales registrados[1369]. En términos abstractos, respecto del *valor* que tienen los Registros Públicos, la *mayoría* de los ofensores reconoció que es una herramienta que potencialmente puede ser útil para lograr la seguridad pública, lo cual se asienta en la creencia de que los ciudadanos consultan efectivamente el mecanismo[1370]. Por lo mismo, algunos pusieron en duda su eficacia, ya que para lograr sus propósitos se requeriría que los individuos estén constantemente accediendo vía internet y efectuando búsquedas[1371]. Respecto a la *aptitud de evitar la reincidencia*, las percepciones fueron *mixtas*, siendo más común la idea de que el registro es altamente *ineficiente* e *inefectivo* para disuadir a los ofensores de reincidir[1372]. Expresaron la necesidad de mejorar la categorización de los registros según la peligrosidad de los ofensores, dado que la falta de distinción puede llevar provocar frustración[1373], lo que se manifiesta en el fuerte deseo de distinguirse de los «agresores sexuales de verdad», puesto que muchos de ellos no se ven como «ese tipo de personas»[1374]. Esto da cuenta de una sensación de injusticia, también vinculada con el hecho de que existen otro tipo de «delincuentes» violentos que no son registrados[1375].

2.2.1.1.3. Casos concretos

BERENGUER MEGALE, en su tesis de que los Registros tienen por consecuencia la «muerte social» (*social death*) del ex condenado, comparte el caso de Frank Rodríguez, quien a los

1367 *Ibíd.* p.378
1368 TEWKSBURY, R. y LEES, M. 2007. Perceptions of punishment: How Registered sex offenders view registries. Crime & Delinquency. 53 (3). p.388
1369 *Ibíd.* p.390
1370 *Ibíd.* pp.391-392
1371 *Ibíd.* pp.392-393
1372 *Ibíd.* p.393
1373 *Ibíd.* p.394
1374 *Ibíd.* p.395
1375 *Ibíd.* p.397

diecinueve años mantuvo relaciones sexuales con su pareja de quince, de forma consensual, lo que de todas formas contravenía la normativa de Texas. Tras ser condenado, fue obligado a abandonar el hogar en el que vivía con sus padres, dado que no le estaba permitido estar bajo el mismo techo que su hermana de doce años. Entre las consecuencias de la condena que se extienden hasta la actualidad, se cuenta que no puede acercarse a parques, piscinas o cualquier locación a los cuales concurran –frecuentemente- menores de edad. Paradójicamente, se encuentra casado por más de 15 años con la misma pareja que tenía a los diecinueve. Producto de la relación, nacieron cuatro hijas –a las que no puede recoger después de la Escuela- y con las que vive marginalizado de la sociedad. Frank Rodríguez está *socialmente muerto,* al igual que su familia[1376].

En julio de 1993, Joseph Gallardo, ofensor sexual de 35 años, fue liberado de prisión tras cumplir parte de su condena por una violación contra una menor de 10 años. La policía del condado repartió volantes señalando que Gallardo era un «sádico» que tenía fantasías sexuales desviadas, las que incluían tortura, violación, sacrificios humanos, dominación y el asesinato de menores de edad. El día del retorno a su casa, esta fue incendiada por desconocidos[1377]. En otros casos, vecinos han lanzado huevos a los hogares de ex condenados y amenazado a los familiares de estos[1378].

A su vez, personas registradas han sido objeto de ataques que han terminado inclusive en la muerte de los registrados: en el año 2004, en el Estado de New Hampshire, Lawrence Trent de 57 años mató a dos personas que estaban incluidas en un registro de ofensores sexuales on-line[1379]. De similares características, en septiembre del año 2005, Michael A. Mullen fue acusado por el homicidio de dos ex convictos, admitiendo a la policía que su motivación de ponerle término a la vida de sus víctimas nació luego de que los nombres de estos aparecieron en un

---

1376 BERENGUER MEGALE, E. 2011. *op.cit.* p.2

1377 NEW YORK TIMES. 1993. Protests force sex offender to move from second town. NY Times 20 july 1993 <http://www.nytimes.com/1993/07/20/us/protests-force-sex-offender-to-move-from-second-town.html> [consulta: 28 enero 2017];
LOS ÁNGELES TIMES. 1993. Released sex offender hounded in Northwest: Legal: Community burns down house after hearing child rapist would be returning to his hometown. LA Times 01 de agosto 1993 <http://articles.latimes.com/1993-08-01/news/mn-19079_1_law-enforcement> [consulta: 28 enero 2017];
KAMINSKY, J. 2011. Washington's Screwed-up sex-offender registry. Seattle Weekly News 30 de Agosto 2011 <http://archive.seattleweekly.com/2011-08-31/news/washington-s-screwed-up-sex-offender-registry> [consulta: 28 enero 2017]

1378 BEDARF, A. 1995. *op.cit.* p.908

1379 AHUJA, G. 2006. Sex Offenders registries: putting lives in risk? [en línea] ABCNews en internet. 18 de abril, 2006 <http://abcnews.go.com/US/story?id=1855771&page=1> [consulta: 28 diciembre 2017]

registro público de internet[1380]. En el año 2006, dos ofensores sexuales ingresados en el Registro de Maine fueron asesinados por un hombre canadiense, en base a la información que le proveyó el registro on-line[1381]. En junio del año 2016, terceros dieron muerte a un ex condenado[1382].

2.2.1.1.4. Subversión del (debido) carácter privado de los antecedentes penales

En esta materia, existe una presunción generalizada de que el hecho de poseer antecedentes penales puede producir importantes consecuencias en el ejercicio de los derechos cívicos y en el futuro laboral del individuo, operando como una pena *invisible* que se adiciona a la impuesta[1383].

La publicidad de los antecedentes criminales genera un impacto económico en los ex condenados, configurándose como un *currículum vitae negativo*, lo que redundaría en una afectación del bienestar económico de los agresores tanto a corto como a largo plazo[1384]. Entre sus efectos principales, se encuentra la disminución de oportunidades de vivienda para los infractores condenados[1385].

La revisión de antecedentes penales también puede dar paso a una discriminación laboral que dificulte la reinserción en la sociedad del ofensor sexual, convirtiéndose en una base informal de *facto* para la no contratación de los individuos registrados[1386]. Para el empleador, la comprobación de antecedentes penales funciona como una herramienta que permite verificar la idoneidad laboral de las personas, conforme a la cual decidirá si lleva a cabo una contratación específica[1387]. La lógica subyacente detrás de la comprobación de antecedentes es una especie de *determinismo conductual* que se sustenta en la premisa que si una persona cuenta con una condena previa, esto es un indicio para predecir futuros comportamientos incompatibles con las labores en las que debe desempeñarse.

1380 NEW YORK TIMES. 2005. Man charged in killings of sex offenders. [en línea] NYC Times, Estados Unidos, 07 de septiembre 2005 <http://www.nytimes.com/2005/09/07/us/man-charged-in-killings-of-sex-offenders.html?_r=0> [consulta: 28 enero 2017]
1381 CARPENTER, C. y BEVERLIN, A. 2012. *op.cit.* p.1129
1382 12 NEWS. 2016. Sex offender found bound, killed in Phoenix auto parts shop. 12 News, Estados Unidos, Arizona, 07 de junio de 2016. <http://www.12news.com/news/local/valley/sex-offender-found-bound-killed-in-phoenix-auto-parts-shop/235997481> [consulta: 28 enero 2017]
1383 JACOBS, J. y LARRAURI, E. 2010. *op.cit.* p.3
1384 LOGAN, W. 2013. *op.cit.* p.1107
1385 *Ibíd.* p.1108
1386 *Ibíd.* p.1107
1387 LARRAURI, E. y JACOBS. J. 2011. *op.cit.* p.2

Por su parte, la exigencia de comprobar antecedentes penales en cualquier tipo de trabajo ha sido objeto de críticas[1388] por la imposibilidad de comprobar empíricamente sus beneficios.

Cabe consignar que los Registros no sólo operan como una base de datos a la cual se puede acudir de forma *voluntaria*, sino que en muchos casos existe un mandato para ciertas instituciones u organizaciones vinculadas al trabajo con menores de edad, las que deben recurrir obligatoriamente al sistema registral para verificar si una persona cuenta con antecedentes penales. Esto sucede en el caso chileno, en tanto la ley Nº 20.594 impone que toda institución de carácter pública o privada y que por la naturaleza de su objeto o el ámbito específico de su actividad requiera contratar a una persona determinada para algún cargo, oficio o profesión que involucre una relación directa y habitual con menores de edad, deberá, antes de efectuar dicha contratación, solicitar la información al Registro Civil con la finalidad de verificar si el postulante en cuestión se encuentra ingresado en el registro de condenados.

En Chile, el Registro Civil es quien expide los Certificados e Informes de Antecedentes. Estos pueden ser requeridos por una institución pública (por ej. Administración Municipal, Fuerzas Armadas, Carabineros, Gendarmería, entre otros) en el supuesto de que se necesite verificar el historial criminal de una persona cuando esta pretenda ingresar a un organismo específico. El certificado de antecedentes para fines particulares o bien para fines especiales, sólo se otorga a la persona a quien el documento se refiere (o a un mandatario con poder notarial). De esta forma, el acceso tiene un carácter *restringido*, en tanto sólo el interesado o las instituciones señaladas pueden verificar los antecedentes penales, por lo que el empleador o empresario no tiene acceso directo a la información.

El problema consiste en que el Registro Público *subvierte* dicha restricción, dado que si bien existe un mandato de exigir la revisión de antecedentes en ciertos empleos, ahora todo empleador *puede* verificar si el postulante al trabajo cuenta con condenas anteriores por delitos sexuales, aún cuando el trabajo *per se* no implique habitualidad en el contacto con menores. Si bien no se debe considerar esta como la causa *única* de la problemática para acceder a empleos, considerando que muchas veces los ex carcelarios tienen un bajo nivel educativo o una formación profesional deficiente[1389], de todas formas el Registro tiene un *impacto negativo* importante en la búsqueda de empleo por parte del ex condenado, propendiendo con ello a la discriminación laboral

[1388] FINKELHOR señala que no se ha comprobado que efectivamente tenga un impacto en la creación de un ambiente más seguro de trabajo, además de la merma que produce en empleos que son voluntarios y no tienen fines de lucro (FINKELHOR, D. 2009. *op.cit.* p.175)
[1389] LARRAURI, E. y JACOBS. J. 2011. *op.cit.* pp.4-5

La Agencia Española de Protección de datos es una autoridad pública independiente que tiene por finalidad encargarse de velar por la privacidad y la protección de datos de los ciudadanos. En el Informe 0401/2015[1390], la agencia resolvió la consulta extendida por una empresa consistente en que, si en conformidad a la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de datos de Carácter Público, debe solicitar el *certificado de antecedentes penales* –o en un futuro- el *certificado negativo del Registro Central de delincuentes sexuales* para los que pretendan el acceso y ejercicio en sus puestos de trabajo. Para dar respuesta a la interrogante expuesta, la Agencia se remite a la Ley Orgánica 1/1996 de *Protección Jurídica del Menor*, la que modifica a la ley 26/2015 en lo que respecta al sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. En el artículo 13.5., se exige que todo individuo que quiera acceder y ejercer profesiones, oficios y actividades que implique contacto habitual con menores, deberá presentar una certificación negativa expedida por el Registro *Central de delincuentes sexuales*[1391], la cual acredite que no haya sido condenado por un delito sexual en contra de menores. En el particular, la empresa consultante presta servicios de transporte público de viajeros por carreteras, lo que –supuestamente- implicaría contacto habitual de su personal (azafatas, conductores) con menores de edad. La circular señala que debe resolverse lo que entenderemos por *contacto habitual*, ante lo cual afirma que "no es suficiente que en determinadas profesiones exista un contacto habitual con menores, lo que sucedería en la mayoría de las profesiones destinadas hacia la prestación de servicios para el público en general, sino que la profesión en sí misma implique, por su propia naturaleza y esencia, un contacto habitual con menores"[1392]. Con ello, se excluye que el mero contacto implique habitualidad, exigiendo que los menores sean los destinatarios principales del servicio prestado por el individuo en cuestión.

Bajo mi perspectiva, la resolución es relevante, en tanto sostiene que la exigencia del certificado negativo de antecedentes debe estar restringida por la naturaleza del trabajo al cual se opta y en esos casos, será necesario verificar si el (potencial) trabajador cuenta con una condena por delitos sexuales. El informe concluye que la empresa no está habilitada para requerir el certificado de antecedentes penales o el negativo del *Registro central de delincuentes sexuales*.

[1390] AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. Informe 0401/2015 [en línea] <https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/informes_juridicos/common/pdf_destacados/2015-0401_Necesidad-de-certificado-negativo-del-Registro-central-de-delincuentes-sexuales-para-determinadas-profesiones.pdf> [consulta: 28 enero 2017]

[1391] La resolución habla de exigir el certificado negativo del Registro de Delincuentes sexuales "en un futuro", dado que el año 2015 –fecha de expedición- aún no se encontraba disponible este Registro Central, que comenzó a emitir certificados el 01 de marzo del año 2016.

[1392] AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. 2015. *op.cit.*, pp.1-2

El efecto propiamente negativo en el ofensor radica en que se podría producir un *fenómeno de antecedentes penales perpetuos*[1393]. Si bien en términos formales existe la posibilidad de que estos desaparezcan del sistema, la estigmatización *subsiste* en una etiqueta de carácter permanentemente. Lo referido implicaría una afectación al llamado «derecho al olvido», colegido de las prescripciones constitucionales, mas no positivado. El «derecho al olvido» es aquel que "asiste a todo individuo a desligarse de un comportamiento desviado anterior y a emprender una nueva vida"[1394].

2.2.1.1.5. Registro de agresores sexuales adolescentes

El informe realizado por HUMAN RIGHTS WATCHS constató el daño irreparable que provoca la inclusión de adolescentes en los Registros Públicos de ofensores sexuales[1395]. Este registro se encuentra basado en una concepción errada: las investigaciones disponibles en la materia, indican que los agresores sexuales, particularmente quienes cometen delitos cuando eran adolescentes, están dentro de los «delincuentes» que menos reinciden[1396]. Los adolescentes han sido un objetivo de la política criminal en dos supuestos: (i) al ser acusados por delitos y crímenes violentos y (ii) como parte de la categoría de agresores sexuales[1397].

Uno de los aspectos en donde las críticas adquieren mayor relevancia, es en el campo de los efectos perniciosos que se producen por la inscripción de un adolescente en el Registro. El impacto de la inclusión y la notificación comunitaria suele ser devastador, comprendiendo las mismas consecuencias que se verifican en los adultos (estigma, soledad, depresión y en algunos casos suicidio) pero de forma *magnificada*[1398]. Dado que la adolescencia es una etapa en donde se está formando la identidad del individuo, la *entidad* de las consecuencias suele distorsionarse. Así, el estigma de cargar con etiquetas como «sex offender», «child molester» o «sexually violent predator» puede causar un profundo daño en el desarrollo y en la auto-estima del joven[1399]. Además, producto de la desesperanza producida por no poder llevar una vida normal en el futuro, el suicidio puede ser visto como una salida de escape[1400]. De la misma forma, se replican otros

[1393] ALONSO RIMO, A. 2012. *op.cit.* p.445
[1394] HERRERA, M. *op.cit.* p.127
[1395] HUMAN RIGHTS WATCH. 2013. *op.cit.*
[1396] *Ibíd.* p.4
[1397] *Ibíd.* p.4
[1398] *Ibíd.* p.5
[1399] *Ibíd.* p.50
[1400] *Ibíd.* p.52

efectos que ya fueron referidos, como agresiones violentas[1401], problemas para encontrar vivienda[1402] y el impacto negativo en la familia[1403], lo que incluye problemas financieros en los menores que dependen económicamente de sus padres, inclusive perdiendo estos últimos sus empleos y fuentes laborales[1404]. Además, el *status* de registrado condiciona al adolescente en lo que respecta a la eventual posibilidad de formar una familia[1405].

De la gama de efectos que se producen, el que tiende a verificarse de forma (más) exclusiva en los adolescentes, es la *interferencia en la educación*. Por estar incluidos en el Registro, los jóvenes son expulsados de los colegios e instituciones educacionales a las cuales asisten o bien, deciden retirarse voluntariamente por el acoso al cual se ven expuesto[1406].

Los Registros de ofensores sexuales juveniles no son una *herramienta político-criminal* idónea, en tanto la inclusión de ellos en el trabajo de gestión y seguimiento de las autoridades suma una mayor cantidad de individuos afectos a la monitorización, lo que a su vez produce una sobrecarga del sistema que merma la *eficiencia* de los órganos policiales, sin que estos puedan enfocarse en los agresores que cuentan con un mayor riesgo de reincidencia y peligrosidad asociada[1407].

Oklahoma es un ejemplo de una gestión positiva de ofensores sexuales juveniles. Si un adolescente es acusado por un delito *registrable*, un panel de expertos *evalúa su riesgo de reincidencia* y luego, el juzgado resuelve. Además, existe una tendencia al *tratamiento* de los jóvenes. Por último, cabe consignar que en el estado en comento el sistema de notificación es *restringido*[1408].

2.2.1.1.6. Conclusión

Lo expuesto permite afirmar que el Registro se sustenta en una premisa errada: pretende que individuos con tendencias anti-sociales se identifiquen y entreguen información para ser monitoreados, existiendo el riesgo de exponerse a sufrir todas las consecuencias antes descritas[1409]. Dichos efectos co-laterales pueden exacerbar los factores de riesgo de reincidencia, como la

[1401] *Ibíd.* p.56
[1402] *Ibíd.* p.64
[1403] *Ibíd.* p.58
[1404] *Ibíd.* p.60
[1405] *Ibíd.* p.61
[1406] *Ibíd.* p.71
[1407] *Ibíd.* p.7
[1408] *Ibíd.* p.7
[1409] LOGAN, W. 2011c. *op.cit.* p.5

inestabilidad; sensaciones negativas y la falta de apoyo social positivo[1410]. En consecuencia, bajo un modelo de notificación en el cual es el registrado -bajo supervisión de las autoridades correspondientes- quien debe poner en conocimiento a la comunidad de su presencia, los –potenciales- efectos perjudiciales en su persona y el miedo a la sanción social ejercen como un *desincentivo* para llevar a cabo el registro[1411].

2.2.1.2. Familiares del registrado

Las consecuencias perniciosas de la implementación de los Registros y sistemas de notificación se extienden a los familiares y círculos cercanos del registrado, en la llamada *penalización secundaria*[1412].

LEVENSON y TEWKSBURY realizaron un estudio cuyo objetivo fue intentar comprender de mejor manera las formas en que los familiares de los ex condenados se ven afectados por las *leyes de registro* y *notificación*. La encuesta estuvo compuesta por una muestra de 584 familiares de individuos registrados, proveniente de 50 estados de EE.UU y de los cuales el 80% correspondía a personas de sexo femenino. Del total de encuestados, el 42% eran esposas de los registrados, el 33% padres o padrastros y el 24% restante hermanos, conocidos, amigos o parejas informales[1413].

Los resultados más relevantes tuvieron relación con las respuestas emitidas por los encuestados ante la pregunta que buscó resolver cuáles eran las consecuencias colaterales que han afectado a los involucrados (véase familiares del agresor registrado). El 82% afirmó que su *familiar registrado* tenía dificultad para conseguir trabajo, lo que redundaba en una crisis familiar financiera; el 53% aseveró que el *familiar registrado* perdió su empleo porque los jefes o compañeros de trabajo lo encontraron en la lista del Registro, lo cual también provocaba crisis económicas al interior de la familia; el 22% señaló que tuvieron que mudarse del inmueble arrendado dado que el arrendador descubrió que el *familiar registrado* se encontraba en el Registro; el 17% tuvo que mudarse del inmueble arrendado porque los vecinos se enteraron de que la inclusión del mismo en Registro; el 12% tuvo que mudarse del inmueble del cual eran propietarios porque la vecindad encontró al f*amiliar registrado* en el Registro; el 44% de los encuestados fueron amenazados y acosados por los vecinos por el mismo hecho; al 27% sufrió daños en su propiedad y el 30%

[1410] LEVENSON, J.S., D'AMORA, D.A. y HERN, A.L. 2007. *op.cit.* p.590
[1411] COHEN, M. y JEGLIC, E. 2007. *op.cit.* p.376
[1412] WACQUANT, L. 2010. *op.cit.* p.325
[1413] LEVENSON, J.S., y TEWKSBURY, R. 2009. *op.cit.* pp.5-6

afirmó que las personas con las cuales vivían –y que no eran el *ofensor registrado*- fueron víctimas de amenazas, asedio, golpes y daños materiales[1414].

Otro aspecto de importancia del cual da cuenta el estudio, dice relación con el impacto que tiene el Registro sobre los niños que mantienen algún tipo de vínculo o cercanía con el individuo *registrado*. Entre las consecuencias, cabe mencionar los episodios de ira (80%); depresión (77%); ansiedad (73%); sensación de exclusión por el resto de los niños (65%); miedo (63%); ridiculización (59%); burlas (52%); víctimas de acoso (47%); participación en peleas instigadas por terceros (22%) y tendencias suicidas (13%)[1415].

Considero que estos últimos efectos colaterales son uno los más perjudiciales que producen los Registros, en tanto afectan de forma severa a menores de edad que se encuentran en etapas de crecimiento y que pueden generarles disfuncionalidades que posteriormente tengan un sinfín de consecuencias negativas, tanto para su persona como para el eventual círculo familiar del *actual* menor de edad.

Producto de lo expuesto, no resulta sorprendente la percepción *negativa* que tienen los familiares del condenado acerca de los Registros. Ante la consulta de cuál era la opinión que les merecían los Registros de Internet, teniendo por opciones de respuesta el «muy en desacuerdo»; «en desacuerdo»; «de acuerdo» y «muy de acuerdo», el 78% estaba *muy en desacuerdo* con la afirmación que sostenía que la información disponible acerca del registrado ayudaba al público para poder protegerse por sí mismos; el 86% estaba *muy en desacuerdo* con la aseveración de que el registrado tenía un *riesgo de reincidencia* (y colateralmente, sólo un 3% creía que su familiar ofensor tenía un riesgo de reincidencia) y el 61% estaba *muy en desacuerdo* con la aserción de que fuese *justo* que la comunidad sepa del riesgo que puede producir el registrado[1416]. Y esto es un hecho bastante preocupante, dado que si los *círculos cercanos al agresor sexual* tienen una percepción negativa del sistema registral, difícilmente podrán ayudarlo en su proceso de reinserción tras haber cumplido la pena efectiva. Por último, los familiares deben afrontar los sentimientos de culpa por el delito y la experiencia conflictiva sobre sus relaciones con los ofensores[1417].

1414 *Ibíd.* p.9
1415 *Ibíd.* p.11
1416 *Ibíd.* p.8
1417 HLAVKA, H.R. y UGGEN, C. 2008. Does stigmatizing sex offenders drive down reporting rates? Perverse effects and unintended consequences. Northern Kentucky Law Review. 35 (4). p.355

2.2.1.3. Víctimas

Los efectos negativos de los Registros y sistemas de notificación también pueden afectar a las mismas víctimas de los delitos. Esto suele ocurrir en aquellos supuestos en los cuales la víctima pertenece al *círculo familiar* o *cercano del agresor*, o cuando esta vive en el vecindario en donde se lleva a cabo la notificación, puesto que eventualmente el nombre de ella podría ser revelado y difundido. En este sentido, faltan estudios que concentren sus esfuerzos en develar el impacto psicológico que las notificaciones de los agresores pueden llegar a producir en las víctimas o en los familiares de ella[1418].

Existe una creciente preocupación en que los modelos de registro y notificación estarían desincentivando los reportes de abusos sexuales de menores, especialmente de aquellos casos que suceden al interior de la familia[1419]. Se ha señalado que la notificación comunitaria estaría vinculada con la renuencia a denunciar este tipo de delitos cometidos por miembros familiares o conocidos de la víctima por factores como (i) la vergüenza; (ii) falta de confidencialidad; (iii) «estigma de cortesía» (también llamado «estigma-por-asociación» o «estigma asociativo»[1420]) y (iv) la presión de otros miembros de la familia para no denunciar[1421]. El decrecimiento en las tasas de denuncia tiene consecuencias adversas, en tanto interviene en el sistema de protección de menores de edad y reduce las posibilidades de que la víctima pueda recibir un tratamiento terapéutico[1422].

HLAVKA y UGGEN afirman que la *hiper-estigmatización* provocada por los Registros y la notificación comunitaria puede disminuir la probabilidad de que la víctima efectúe los reportes[1423]. Los autores pretenden verificar la hipótesis de que las tasas de denuncias por delitos sexuales cometidos por *no-extraños* pueden decrecer en respuesta a la pública estigmatización asociada con el Registro de ofensores sexuales[1424]. La evidencia empírica respalda la hipótesis, en tanto los reportes a la policía de violaciones y asaltos sexuales perpetrados por *no-extraños* se redujeron entre los años 2002 y 2005, en contraste a las tasas de denuncia de asaltos sexuales perpetrados por

[1418] WALKER, A. 2001. *op.cit.* p.6
[1419] HLAVKA, H.R. y UGGEN, C. 2008. *op.cit.* p.356
[1420] PHILLIPS, R., BENOIT, C., HALLGRIMSDOTTIR, H. y VALLANCE, K. 2012. Courtesy stigma: a hidden health concern among front-line service providers to sex workers. Sociology of Health & Illness. 34(5). p.682
[1421] HLAVKA, H.R. y UGGEN, C. 2008. *op.cit.* p.356
[1422] *Ibíd.* p.356
[1423] *Ibíd.* p.357
[1424] *Ibíd.* p.363

extraños, que sufrió un declive en el año 2003, pero un aumento significativo en el 2004 y 2005[1425]. En este sentido, es probable que en el círculo familiar del ofensor se produzca un fenómeno de presión para evitar que se realice la denuncia en razón del miedo que generan las consecuencias adversas en el registrado.

2.2.1.4. Comunidad

Los efectos colaterales de la instauración de Registros y sistemas de notificación también afectan a la población en general. Con posterioridad a la notificación comunitaria, los padres y ciudadanos pueden experimentar un miedo que lleve a la población a la histeria, fenómeno que ya se ha producido, en donde personas han presentado alteraciones del sueño por consecuencia de la preocupación de vivir al lado de un individuo registrado[1426]. Inclusive, la irracionalidad se puede apoderar de los vecinos, como casos que se han reportado de individuos que están en conocimiento de que una de las condiciones que deben ser cumplidas por el ofensor, para mantener la libertad condicional o vigilada es *no* comunicarse con menores de edad, por lo que deliberadamente envían a sus propios hijos a hablar con los agresores, manteniéndose lo suficientemente cerca para resguardar la seguridad de los primeros pero grabando secretamente la interacción producida. Con posterioridad, envían el video a los oficiales de *probation* u oficiales correccionales, lo que tiene por consecuencia la revocación de la libertad del ofensor[1427].

En armonía con lo expuesto, se ha señalado que los sistemas de registros y notificación también tendrían un efecto económico negativo para la comunidad en la cual vive el agresor sexual, produciendo una deflación en los precios de las inmobiliarias que se encuentran en las cercanías de la residencia del registrado, puesto que se genera una percepción de *inseguridad* en los eventuales compradores[1428]. Sin embargo, BERENGUER MEGALE identifica algunas ventajas económicas que se derivan de los registros y conforme a las cuales, las autoridades políticas justifican su mantención. Particularmente, la exclusión del ofensor sexual de las oportunidades de empleos abre un mercado laboral para el resto de los miembros de la sociedad que no tienen el *status* de «registrado»[1429].

[1425] *Ibíd.* p.362
[1426] BONNAR-KIDD, K. 2010. *op.cit.* p.415
[1427] *Ibíd.* p.140
[1428] HYNES, K. 2013. *op.cit.* p.356
[1429] BERENGUER MEGALE, E. 2011. *op.cit.* p.28

2.2.2. Contravención del orden normativo constitucional

Desde que fueron introducidos, los Registros y sistemas de notificación han tenido desafíos legales para efectos de lograr su legitimación, como la evidente intrusión en la privacidad de los agresores sexuales y la afectación de otros derechos fundamentales[1430]. En este sentido, la publicidad de datos comprometería el derecho al honor y a la intimidad del registrado[1431].

2.2.2.1. Afectación al derecho a la intimidad del condenado

La afectación de la *intimidad* del individuo se produce en el preciso instante en que toda la información asociada a su persona se vuelve pública. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la *intimidad* "comprende, entre otras dimensiones, tomar decisiones relacionadas con diversas áreas de la propia vida libremente, tener un espacio de tranquilidad personal, mantener reservados ciertos aspectos de la vida privada y controlar la difusión de información hacia el público"[1432].

La posición crítica ante los Registros es recogida por la doctrina comparada. RIMO sostiene que las estrategias de publicitación de antecedentes comprometen claramente los *derechos al honor* y a la *intimidad* del ex condenado y dada esta afectación, el ordenamiento jurídico presenta diversos mecanismos que buscan limitar que la información sea difundida y con ello, lograr la tutela de los derechos referidos[1433].

El autor identifica una colisión entre el *derecho a la información* y *transparencia judicial* versus el *derecho al honor, intimidad* y *a la propia imagen.* A su vez, da cuenta de que en el derecho español existe una tendencia en la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo consistente en autorizar la publicación de datos personales e imágenes de sujetos implicados en casos penales[1434]. Entre ambos derechos, no existe una «pre ponderación *apriorística»,* sino que la prevalencia de uno u otro, debe circunscribirse a las circunstancias del caso particular sometido a examen. En consecuencia, el criterio para la procedencia aplicativa de la publicación de datos estará supeditado

---

1430 THOMAS, T. 2011. *op.cit.* p.143
1431 VENDRELL ALFONSO, J. 2016. Análisis del Registro Central de Delincuentes Sexuales. Cuestiones de Interés Jurídico, IDIBE, p.9
1432 BERTONI, E. y ZELADA, C. 2014. Artículo 11: Protección de la honra y de la dignidad. En: Convención Americana sobre Derechos Humanos. Konrad Adenauer Stiftung. p.273
1433 ALONSO RIMO, A. 2012. *op.cit.* p.451
1434 *Ibíd.* p.452

al *interés público implícito en cuestiones de relevancia penal* de cada caso, el cual suele concurrir cuando los delitos revisten de gravedad o causan impacto en la opinión pública[1435].

ARMAZA señala que el contenido del *derecho a la intimidad* se encuentra vinculado con el respeto del secreto de las comunicaciones, de la inviolabilidad del domicilio y en general, otras intromisiones a la intimidad tanto del registrado, como de la familia del mismo[1436]. En este sentido, si se considera que la cantidad de información personal exigida-difundida del agresor está en función del nivel de peligrosidad asociado, aquellos individuos que se encuentran en el nivel I no verían vulnerado su *derecho a la intimidad*, dado que la información sólo sería gestionada por órganos policiales y judiciales. No sucedería lo mismo con los agresores clasificados en el Nivel II y III, en donde la información es entregada a asociaciones específicas y a todo el público, *respectivamente*. El contrapunto para llevar a cabo esta vulneración, estaría dado por la seguridad de la comunidad y las pretensiones preventivas en la comisión de nuevos delitos. Sin embargo, esto debería ser rechazado, dado que como ya se ha revisitado a lo largo de este trabajo, la medida de seguridad en comento tendría un carácter humillante y no aseguraría las condiciones mínimas de protección para el sujeto registrado[1437].

En Estados Unidos, si bien el *derecho individual a la privacidad* no se encuentra explícitamente consagrado en su Constitución[1438], ha sido reconocido como un derecho fundamental en ciertos contextos[1439]. En este país, cuando un derecho tiene el *status* de *fundamental,* el gobierno debe proveer razones de peso para infringirlo, además de usar los medios estrictamente necesarios para cumplir su propósito[1440].

Cuando un agresor sexual es liberado de prisión –o bien, cumple una pena sustitutiva fuera de la cárcel- su *libertad* se mantiene *limitada* a partir de los requerimientos del Registro. Ante ello, los ofensores han argumentado que la diseminación de su información personal constituye una invasión al propio *derecho a la privacidad*[1441]. Esto ha sido rechazado por las Cortes estadounidenses, fundado en que no debería haber una expectativa de privacidad, en tanto la

---

1435 *Ibíd.* p.454
1436 ARMAZA ARMAZA, E. 2011. *op.cit.* p.386
1437 *Ibíd.* p.388
1438 ORECCHIO, M. y TEBBETT, T. 1999. Sex offender registration: Community Safety or invasion of privacy?. Journal of Civil Rights and Economic Development. 13(3) Art.8. p.675
1439 HYNES, K. 2013. *op.cit.* p.353
1440 *Ibíd.* p.353
1441 ORECCHIO, M. y TEBBETT, T. 1999. *op.cit.* p.690

información que se difunde es pública[1442]. Ante tal razonamiento, se ha respondido que no es la *accesibilidad* la que conlleva la afectación del derecho, sino es la *recopilación* y *propagación* afirmativa de forma conjunta en un solo paquete de datos lo que concretizaría la invasión a la privacidad[1443].

2.2.2.2. Afectación a la dignidad humana

Cabe señalar que los derechos no tienen una protección ilimitada. La pena proyecta el reproche de la comunidad sobre el individuo monitoreado, afectando directamente su autoestima y consecuentemente, su honor y dignidad humana[1444].

En el Derecho Internacional, el artículo 11.1. de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* consagra la *Protección de la honra y de la Dignidad*, estableciendo que "toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad". En el caso «Tristán Donoso», la Corte Interamericana sostuvo que el *derecho a la honra* se relaciona con la estima y valía propia[1445].

PÉREZ TRIVIÑO afirma que en el supuesto de que los «castigos avergonzantes» impliquen una afrenta a la dignidad, no deberían ser restablecidos, a pesar de que estos sean eficaces, del menor coste económico o del carácter moralizante que posean[1446]. El autor, siguiendo a DWORKIN, adhiere a una concepción de la dignidad basada en *intereses críticos,* en desmedro de la basada en *experiencias*. Desecha a esta segunda, debido a que ciertas personas no pueden tener conciencia del daño que sufren, en tanto han perdido la capacidad de reconocer o percibir la indignidad de ciertos actos[1447]. Por su parte, la dignidad basada *intereses críticos* se sustenta en que la vida humana es independiente de las experiencias de las personas como también de la percepción de las mismas, por lo que la *dignidad humana* no se encuentra subordinada a la *percepción* del daño que tiene la víctima.

Por último, PEREZ TRIVIÑO concluye que el «*avergonzamiento*» *es una forma típica de estigmatización,* lo que implica que los individuos son seres degradados. Esto se opone al trato de una persona con igual consideración y respeto, presupuesto de la dignidad humana[1448].

[1442] *Ibíd.* p.691
[1443] *Ibíd.* p.691
[1444] ALONSO RIMO, A. 2012. *op.cit.* p.457
[1445] BERTONI, E. y ZELADA, C. 2014. *op.cit.* p.285
[1446] PÉREZ TRIVIÑO, J.L. 2001. *op.cit.* p.203
[1447] *Ibíd.* p.204
[1448] *Ibíd.* p.205

2.2.2.3. Aplicación retroactiva y ley *ex post-facto*

La ley *ex post facto* es aquella que (1) castiga a una acción que cuando fue cometida, era lícita; (2) convierte un crimen en más severo en comparación a cuando fue cometido; (3) modifica o incrementa el castigo retroactivamente; o (4) altera las reglas probatorias que eran vigentes cuando el delito fue cometido[1449].

En Estados Unidos, la *cláusula ex post facto* se encuentra contenida en el artículo I de la Constitución y prohíbe la aplicación retroactiva de las leyes penales, tanto a nivel estatal como federal[1450]. La ley será considerada *ex post facto* si satisface dos criterios: (i) en primer lugar, debe ser *retroactiva,* esto es, debe aplicarse a eventos ocurridos antes de su entrada en vigencia y (ii) debe implicar una desventaja para el infractor. Adicionalmente, una ley civil violará la cláusula *ex post facto* cuando una Corte determine que sus efectos son punitivos[1451].

Debido a que los órganos legisladores son susceptibles a las presiones políticas, tendientes a exigir la promulgación de legislación retroactiva que signifique una respuesta más retributiva contra grupos o individuos *impopulares*, resulta imperioso prevenir la producción normativa arbitraria y potencialmente vengativa, por lo que la *cláusula ex post facto* opera como una restricción al gobierno, limitándolo a que legisle con posterioridad a la ocurrencia de hecho punible[1452]. En este contexto, la ley *ex post-facto* tiene mérito cuando se promulga una normativa que exige implementación de un Registro y se pretende incluir bajo sus disposiciones a aquellos individuos que con anterioridad de la exigencia de registro y notificación fueron condenados por un delito sexual.

La discusión acerca de la *retroactividad* de los Registros ha sido tratada por la jurisprudencia de Estados Unidos. Cabe señalar que la mayoría de las Cortes estatales han rechazado las solicitudes para declarar las leyes de registro como *ex post facto,* reconociendo la naturaleza no-punitiva de estas[1453].

[1449] DUNCAN, A. 2015. *op.cit.* p.323
[1450] LOGAN, W. 2011. Populism and Punishment. Sex Offender Registration and Community Notification in the Courts. Criminal Justice. Volume 26(1). p.37
[1451] McDONALD, D. 2004. *op.cit.* p.372-373
[1452] DUNCAN, A. 2015. *op.cit.* p.325
[1453] *Ibíd.* p.332

2.2.2.3.1. Corte Suprema de Estados Unidos

En la causa «Smith *v.* Doe» (2003)[1454], la Corte Suprema estadounidense revocó la resolución de la Novena Corte de Apelaciones sobre la consideración de que el Registro de ofensores sexuales de Alaska no violaba la ley *ex post facto*. Pese a la naturaleza *retroactiva* del Registro, la Corte sostuvo que esta regulación no se puede considerar como *punitiva*, dado que no priva de ninguna libertad al registrado y tampoco puede entenderse como una pena *adicional* a la ya cumplida vía privación de libertad[1455].

La ley de Registro y notificación de Alaska, promulgada en la oleada normativa de principio de los años 1990', exigía que los condenados por delitos sexuales debían proveer información personal a las autoridades, como el domicilio, descripción del vehículo, fotografía, entre otros. Además, se estableció la persecución criminal para aquellos ofensores que incumplieran la *obligación de registro*. Por último, la información se encontraba disponible para todo el público[1456].

La lógica utilizada por la Corte fue evaluar si la ley tenía un fundamento punitivo, y en caso de que esta no hubiese sido la intención del legislador, se debía verificar si los efectos prácticos tenían un carácter tan gravoso como para *desnaturalizar* la finalidad civil de la medida[1457]. La Corte resolvió que el Registro y las notificaciones no tenían un carácter *punitivo,* sino que eran instrumentos de carácter civil, en donde la finalidad consistía en la protección de la comunidad a través de la imposición de medidas restrictivas sobre los ex reos[1458].

Al tener un carácter civil, la prohibición de la *cláusula ex post facto* no era aplicable a la normativa, por lo que esta podía tener un carácter retroactivo sin que esto implicara una infracción constitucional. El tribunal no consideró que se haya buscado penalizar a los *agresores sexuales condenados*. Se rechazó la proposición de que los Registros eran una medida «vergonzosa», en tanto el *estigma* consecuente por su imposición (i) era resultado de la diseminación de información que *ya* tenía un carácter público y (ii) debía ser entendido como un *efecto co-lateral* del sistema registral[1459].

[1454] Para un análisis en extenso, remitirse a *Cap. II. 4.1.1.3.*
[1455] WRIGHT, R. 2003. *op.cit.* p.100
[1456] LOGAN, W. 2011. *op.cit.* p.37
[1457] *Ibíd.* p.38
[1458] *Ibíd.* p.38
[1459] *Ibíd.* p.38

2.2.2.3.2. Cortes Supremas (Estados)

a. New Hampshire

A principios del 2015, en New Hampshire, la Corte Suprema del estado determinó que el registro perpetuo, sin posibilidad de revisión, implicaba una violación a la cláusula *ex post-facto*[1460].

b. Maine

En el año 2009, la Corte Suprema de Maine resolvió que la aplicación retroactiva de la ley de registro del estado violaba la cláusula *ex post facto*[1461].

2.2.2.3.3. Corte de Apelaciones: Maryland

En «John Doe *v.* Department of Public Safety and Correctional Services» se trató la aplicación retroactiva de los Registros de ofensores sexuales:

El 19 de Junio del año 2006, el peticionario fue condenado por el delito de abuso sexual en contra de un menor, cometido entre el año 1983-1984, cuando el acusado era profesor de un colegio. En el año 1995, se promulgó el estatuto del Registro de agresores sexuales de Maryland, el cual comenzó a operar *prospectivamente*. El año 2001, el Registro fue reformado y comenzó a funcionar *retroactivamente* para ciertos grupos de *registrados*, incluyendo aquellos ofensores menores de edad que habían cometido el delito con anterioridad a 1995, siempre y cuando estuviesen en custodia o bajo supervisión de la autoridad para el 01 de octubre de 2011. El año 2009, comenzó a aplicarse *retroactivamente* también para aquellos abusadores de menores que habían cometido el delito con *anterioridad* al 01 de octubre de 1995 pero condenados con *posterioridad* a dicha fecha. Luego, en 2010, el Estatuto exigió el registro *retroactivo* de todos los individuos que ya habían sido requeridos a registrarse al 30 de septiembre de 2010, un día antes de que la última modificación entrara en vigencia. Esto significó la *aplicación retroactiva* para aquellos individuos que se encontraban bajo la modificación de 2009. El peticionario cometió el delito durante 1983-1984,

[1460] U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. 2015. *op.cit.* p.9
[1461] *Ibíd.* p.39

no estando en custodia hasta que fue procesado (2005), por lo que fue requerido el registro por las modificaciones del 2009 y 2010.

De lo que se colige de la resolución, el fundamento de la cláusula *ex post facto* se encuentra en principios de justicia material:

> "The prohibition against ex post facto laws is rooted in a basic sense of fairness, namely that a person should have "fair warning" of the consequences of his or her actions and that a person should be protected against unjust, oppressive, arbitrary, or vindictive legislation"[1462].

2.2.2.4. Principio de legalidad

Los Registros Públicos y sistemas de notificación implican llevar a cabo un control sobre el ofensor sexual que se extiende con posterioridad al cumplimiento de la condena y que inclusive puede llegar a ser perpetuo. Por ello, la aplicación del mecanismo referido podría ser un atentado contra la *seguridad jurídica,* en tanto es una consecuencia adicional a la pena. Además, se vulneraría la autonomía de la persona, dado que se le impone un obstáculo para su debida reinserción en la sociedad. Esto tiene por consecuencia una evidente infracción al *principio de humanidad*: sin tener un *derecho de reintegro* en la sociedad, no existe reconocimiento de su condición de persona[1463].

Conforme a lo expuesto, el principio de legalidad se vería afectado por el tratamiento punitivo diferenciado que se le da al ofensor sexual en comparación con el resto de la población penal, en base a la mera consideración de que su persona es portadora de una mayor peligrosidad y por ende, debe ser objeto de la imposición de medidas especiales post-penitenciarias.

2.2.2.5. Debido proceso

2.2.2.5.1. Concepto

El «debido proceso» (*due process*) tiene por propósito proteger al individuo del ejercicio arbitrario de los poderes del Estado[1464]. El principio fue formulado por primera vez en forma expresa en el Capítulo XXXIX de la Carta Magna inglesa del siglo XIII, con el cual los barones

[1462] Doe *v.* Department of Public Safety and Correctional Services Nº125. Court of Appeals of Maryland
[1463] VÉLEZ RODRÍGUEZ, L. 2007. *op.cit.* p.110
[1464] CARPENTER, C. y BEVERLIN, A. 2012. *op.cit.* p.1122

normandos pretendieron frenar al rey Juan Sin Tierra, imponiéndole reglas de un proceso limpio y castigando la arbitrariedad política[1465]:

> "Ningún hombre libre deberá ser arrestado, o detenido en prisión, o desprovisto de su propiedad, o de ninguna molestado; y no iremos en su busca, ni enviaremos por él, salvo por el juzgamiento legal de sus pares y por la ley de la nación"[1466].

COLOMBO señala que la palabra *due* significa aquello que en virtud de la ley o de la ley moral es debido a alguien; un derecho; justo, apropiado, *conforme a derecho*. Por su parte, el término *process* dice relación con el conjunto de procedimientos relativos al ejercicio de una acción legal[1467].

El contenido del «debido proceso» -entendido como derecho constitucional- presenta dos dimensiones: la *formal* y la *sustantiva*. En cuanto al carácter *formal*, los principios que lo integran dicen relación con formalidades estatuidas, tales como el juez natural, el procedimiento pre-establecido, el derecho a defensa –entre otros-, mientras que su faz *sustantiva* está vinculada con los estándares de razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer[1468]. Conforme a lo expuesto, la *due process clause* («cláusula del debido proceso») admite dos manifestaciones: (i) el *procedural due process* («debido proceso procesal») y (ii) el *substantive due process* («debido proceso sustantivo»).

Derivado de la Quinta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos, el *substantive due process* («debido proceso sustancial») garantiza que los derechos y libertades individuales resguardadas por la Constitución, no sean infringidos o privados sin una debida justificación[1469]. En este sentido, los Registros pueden ser impugnados por considerarse como intrusiones *injustificadas* a los derechos a la privacidad, libertad y anonimato del ofensor sexual.

Consagrado en la Decimocuarta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos, el *procedural due process* («debido proceso procesal»[1470]) envuelve la determinación de cuál es el proceso

---

1465 COLOMBO, J. 2006. El debido proceso constitucional. Cuadernos del Tribunal Constitucional. Número 32. p.28

1466 ZERPA APONTE, A. 2007. Revisión de alguno de los Derechos Consagrados en la Garantía al "Debido Proceso" en su relación con el Proceso Penal Venezolano. p.106. En: UCAB CARACAS. 2007. Debido proceso y medidas de coerción personal. 1º Ed. Caracas. Venezuela. X Jornadas de Derecho Procesal Penal.

1467 COLOMBO, J. 2006. *op.cit.* p.29

1468 LANDA ARROYO, C. 2010. Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del tribunal constitucional. Lima. Perú. Palestra Editores. p.273

1469 SCOTT, C. y GERBASI, J. 2003. Sex offender registration and community notification challenges: the Supreme Court continues its trend. The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law. 31(4). p.495

1470 Si bien esta conceptualización ha sido acusada de pleonástica, en tanto el sustantivo «proceso» es calificado por el adjetivo «procesal», también se ha referido que tiene un contenido altamente explicativo. Revisar en: GONZÁLEZ

debido para los individuos antes de que sus derechos puedan ser infringidos, lo que considera el balance entre el interés individual y el estatal y el riesgo de una privación del derecho errónea por procedimientos actualmente vigentes[1471]. Los Registros han sido cuestionados por su componente estigmatizador y porque privan la libertad del ofensor, sin que el interés del Estado sea suficiente para justificar una privación de un derecho, desconociendo ciertas protecciones procesales (derecho a ser oído, asistencia de un abogado) que legitimen su imposición[1472]. En el particular, el *derecho a ser oído* se puede ver infringido por normativas que no permitan la revisión del *status* de registrado, despojando a este de la posibilidad de acreditar una variación o disminución del nivel de peligrosidad asociado que fundamente la necesidad de monitorización y neutralización.

2.2.2.5.2. Jurisprudencia

El *debido proceso* fue tratado por la Corte Suprema en «Connecticut Department of Public Safety *v.* John Doe» *(2003)*[1473].

En 1998 y 1999, Connecticut promulgó su versión de la ley Megan, en la normativa denominada *Connecticut Sex Offender Registry Act*, la cual era aplicable a todos los convictos por delitos contra menores, delitos sexuales violentos o no violentos y felonías cometidas con propósito sexual. Exigía que una vez que el ofensor sexual fuese liberado de la prisión tras cumplir su condena, este debía registrar su información con el Departamento de Seguridad Pública de Connecticut[1474].

John Doe fue condenado por un delito sexual realizado con anterioridad a la entrada en vigencia del Acta, presentando en el año 1999 una acción alegando la violación del *debido proceso* (por no ser oído antes de establecer su nivel de peligrosidad) y por infracción a la *cláusula ex post facto* (aplicación retroactiva).

El Departamento de Connecticut sostuvo que el estatuto tenía por objetivo proteger a la comunidad de los agresores sexuales y ayudar en la detención de los individuos reincidentes, permitiendo el acceso a la información del registrado mediante el ingreso al sitio web estatal[1475].

ÁLVAREZ R. 2013. El Debido Proceso: Del Derecho a las mínimas garantías a la garantía de máximos derechos. Bogotá. Revista del Instituto Colombiano de Derecho procesal. 39. p.207

[1471] SCOTT, C. y GERBASI, J. 2003. *op.cit.* p.495

[1472] *Ibíd.* p.495

[1473] Connecticut Department of Public Safety *v.* John Doe (2003), 538 U.S. 1 (2003)

[1474] SCOTT, C. y GERBASI, J. 2003. *op.cit.* p.496

[1475] Connecticut Department of Public Safety *v.* John Doe (2003), 538 U.S. 1 (2003), p.2

El demandado, por su parte, sostuvo que la inclusión en el Registro On-line de Connecticut violaba el *debido proceso* consagrado en la XIV enmienda de la Constitución. Específicamente, aseveró que él no era un «delincuente sexual peligroso» y por ello, la ley lo estaría privando de un derecho constitucional, afectando su reputación y alterando el *status* de registrado que tenía bajo la ley estatal, sin la oportunidad de ser oído. Como consecuencia de lo señalado, a Mr. Doe se le habría privado de su libertad con transgresión de las normas procedimentales del *debido proceso*[1476].

La Corte del Distrital acogió el reclamo en lo relativo a este punto, dado que no había existido una instancia de ser oído antes de que su información estuviese disponible para todo el público[1477].

El estado de Connecticut apeló la decisión respecto al *debido proceso* ante la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito, señalando que no requería una evaluación del nivel de peligrosidad, dado que el sitio web señalaba expresamente que por parte del Departamento de Seguridad Pública no se ha hecho una determinación de si el registrado es actualmente peligroso[1478]. Los argumentos fueron desechados por la Corte de Apelaciones, confirmando la decisión del Distrito, concluyendo en su fallo que la develación de información infringía un derecho constitucional y violaba la cláusula del *debido proceso*, producto de que los ofensores sexuales afectos al Registro no tenían una instancia para ser oídos previo a la determinación de su peligrosidad[1479].

Ante ello, el Estado de Connecticut apeló la decisión ante la Corte Suprema[1480]. Esta última dio cuenta de que la Corte de Apelaciones (Segundo Circuito), había razonado que el derecho del registrado se veía afectado, en tanto (i) la ley lo estigmatizaba, puesto que se colegía que era un individuo *actualmente peligroso* y (ii) se le imponían extensas y onerosas obligaciones a su persona[1481]. Luego, el Tribunal Supremo señaló que el *hecho* que se pretendía demostrar por parte del demandado –a saber, que este no era un individuo peligroso- no tenía consecuencia alguna en virtud de la ley de Connecticut, dado que esta sólo exigía que el ofensor haya sido condenado, instancia en la cual tuvo su oportunidad para ser oído. De esta forma, aún cuando el demandado probase que *no era actualmente* una persona peligrosa, la ley de Connecticut ordenaba la develación

[1476] Connecticut Department of Public Safety *v.* John Doe (2003), 538 U.S. 1 (2003), p.3
[1477] SCOTT, C. y GERBASI, J. 2003. *op.cit.* p.496
[1478] *Ibíd.* p.496
[1479] Connecticut Department of Public Safety *v.* John Doe (2003), 538 U.S. 1 (2003), p.1
[1480] SCOTT, C. y GERBASI, J. 2003. *op.cit.* p.496
[1481] Connecticut Department of Public Safety *v.* John Doe (2003), 538 U.S. 1 (2003), p.4

de la información de todos los ofensores sexuales –sean peligrosos o no- en función de la condena previa[1482]. La Corte concluyó que el Acta del estado no violaba principios sustantivos del *debido proceso*, revocando la resolución de la Corte de Apelaciones[1483]

2.2.3. La teoría del Mosaico y los sistemas de notificación

Como ya fue tratado a propósito de los sistemas de monitorización electrónico, LOGAN sostiene que la *teoría del mosaico* también tiene aplicación en las *leyes de registro y notificación*[1484]. Si se considera el carácter *público* de la información que suele recopilar los Registros (véase el nombre de un individuo, su domicilio, fecha de nacimiento, etc.), bajo el prisma de la *teoría del mosaico*, el conjunto de información unificado en un solo lugar permitiría extraer información y características del agresor registrado e inclusive, dilucidar patrones de conducta, lo que se ve favorecido producto de la revolución informática, la cual ha hecho que los antecedentes penales sean mucho más accesibles[1485].

La información individualmente considerada [entiéndase (a) – (b) – (c)] no permitiría conformar una *imagen* panorámica del sujeto afecto al Registro, sin embargo esa misma información adicionada entre sí [entiéndase {abc}] y unificada en un centro informativo [véase *registro en términos orgánicos*], permite colegir un *mosaico personal*. Lo señalado se debe a la extensión de la información disponible y cómo esta, al converger en una sola estructura de consulta, elabora un perfil del que se podría extraer un patrón de comportamiento y de esta forma, afectar la privacidad del sujeto. En este sentido, las *leyes de notificación* –en su actual concepción- brindan al público un *acceso sin restricciones* a una gran cantidad de información personal de los ofensores sexuales, que de otro modo sería *menos accesible* para la comunidad[1486].

Para efectos explicativos, la teoría del *mosaico* opera bajo una lógica similar a la *tesis de los delitos de acumulación*. En los delitos de acumulación, se estará frente a un ilícito de este tipo cuando por una *repetición de actos aislados,* aún cuando sean inocuos, *en su conjunto sí pueden afectar al bien jurídico,* en el supuesto en que esta generalización de actos suponga un serio riesgo de afectación

[1482] Connecticut Department of Public Safety *v.* John Doe (2003), 538 U.S. 1 (2003), p.5
[1483] Connecticut Department of Public Safety *v.* John Doe (2003), 538 U.S. 1 (2003), p.6
[1484] LOGAN, W. 2011. *op.cit.* p.106
[1485] JACOBS, J. y LARRAURI, E. 2010. *op.cit.* p.38
[1486] CARPENTER, C. y BEVERLIN, A. 2012. *op.cit.* p.1093

del funcionamiento del sistema[1487]. Extrapolado a la *teoría del mosaico,* la información que *aisladamente* puede resultar inocua, una vez que es entendida en su conjunto adopta una fisonomía dotada de una aptitud idónea para *afectar* los derechos del ofensor sexual.

Lo señalado no debe restringirse al mero examen de si la información relativa al individuo registrado es pública o privada en términos abstractos, sino que debe ser analizada desde la perspectiva del *uso de la información.* El acceso a los datos personales de un registrado no debe comprenderse como una simple revisión al registro criminal, puesto que el ensamblaje de información en *una* estructura de consulta transforma la *prevención* en *predicción.* Por tanto, no es sólo «información», sino que el *mecanismo de acceso* también dota de un contenido distinto a la mera recopilación diligente de todos los datos individualmente considerados, en tanto concurre un factor externo que está dado por la *finalidad subyacente de supervisión*.

En mi opinión, lo único que diferencia un caso de *vigilancia* de un individuo sin una orden judicial a la *vigilancia* de un agresor sexual *en los términos expuestos*, es que la segunda se encuentra *institucionalizada,* pero fenoménicamente son idénticas, por más que los mecanismos formales de legitimación pretendan que la segunda difiera de la primera.

2.3. Los Registros Públicos no son eficaces para prevenir la reincidencia del delito

La premisa del Registro Público resulta intuitiva: ¿quién no querría tomar las medidas apropiadas para proteger a los menores de edad de aquellos individuos que han sido condenados por un delito sexual?. Sin embargo, la intuición no es ciencia[1488], por ello, es necesario verificar si existe evidencia empírica para sustentar una estrategia que resulta tan gravosa para combatir la delincuencia sexual.

En términos de *eficacia*, es posible afirmar que el Registro es una *estrategia limitada* para conseguir el objetivo que se propone, dado que no es una herramienta capaz de prevenir los delitos que serán perpetrados por individuos que no presenten antecedentes, lo cual lleva a concluir que existe una *parcela de eficacia acotada*: el Registro sólo puede prevenir delitos en donde el sujeto activo *ya* ha sido condenado.

[1487] CARNEVALLI, R. 2008. *op.cit.* pp.34-35
[1488] BONNAR-KIDD, K. 2010. *op.cit.* p.413

Como primer elemento de análisis, cabe asentar que la mayoría de los nuevos delitos sexuales son cometidos por individuos que no están en el Registro: en el año 1999 en Ohio, el 92% de los condenados por un delito sexual contra menores y el 93% de los condenados por un delito sexual en contra de adolescentes, eran individuos que cometían su primer delito[1489]. En este mismo sentido, se ha reportado que el 96% de todos los nuevos arrestos por delitos sexuales son sujetos sin antecedentes por crímenes sexuales[1490]. Esto significa que los Registros tienen por propósito *prevenir la reincidencia*, en vez de enfocarse en la *disuasión de que ocurra el primer delito*, lo cual sólo se podría lograrse de forma marginal. Por otra parte, enfocarse en el universo de individuos que han sido previamente identificados conlleva que se ignore al resto de sujetos que cometerán un delito o aquellos *no* han sido detectados[1491], lo cual se ve agravado por el hecho de que sólo el 12% de los casos de abuso sexual de menores es reportado a las autoridades[1492]. Sumado a lo expuesto, cabe señalar que la *frecuencia* de los delitos sexuales es *relativamente baja* si se comparan con otras actividades delictivas. Véase por ejemplo el caso de España, en donde los condenados por delitos sexuales conforman únicamente el 3.6% de todos los internos penados[1493].

En síntesis, el Registro es una herramienta metodológicamente *retrospectiva*, porque exige necesariamente la previa perpetración y condena de un delito de carácter sexual. En este sentido, sólo puede evaluarse su eficacia en vista de una *prevención marginal* dada por individuos que ya han sido condenados con anterioridad. Luego, en términos estadísticos, no todo sujeto que ha cometido un delito sexual reincide. De esta forma, desde ya el argumento de la eficacia se ve *socavado*, en razón del espectro de casos que es posible prevenir, lo cual hasta ahora ha sido expuesto en términos meramente *abstractos*.

2.3.1. Falsa sensación de seguridad

Una de las premisas de los Registros consiste en que la delincuencia sexual está asociada -en términos de autoría delictiva- a personas desconocidas para las víctimas, el llamado «stranger danger». Bajo esta lógica, un Registro público de «delincuentes sexuales» genera –hipotéticamente- una sensación de seguridad en los ciudadanos por cuanto es posible identificar a los posibles

[1489] *Ibíd.* p.414
[1490] *Ibíd.* p.414
[1491] FINKELHOR, D.2009. *op.cit.* p.186
[1492] TABACHNICK, J. y KLEIN, A. 2011. *op.cit.* p.13
[1493] VALENCIA, O., ANDREU, J.M., MÍNGUEZ, P. y LABRADOR, M.A. 2008. *op.cit.* p.11

agresores dentro de un cierto conjunto delimitado de individuos -*el extraño*- y con ello, se puede alejar a los niños de las «fuentes de peligro». Sin embargo, la mayor cantidad de delitos sexuales en contra de menores son cometidos por los individuos más próximos a estos, lo que comprende a los padres biológicos, seguidos por familiares cercanos, conocidos no familiares y es en último lugar donde se encuentran los desconocidos[14941495]. En consecuencia, la mayoría de los delitos de índole sexual se produce en los llamados *círculos de confianza,* por lo que creer que la producción del riesgo se dará *fuera del círculo*, produciría una debilitación del control *sobre* el círculo, fenómeno que es consecuencia de una *falsa sensación de seguridad.*

Según las estadísticas, sólo un 14% de los ataques sexuales se produce por agresores que son desconocidos para sus víctimas. En este sentido, la principal fuente de riesgo proviene de los familiares y conocidos de estas[1496]. A similares resultados arribó un estudio realizado por la *National Violences Against Women Survey* (NVAW), según el cual el 61.9% de las mujeres que reportaron una violación, tuvieron por victimarios a sus parejas (esposos, pololos, citas, etc.), mientras que en el 21.3% fueron individuos *conocidos* por la víctima y en el 6.5% *familiares*. En sólo el 16.7% las violaciones fueron perpetradas por *extraños*[1497].

HUMAN RIGHTS WATCH asevera que la evidencia científica da cuenta de que el 86% de los delitos sexuales son cometidos por individuos que conocen a sus víctimas[1498]. En cuanto al abuso sexual de menores en particular, el 93% son perpetrados por miembros de la familia, amigos cercanos o conocidos[1499]. En Australia, estudios revelaron que de un total de 7.502 menores de 14 años víctimas de delitos sexuales, en el 30.2% de los casos los autores fue alguno de los padres; 20% fue un conocido de la familia; en el 3.5% fueron hermanos; 7.9% otro familiar; lo que da un total de 61.6% de personas que conforman el *círculo de intimidad de la víctima*. Por otra parte, el 6.3% fue víctima de un desconocido y en el 32.2% de los casos, no se había individualizado al autor[1500].

En el caso nacional, un estudio señala que el autor y la víctima tuvieron vinculaciones de parentesco o amistad en un 71% de los delitos cometidos, mientras que en el 30% de los casos, los padres o parientes fueron los victimarios[1501].

1494 GONZÁLEZ, E., MARTÍNEZ, V., LEYTON C. y BARDI, A. 2004. *op.cit.* p.7
1495 FINKELHOR, D.2009. *op.cit.* p.171
1496 HUMAN RIGHTS WATCH. 2007. *op.cit.* p.24
1497 Citado por WRIGHT, R. 2003. *op.cit.* p.101
1498 HUMAN RIGHTS WATCH. 2013. *op.cit.* pp.6-7
1499 *Ibíd.* p.7
1500 GELB, K.2007. *op.cit.* p.8
1501 Estudio de la Dirección Estudios Sociales UC, citado por HORVITZ, M.I. 1998. *op.cit.* p.13

Pese a lo referido, los casos que remecen de forma más dramática a la comunidad desde una perspectiva simbólica, son aquellos en donde existen *otros* factores que incrementan la atención mediática, como los secuestros y también los asesinatos por parte de extraños. Es en este sentido que mantener un Registro Público tiene una *eficacia limitada*, por cuanto se produce una *falsa sensación de seguridad,* la cual está explicada por enfocar la reacción punitiva y los mecanismos de vigilancia en *extraños*, quienes no forman parte del número preponderante de autores de agresiones sexuales, por lo que se desatiende la *fuente de peligro* más importante: los círculos de familiares y conocidos.

La *falsa sensación de seguridad* es un inconveniente que ha sido identificado y reconocido por los mismos agentes y operadores que intervienen en la gestión de la justicia. Un estudio en la materia dio cuenta de que respecto de los *posibles problemas que conllevan los Registros*, un 22% de los encuestados consideró que la *falsa sensación de seguridad* es un inconveniente de *mayor preocupación* y un 49% de, al menos, *preocupación moderada*[1502].

2.3.2. Problemas relativos a la gestión y diseño de los Registros

2.3.2.1. Implementación

En términos funcionales, el problema de los Registros radica en que los organismos encargados de su gestión han sido *incapaces* de confiar en estos mecanismos de monitorización para aprehender a los agresores sexuales. En este sentido, las *agencias* encargadas suelen carecer de la enorme cantidad de recursos y personal necesario para realizar una administración eficiente de los Registros[1503]. El fenómeno descrito quedó demostrado en la década de 1990' en Estados Unidos, con la implementación de los Registros de California y Washington, quienes presentaron problemas operativos como la falta de actualización de información; falta de cooperación de los registrados y el exceso de información que no podía ser chequeada porque exigían tiempo y dinero que los estados no tenían[1504]. Por ello, se ha reconocido en Estados Unidos que los *sistemas*

[1502] HARRIS, A., LOBANOV-ROSTOVSKY, C. y LEVENSON, J. 2015. *op.cit.* p.10
[1503] BEDARF, A. 1995. *op.cit.* p.899
[1504] *Ibíd.* pp.900-902

de notificación comunitaria causan un trabajo adicional tanto para los cuerpos policiales como para las autoridades de la libertad condicional y vigilada[1505].

El sistema penal en Estados Unidos ha destinado grandes presupuestos para el gobierno federal y para los estados. Los expertos consideran que los sistemas de *prisión* son el segundo gasto de más rápido crecimiento en los presupuestos estatales, por lo que los programas de gestión de ofensores sexuales una vez liberados de la prisión, inevitablemente se suman al excesivo coste del sistema penal[1506].

En armonía con lo expuesto, los programas de Registro operan gracias a la vigilancia de la policía local, quienes además deben verificar el cumplimiento de las *leyes de restricción de residencia*. Por ello, los costos asociados a la implementación de estos programas contemplan gastos que requieren las mejoras tecnológicas para mantener los registros en línea, así como para interconectar la base de datos de los sistemas informativos[1507]. A su vez, cabe adicionar los costos del funcionamiento de las Cortes, los que aumentan con aquellos casos en donde el ofensor ha reconocido responsabilidad en la comisión del delito, cuestión que es resuelta por una Corte inferior y ante la cual se interponen sólidas y largas defensas para evadir la *posibilidad de Registro*, encareciendo el sistema judicial por la interposición de recursos y nuevos juicios[1508].

En términos concretos, las incorrecciones y la falta de precisión de la información ha sido un problema endémico de los Registros, lo cual se encuentra explicado por el *déficit operativo* de implementación. Entre los problemas asociados al contenido de la información, cabe señalar los casos en que el paradero de los registrados sexuales es desconocido; las direcciones de domicilios ingresadas son incorrectas; se producen situaciones en que los ofensores no se encuentran viviendo en la dirección de domicilio consignada, o bien han muerto o están cumpliendo una pena en la cárcel[1509].

2.3.2.2. Inclusión axiomática en las categorías del riesgo asociado

Según O'MALLEY, las leyes de registro y notificación operan de manera semejante a la llamada justicia *actuarial,* la cual condena en función del *riesgo de reincidencia del ofensor* -en desmedro

[1505] THOMAS, T. 2011. *op.cit.* p.132
[1506] HYNES, K. 2013. *op.cit.* pp.355-356
[1507] LEVENSON, J., GRADY, M., y LEIBOWITZ, G. 2016. *op.cit.* p.15
[1508] THOMAS, T. 2011. *op.cit.* p.134
[1509] LEVENSON, J.S., D'AMORA, D.A. y HERN, A.L. 2007. *op.cit.* p.589

de la gravedad del delito- y que tiene por prioridad la imposición de sanciones «inocuizadoras», por sobre las reformadoras. Con ello, se neutralizaría el riesgo asociado del agresor vía exclusión[1510]. De esta forma, las leyes Megan (entiéndase registros con sistemas de notificación) identifican a los potenciales agresores sexuales y ofensores violentos por medio del *cálculo de riesgo* y con el objeto de lograr la reducción de este, se notifica a la comunidad local acerca de la identidad y ubicación de los potenciales reincidentes[1511].

En la primera generación de Registros de ofensores sexuales, los estados utilizaban una serie de sistemas de clasificación para determinar las cargas que se debían imponer a cada registrado[1512]. Sin embargo, el problema principal en esta materia se encuentra en el sistema de clasificación creado por la *Sex Offender Registration Notification Act* (Título I de la *Adam Walsh Act*), la cual buscó estandarizar los criterios de categorización de agresores y en donde la asignación en uno de los tres niveles de peligrosidad contemplados está en función de la cantidad y gravedad del o los delitos cometidos (*conviction-based aproach*), sin que exista un análisis casuístico que pueda identificar niveles de riesgos diferenciados según el individuo en particular. Un sistema como el expuesto, sólo se remite a criterios formales para asignar un determinado *nivel de riesgo* al ofensor, sin que se atiendan a las particularidades de cada individuo, las que pueden llegar a tener un nivel de incidencia importante respecto de la peligrosidad y probabilidad de reincidencia.

Véase el caso de Zachery Anderson, un estudiante de 19 años de edad, sin antecedentes penales, quien conoció a una joven con la cual tuvo sexo consentido. La menor admitió que había mentido respecto de su edad y que sólo tenía catorce años, por lo que el encuentro sexual se transformó en un *delito*. Pese al mismo testimonio de la menor y su madre clamando por indulgencia, Zachery fue condenado a noventa días de cárcel, cinco años de libertad vigilada y a la inclusión en el registro por veinticinco años. Esta historia ilustra que no todos los ofensores sexuales son «monstruos», pero viven las mismas consecuencias[1513]. La meta de protección al público se ve impedida por un sistema que concentra sus esfuerzos en *Zachery*, difuminando realmente la distinción entre los ofensores que son realmente peligrosos de los que no. En este sentido, los agresores sexuales es una necesidad la implementación de sistemas de clasificación de riesgo con notificación diferenciada para los autores de mayor peligrosidad[1514].

[1510] O'MALLEY, P. 2007. *op.cit.* p.153
[1511] *Ibíd.* p.153
[1512] CARPENTER, C. y BEVERLIN, A. 2012. *op.cit.* p.1087
[1513] LEVENSON, J., GRADY, M., y LEIBOWITZ, G. 2016. *op.cit.* p.10
[1514] LEVENSON, J.S. y COTTER, L.P. 2005a. *op.cit.* p.59

Respecto a la distribución de los sistemas categoriales de riesgo en EE.UU, cerca de un 14% de los estados cuentan con sólo *un* nivel de riesgo; el 18% modifica el sistema único de riesgo con una categoría especial para los ofensores sexuales más peligrosos (*sexual predators*); mientras que el 68% restante cuenta con dos o más niveles de peligrosidad asociada[1515]. En cuanto al *criterio de medición de riesgo* que determina el nivel de cada ofensor, el 70% de los estados utiliza el delito por el cual se le condena; un 45% el número de condenas y un 32% la evaluación empírica del riesgo[1516].

Estudios en la materia han cuestionado la efectividad de los *sistemas de clasificación de riesgo* como una herramienta idónea para reducir la reincidencia. A modo ilustrativo, en el estado de New York, EE.UU, para el año 2004 ya existían 18.602 agresores registrados, de los cuales 17.152 eran hombres. La medición consistió en determinar cuántos de esos ofensores registrados volvieron a cometer un delito -sexual o no sexual- una vez que se encontraban en libertad. Considerando que la *Adam Walsh Act* impone una división en tres niveles de riesgo (*bajo*, *moderado* y *alto*), el estudio concluye -*a grosso modo*- que en cuanto a delitos sexuales respecta, los agresores clasificados en el nivel *bajo riesgo* fueron arrestados nuevamente un 104% más rápido que los agresores de *riesgo moderado* y 90% más rápido que los agresores de *alto riesgo*[1517]. En cuanto a los delitos *no* sexuales, los agresores de *bajo riesgo* fueron arrestados nuevamente un 34% más rápido que los agresores de *riesgo moderado* y un 33% más rápido que los agresores de *alto riesgo*[1518]. Según lo expuesto, la comunidad puede sentirse más segura al identificar a un agresor de *alto riesgo* y con ello adoptar medidas preventivas, empero en la práctica, los agresores etiquetados de *bajo riesgo* reinciden en mayor cantidad y de forma más rápida.

Los datos referidos no son concluyentes, sin embargo, dan luces de un problema que resulta evidente: el extremo formalismo categorial y la inclusión axiomática de agresores en determinados niveles riesgo conforme a criterios *en abstracto* desatendiendo las condiciones *en concreto,* atenta contra la idoneidad de los mecanismos registrales para prevenir los delitos y con ello, incrementar la seguridad pública. Si un nivel de mayor riesgo presupone un aumento en las probabilidades de reincidencia y esto no tiene un correlato con la realidad empírica del ofensor cualificado, las categorías se vuelven casillas vacías de toda aptitud preventiva. Una categorización deficitaria produce que los esfuerzos preventivos y de monitorización se distribuyan entre *todos* los

[1515] ZGOBA, K., MINER, M., LEVENSON, J., KNIGHT, R., LETOURNEAU, E. y THORNTON, D. 2015. *op.cit.* p.2
[1516] *Ibíd.* p.2
[1517] FREEMAN, N.J. y SANDLER, J.C. 2010. *op.cit.* p.41
[1518] *Ibíd.* p.43

registrados, los cuales no tienen igual peligrosidad o riesgo de reincidencia. De esta forma, el problema radica en que todos los agresores sexuales son vistos como portadores del mismo quantum de riesgo de reincidencia y peligrosidad, sin atenerse a las variaciones propias de algo tan subjetivo como las probabilidades que tiene un individuo de volver a cometer un delito sexual, lo que genera que todos los ofensores sean condenados informalmente de la misma manera[1519].

Pese a lo expuesto, muchos sistemas de determinación del riesgo son utilizados en Estados Unidos, entre los que se incluyen el *STATIC-99* y el *Rapid Risk Assesment for Sexual Offense Recidivism*. Desafortunadamente, rara vez que se puede predecir con 100% de precisión el comportamiento futuro de un registrado sexual, aún cuando se utilicen instrumentos actuariales[1520].

2.3.2.3. Sobrecarga del sistema por sobrepoblación de registrados[1521]

En su origen, la notificación comunitaria fue concebida como una respuesta al homicidio sexualmente motivado de un menor de edad, lo que significó ser diseñada como una estrategia para combatir al *depredador sexual de menores*. Sin embargo, mientras la legislación evoluciona en diversas jurisdicciones de Estados Unidos, la notificación ha vivido un fenómeno *inclusivo*, en tanto el universo de ofensores sexuales *registrables* aumenta paulatinamente, sin distinción de edades y delitos cometidos[1522].

La *extensión inclusiva* conlleva una posterior sobrecarga del sistema, puesto que en Estados Unidos, los Registros no se limitan a incluir a *ofensores sexuales*, sino también a individuos que *no* deberían estar considerados dentro del potencial universo de destinatarios sobre los que se pretende influir para *reducir su peligrosidad* y *reincidencia* pero que de todas formas quedan comprendidos por una decisión de técnica legislativa[1523]. Véase el caso de algunas jurisdicciones en las que *orinar en público* es un ilícito registrable. En este mismo sentido, 29 estados han incluido en el registro tipificaciones que dicen relación con el sexo consentido entre adolescentes[1524].

[1519] CARPENTER, C. y BEVERLIN, A. 2012. *op.cit.* p.1130
[1520] BONNAR-KIDD, K. 2010. *op.cit.* p.416
[1521] HUMAN RIGHTS WATCH. 2013. *op.cit.* p.23
[1522] LEVENSON, J.S. y COTTER, L.P. 2005b. *op.cit.* p.50
[1523] WALKER, J.T., MADDAN, S., VÁSQUEZ, B., VAHOUTEN, A. y ERVIN-MCLARTY, G. 2008. The Influence Of Sex Offender Registration And Notification Laws in the United States. Arkansas Crime Information Center. p.7
[1524] HYNES, K. 2013. *op.cit.* p.359

2.3.2.4. Gestión de la seguridad por parte de la comunidad

La *notificación comunitaria* supone informar a la población de la presencia de ofensores sexuales en los vecindarios, para que esta tome las medidas preventivas necesarias que permitan asegurar la protección de la comunidad y los menores de edad[1525]. Para su funcionamiento, la notificación requiere que la comunidad gestione la información para lograr el objetivo de la prevención. La idoneidad del mecanismo registral se ve puesta en tela de juicio por el fenómeno que se puede denominar «*efecto fatiga*», conforme al cual la numerosa cantidad de advertencias de peligro mediante todos los medios de notificación disponibles, pueden saturar a la comunidad y provocar en sus integrantes una sensación adversa por verse sobrepasados ante el hecho de no poder mantener y compatibilizar las actividades diarias de todo ciudadano activo en una sociedad y las labores de protección de sus familiares o cercanos[1526].

Por otra parte, la eficacia de los Registros Públicos queda supeditada a la *diligencia* de la comunidad en la administración y gestión de los datos. HARRIS y CUDMORE (2016) investigaron las experiencias de la comunidad estadounidense con los registros y sistemas de notificación de agresores sexuales. En una muestra de 1.000 encuestados de la plataforma *YouGov's*, 450 (45%) indicaron alguna experiencia accediendo al Registro de ofensores sexuales de su estado, mientras que 550 (55%) señalaron que nunca habían recurrido a este. De aquellos que ingresaron al Registro, la mayoría (59.6%) lo hizo en una o dos ocasiones; el 24% entre 3 a 5 veces y el 16.4% reportó haber ingresado 5 o más veces[1527]. De esta forma, el estudio da cuenta que los Registros *no* suelen ser consultados con frecuencia por parte de la población, lo que atenta contra una óptima administración y gestión de la información relativa a los agresores monitoreados.

A lo señalado, cabe sumarle que resulta evidente que los individuos que integran la comunidad no tienen una formación adecuada para adoptar las medidas de prevención más óptimas que permitan llevar a cabo la monitorización de ofensores sexuales, como sí la tienen –o *debiesen* tener- las autoridades policiales, las cuales ven limitado su campo de intervención debido a la transferencia a los ciudadanos de la gestión de la seguridad pública.

[1525] ANDERSON, A. y SAMPLE, L. 2008. *op.cit.* p.372
[1526] COHEN, M. y JEGLIC, E. 2007. *op.cit.* p.377
[1527] HARRIS, A. y CUDMORE, R. 2016. Community Experience with Public Sex Offender Registries in the United States: A National Survey. Criminal Justice Policy Review. p.9

2.3.3. Evidencia empírica de la (in)eficacia de los Registros

Existen pocas investigaciones que se hayan propuesto determinar si las leyes de Registro y notificación son capaces de reducir la reincidencia del ofensor sexual y a su vez, brindar protección a los menores de edad ante la comisión de este tipo de delitos. De los estudios publicados, la mayoría demuestra que los registros y sistemas de notificación no producen una reducción significativa de la reincidencia del ofensor[1528].

Un estudio llevado a cabo por el *Centro Informativo del Crimen* de *Arkansas* buscó establecer la influencia de los Registros públicos y las leyes de notificación en los Estados Unidos[1529]. Para ilustrar las consecuencias de estos, recopilaron los datos del número de violaciones ocurridas en 10 estados *antes* y *después* de haberse implementado los respectivos registros estatales. Como es comprensible, no se puede determinar de forma aislada cada uno de los factores que inciden en el aumento o disminución de las cifras de las violaciones consumadas, sin embargo la metodología da cuenta, en términos estimativos, de si efectivamente existe una reducción de este tipo de delitos post-implementación de los Registros.

De los 10 estados analizados [Arkansas, California, Connecticut, Hawaii, Idaho, Nebraska, Nevada, Ohio, Oklahoma y West Virginia], 3 de ellos [Hawaii, Idaho y Ohio] presentaron una *disminución significativa* de la cantidad de violaciones perpetradas con posterioridad a la implementación del Registro y los sistemas de notificación; en 6 de ellos [Arkansas, Connecticut, Nebraska, Oklahoma y West Virginia] *no hubo variaciones significativas* (en donde Nevada y West Virginia presentaron una disminución *no* significativa). Por último, en uno de los estados [California] se verificó un *aumento significativo* en el número de violaciones reportadas[1530].

Los autores proponen tres posibles explicaciones para dar cuenta de los resultados expuestos: (i) en aquellos estados en donde la *incidencia delictiva* aumentó, los delitos pudieron haber sido cometidos por individuos primerizos, respecto de los cuales el Registro no puede ejercer controles de relevancia[1531]; (ii) estas leyes podrían no estar teniendo influencia en el número de delitos sexuales verificados, debido a que la comunidad no utiliza activamente los Registros para efectos de tomar las medidas necesarias de auto-protección[1532]; (iii) el aumento

[1528] LEVENSON, J.S., D'AMORA, D.A. y HERN, A.L. 2007. *op.cit.* p.588
[1529] WALKER, J.T., MADDAN, S., VÁSQUEZ, B., VAHOUTEN, A. y ERVIN-MCLARTY, G. 2008. *op.cit.*
[1530] *Ibíd.* pp.13-14
[1531] *Ibíd.* p.16
[1532] *Ibíd.* p.16

promedio de las ofensas sexuales podría estar explicado por la mayor concentración que han puesto las autoridades policiales en la monitorización de los agresores sexuales[1533].

El estudio citado concluye que los resultados arrojados *no* permiten afirmar que los sistemas de notificación tengan un real efecto en la disminución en la cantidad de violaciones que se producen en cada estado[1534].

SCHRAM y MILLOY (2005) efectuaron un estudio en el cual se comparó los niveles de reincidencia entre (i) un grupo de ofensores sujeto al más alto nivel de notificación comunitaria (III), durante los tres primeros años después de la implementación del Registro de Washington, y (ii) aquellos ofensores que fueron liberados *antes de la entrada en vigencia del mismo,* los que no estaban sujetos a notificación[1535].

El primer grupo estuvo compuesto de 125 ofensores sexuales liberados de la prisión de Washington entre el 1 de marzo de 1990 y el 31 de diciembre de 1993, quienes recibieron el nivel más alto de notificación comunitaria. El grupo de comparación fue de 90 agresores sexuales quienes fueron condenados con posterioridad al 1 de julio de 1986 y liberados con anterioridad a la implementación de la normativa de notificación[1536]. De los 125 agresores del primer grupo, 52 (42%) fueron arrestados por un nuevo delito (de cualquier tipo); 24 (19%) por delitos menores; 18 ofensores (14%) fueron arrestados por nuevos delitos sexuales; 16 (13%) tuvieron nuevos arrestos por delitos no violentos; y 7 ofensores (6%) terminaron siendo arrestados por delitos violentos[1537].

En un seguimiento de 54 meses (4.5 años) y siendo los nuevos *arrestos* el criterio de medición, el grupo de notificación tuvo una tasa de reincidencia de 19% contra el 22% del grupo de comparación. Para los autores, la diferencia no es *estadísticamente significante*, lo que sugiere que la notificación comunitaria tiene escaso efecto en la reincidencia de agresores sexuales -medida por los reportes oficiales de nuevos arrestos-[1538].

PETROSINO y PETROSINO (1999), examinaron la *efectividad* de la notificación comunitaria, sometiendo a evaluación el potencial preventivo de la normativa titulada *An Act Relative to Sex*

1533 *Ibíd.* p.16
1534 *Ibid.* pp.14-15
1535 SCHRAM, D. y MILLOY, C. 1995. Community Notification: A study of offender characteristics and recidivism. Washington State Institute for Public Policy. p.2
1536 *Ibíd.* pp.5-6
1537 *Ibíd.* p.14
1538 *Ibíd.* p.17

Offender Registration and Community Notification (Registro de Massachusetts)[1539]. La muestra fue de 136 criminales diagnosticados como *agresores sexuales habituales* o *compulsivos,* quienes estuvieron confinados a instituciones de máxima seguridad[1540]. El estudio asumió que todos los ofensores sexuales cumplieron con sus obligaciones de registro; que la policía habría llevado a cabo todas las notificaciones correspondientes y que todos los agresores habrían sido calificados con nivel de riesgo III[1541]. De los ofensores, sólo 36 (27%) tenían antecedentes penales por un delito *registrable,* por tanto, el 73% no contaba con antecedentes antes de ser incluidos en el Registro[1542]. Al observar los ilícitos que los llevaron a ser condenados, sólo 12 de los 36 ofensores cometieron un delito como *depredadores* en contra de extraños, mientras que los otros, tuvieron por víctimas a personas conocidas[1543].

Considerando que sólo son notificadas las comunidades en las cuales los ofensores de Nivel III viven o trabajan, el estudio examinó la locación geográfica de la residencia y el lugar de trabajo del ofensor y la distancia con el lugar donde el delito se cometió[1544]. En función de ello, se establecieron tres categorías para las notificaciones: *good* (la notificación habría llegado a la eventual víctima); *poor to moderate* (relativamente improbable pero posible) e *improbable* (no existía opción de que la eventual víctima hubiese sido notificada)[1545]. De los 12 *predatory-stranger*, respecto de sólo 4 de estos, la notificación comunitaria podría haber tenido un efecto preventivo positivo y en otros 2, la posibilidad notificación exitosa era de *poor-to-moderate*. En los 4 casos que fueron evaluados como *good,* los ofensores sexuales victimizaron a alguien que vivía cerca de sus residencias. Hipotéticamente, la probabilidad de prevención para estos 6 delitos partía del presupuesto asumido de que la policía realizó efectivamente la notificación y esta había sido recibida por las eventuales víctimas[1546]. Los otros 6 casos (*improbables*), fueron cometidos fuera de la jurisdicción en donde el ofensor vivía o trabajaba, por lo que la notificación no habría tenido

[1539] PETROSINO, A. y PETROSINO, C. 1999. The Public safety potential of Megan's Law in Massachusetts: An Assessment from a Sample of Criminal Sexual Psychopaths. Crime & Delinquency. 45(1). pp.140,141,145
[1540] *Ibíd.* p.145
[1541] *Ibíd.* pp.145-146
[1542] *Ibíd.* p.148
[1543] *Ibíd.* p.149
[1544] *Ibíd.* p.149
[1545] *Ibíd.* p.150
[1546] *Ibíd.* p.150

efecto alguno[1547]. El estudio concluye que el potencial de seguridad pública de la ley de registro para prevenir crímenes sexuales realizados por *stranger-predatory* es *limitado*[1548].

TEWKSBURY (2006) realizó una investigación para estudiar cómo los ofensores interactuaban y mantenían su información contenida en el Registro de Kentucky[1549]. La muestra estuvo compuesta por un total de 121 agresores registrados. Los resultados arrojaron que el 31.9% creía que jamás eran reconocidos por la comunidad y el 35% *nunca* fue contactado por la policía. Ahora bien, el Registro fue principalmente creado para tratar casos de alta connotación pública, sin embargo, del total de agresores contra menores de edad (77), el 36.2% creía que nunca eran reconocidos y el 36.5% nunca fue contactado por la policía[1550] El autor concluye que a menudo, los registrados no experimentan propiamente una monitorización muy cercana[1551].

PRESCOTT y ROCKOFF (2008) concluyeron en su estudio que los Registros se encuentran asociados al decrecimiento de la reincidencia de agresores sexuales *conocidos* (la llamada *disuasión específica*) pero no tendrían incidencia en la cantidad de delitos cometidos por individuos no registrados (*disuasión general)*[1552]. Según la investigación, los autores señalaron que las leyes (estrictamente) de registro *reducen la reincidencia*, particularmente contra los vecinos y conocidos de los registrados –entendidos como eventuales víctimas-[1553], presumiblemente por incrementar la monitorización y por el aumento de la probabilidad de castigo al que se enfrentan los reincidentes[1554]. La evidencia no da cuenta de que el registro influya en el alcance de los delitos contra extraños[1555]. En cuanto a las leyes (estrictamente) de notificación, estas también tendrían un *efecto en la frecuencia* con la que se producen los delitos sexuales, desincentivando particularmente a los agresores sexuales no registrados[1556]. Sin embargo, por otro lado los autores señalan que cualquier impacto beneficioso del registro en la reincidencia se vería contrarrestado por la implementación de la *notificación*, dado que sus aspectos punitivos pueden tener consecuencias perversas. Por tanto, la disyuntiva del sistema de notificación se traduce en que mientras algunos potenciales ofensores no registrados pueden ser disuadidos mediante la amenaza de la notificación

[1547] *Ibíd.* p.152
[1548] *Ibíd.* p.154
[1549] TEWKSBURY, R. 2006. *op.cit.* p.2
[1550] *Ibíd.* p.4
[1551] *Ibíd.* p.5
[1552] PRESCOTT, J.J. y ROCKOFF, J.E. 2011. *op.cit.* p.180
[1553] *Ibíd.* p.192
[1554] *Ibíd.* pp.180-181
[1555] *Ibíd.* p.192
[1556] *Ibíd.* p.181

y las consecuencias adversas asociadas, la imposición *ex post* de dichas sanciones en ofensores ya condenados puede hacerlos más propensos a reincidir, producto del sometimiento a la burla pública y al aislamiento social[1557]. Concluyen que la *amenaza* de ser registrado tiene un efecto *estadísticamente insignificante* en la producción de los delitos sexuales anuales. De todas formas, el registro efectivo de los ofensores *sin notificación* reduciría las tasas de delincuencia[1558].

SANDLER, FREEMAN y SOCIA (2008) evaluaron la diferencia en las tasas de arresto por delitos sexuales *antes* y *después* de la promulgación de la *New York State's Sex Offender Registration Act* (efectiva desde el 21 de Enero de 1996), con el objeto de determinar si esta incrementaba la seguridad del público[1559]. El Registro distinguía entre tres niveles de riesgo basado en la evaluación del tribunal sobre la probabilidad de que los ofensores reincidan en el mismo delito o un delito *registrable* similar[1560]. La muestra consideró los antecedentes criminales de cada ofensor arrestado por un delito sexual *registrable* entre enero de 1986 (10 años antes de la entrada en vigencia del Registro) y diciembre de 2006 (11 años después de la entrada en vigencia del Registro)[1561]. En consecuencia, el análisis se enfocó en los arrestos verificados durante 21 años (252 meses) en el estado de New York[1562]. El estudio concluyó que el Registro de New York del año 1996 no tuvo un impacto significativo en las tasas del total de delitos sexuales, violación o abuso sexual infantil, ya sea en los términos de los delitos cometidos por primera vez o los cometidos por ofensores con condenas previas[1563]. Además, los resultados dieron cuenta que el 95.88% de todos los arrestos por delitos *registrables*, el 95.9% de todos los arrestos por violaciones y el 94.1% de los arrestos por abusos sexuales de menores, fueron por ofensores sexuales primerizos (sin antecedentes penales), por lo que *ninguno de ellos figuraba en el registro de ofensores sexuales*. Esto significa que del total de arrestos durante 21 años en el Estado de New York, sólo el 4% correspondió a individuos que contaban con condenas previas. Esto justifica los reparos que se deben tener respecto de la eficacia de las leyes de registro y notificación[1564].

1557 *Ibíd.* p.181
1558 *Ibíd.* p.181
1559 SANDLER, J., FREEMAN, N. y SOCIA, K. 2008. Does a watched pot boil? A time-series analysis of New York State's Sex Offender Registration and Notification Law. Psychology, Public Policy and Law. 14(4). pp.285-286
1560 *Ibíd.* p.288
1561 *Ibíd.* p.288
1562 *Ibíd.* p.289
1563 *Ibíd.* p.297
1564 *Ibíd.* p.299

Los investigadores ZGOBA, WITT y OTROS (2008) estudiaron el impacto de los efectos del Registro de New Jersey, analizando la información de *antes* y *después* de que la ley fuese promulgada[1565]. Desde el año 1985, la tasa de delincuencia sexual ha ido disminuyendo, al igual que los re-arrestos por crímenes violentos[1566]. El estudio mostró que la disminución más importante ocurrió con anterioridad a 1994, y la menor, después de 1995.

La investigación tuvo una muestra de 550 ofensores sexuales de New Jersey, arrestados y liberados con anterioridad y posterioridad a la implementación del Registro, examinando ambos grupos para evaluar diferencias de la reincidencia en general[1567].

Entre sus conclusiones, cabe mencionar: (1) la Ley Megan no reduce el número de reincidencia cuantificada en re-arrestos y no tiene un efecto demostrable en el tiempo comprendido entre la liberación de los ofensores sexuales de prisión y el tiempo que fueron nuevamente arrestados por cualquier tipo de delito[1568]; (2) la mayoría de los delitos sexuales sentenciados en New Jersey son condenas por incesto o abuso de menores, en donde la mitad de los casos, la víctima conocía a su ofensor. En este ámbito, la *Megan's Law* no produce efectos preventivos[1569]; (3) La Ley Megan no tiene un efecto demostrable en la reducción de la cantidad de víctimas de los delitos sexuales[1570]; (4) después de la entrada en vigencia de la ley, los ofensores sexuales que fueron condenados recibieron penas más breves en comparación con aquellos que habían sido condenados con anterioridad a esta. Sin embargo, el número de libertades condicionales otorgadas con posterioridad a la promulgación de la ley ha disminuido, por lo que técnicamente, ambos grupos de ofensores terminaron cumpliendo el mismo tiempo[1571] y (5) en 1995, el costo de implementación de registros para New Jersey fue de $555,565, monto que ascendió a $3,9 millones de dólares para el año 2006[1572].

ANDERSON y SAMPLE (2008) buscaron responder tres preguntas: (i) ¿en qué medida los ciudadanos acceden al Registro de ofensores sexuales?; (ii) ¿los ciudadanos se sienten más seguros contando con esta información?; (iii) las acciones tomadas, ¿son resultado de la información

---

1565 ZGOBA, K., y BACHAR, K. 2009. Sex Offender Registration and Notification: Limited effects in New Jersey. U.S. Department of Justice. Toward Criminal Justice Solutions. p.1
1566 ZGOBA, K., WITT, P., DALESSANDRO, M., y VEYSEY, B. 2008. Megan's Law: Assessing the Practical and Monetary efficacy. National Institute of Justice. Office of Justice Programs: US Department of Justice. pp.37-38
1567 *Ibíd.* p.21
1568 *Ibíd.* pp.39,41
1569 *Ibíd.* p.32
1570 *Ibíd.* p.39
1571 *Ibíd.* p.27
1572 *Ibíd.* p.35

conocida a través del registro?[1573]. Conforme al Estatuto de Nebraska, respecto de los ofensores clasificados en el Nivel I de riesgo (*Low*), sólo se notifica a las autoridades policiales; en el nivel II (*Moderate*), se notifica a ciertas organizaciones (guarderías, escuelas, etc.); en el Nivel III (*High*), el público general es notificado mediante noticias y además, existe la posibilidad de que puedan acceder al Registro de internet[1574]. La cantidad de público entrevistado fue de 1.821 adultos de Nebraska, de 19 años o más. Los resultados de la investigación dieron cuenta que el 89.8% tenía conocimiento de la existencia del Registro estatal[1575]. Pese a que gran parte de los entrevistados estaban conscientes del Registro, sólo un 34.8% de los encuestados había accedido a la información[1576]. El 65.2% restante, aseveró que no ha ingresado al Registro, y entre las razones entregadas, se mencionó que las consultas eran realizadas por amigos, vecinos o familiares, por lo que no les era necesario a los entrevistados acceder a la base de datos.[1577] Esto se encuentra en concordancia con otros estudios, los que refieren que la familia (7%), amigos (10%) y la escuela (9%) son fuentes de información acerca de ofensores y delitos sexuales[1578]. Respecto a la pregunta acerca de la *seguridad*, esta fue respondida sólo por 551 de las personas de un total de 1.821 (30.2%). De estos, el 88% señaló sentirse más seguros tras enterarse de los paraderos de los ofensores sexuales[1579]. Además, el 87.6% afirmó que el registro ayudaba a mantener a su familia más segura[1580]. Por último, en cuanto a las acciones preventivas tomadas, el 37.6% señaló que las había tomado como resultado de la información disponible en el registro (difundir la información o charlar con los hijos), mientras que el 62.4% sostuvo no haber tomado ninguna acción preventiva como consecuencia de la información del Registro[1581]. El estudio concluyó que la mayoría de la gente entrevistada en Nebraska no consulta proactivamente el Registro[1582].

LETOURNEAU, LEVENSON y OTROS (2010) examinaron la tasa de reincidencia de 6.064 hombres de 16 años o más que fueron condenados -al menos una vez- por un delito sexual, cuya ocurrencia se haya verificado entre el 1 de Enero de 1990 y el 31 de Diciembre de 2004 en South Carolina. El promedio de seguimiento de fue de 8.4 años y al menos la mitad de los individuos

1573 ANDERSON, A. y SAMPLE, L. 2008. *op.cit.* p.377
1574 *Ibíd.* p.378
1575 *Ibíd.* p.382
1576 *Ibíd.* p.384
1577 *Ibíd.* p.385
1578 LEVENSON, J.S., KATZ-SHIAVONE, S. y ACKERMAN, A. 2008. *op.cit.* p.299
1579 ANDERSON, A. y SAMPLE, L. 2008. *op.cit.* p.386
1580 *Ibíd.* p.387
1581 *Ibíd.* p.387
1582 *Ibíd.* p.388

(3.231 = 53%) fue registrado en algún momento del período referido[1583]. El registro de South Carolina entró en vigencia en 1995, de aplicación retroactiva y aplicación por vida[1584]. La reincidencia se definió en función de (a) nuevos cargos presentados y (b) condenas por: (i) delitos sexuales, (ii) otras ofensas contra personas (ej. Robo y violencia doméstica) y (iii) delitos que no sean contra personas (desórdenes públicos, daño a la propiedad, manejo en estado de ebriedad, entre otros)[1585]. La tasa de reincidencia por delitos sexuales fue de 8% por nuevos cargos y de un 5% por nuevas condenas[1586]. Los resultados indicaron que el *status* de *ofensor sexual registrado* al momento de la reincidencia no está asociado con la reducción del riesgo de reincidir en un delito sexual o con la reducción en el tiempo de detección de un agresor sexual reincidente. Por tanto, no existe evidencia que la política de Registro de South Carolina disminuya las tasas de reincidencia de delincuencia sexual[1587].

En síntesis, y tal como concluye el meta-análisis realizado por ZGOBA, MINER, LEVENSON y OTROS (2015), no existe evidencia empírica que demuestre la eficacia de los Registros Públicos y los sistemas de notificación, al contrario, esta suele dar cuenta de que no tendrían efectos significativos en la reincidencia, no satisfaciendo la finalidad que se proponen[1588].

2.3.4. Disminución de las tasas de abuso sexual en Estados Unidos.

¿Se debe a la implementación de los Registros Públicos?

En Estados Unidos se ha analizado el fenómeno de la disminución de casos de abuso sexual desde el año 1992 hasta el año 2004[1589]. Los estudios citados por FINKELHOR señalan que los casos probados de abuso sexual se han reducido en un 40%, pasando desde un estimado de 150.000 casos a 89.500 casos[1590]. Respecto al recuento de violaciones, mediante una encuesta de la

---

1583 LETOURNEAU, E., LEVENSON, J., BANDYOPADHYAY, D., DEBAJYOTI, S. y ARMSTRONG, K. 2010. Effect of South Carolina's sex offender registration and notification policy on Adult Recidivism. Criminal Justice Policy Review. 21(4). p.442

1584 *Ibíd.* p.443

1585 *Ibíd.* p.444

1586 *Ibíd.* p.454

1587 *Ibíd.* p.452

1588 ZGOBA, K., MINER, M., LEVENSON, J., KNIGHT, R., LETOURNEAU, E. y THORNTON, D. 2015. *op.cit.* p.7

1589 FINKELHOR, D. y JONES, L. 2006. Why have child maltreatment and child victimization declined?. Journal of Social Issues. 62(4). p.692

1590 FINKELHOR, D. y JONES, L. 2004. Explanations for the decline in child sexual abuse cases. U.S. Department of Justice. Juvenil Justice Bulletin. p.1

National Crime Victimization Survey, se estableció que entre los años 1973 y 1988, existía una tasa de 2.5 víctimas por cada 1.000 personas de 12 años de edad, la cual descendió al 1% en 1995[1591].

Autores han manifestado escepticismo ante las estadísticas expuestas dado que se basan en *casos reportados,* por lo que el fenómeno de disminución de las tasas de abuso sexual podría no ser tal[1592].

Para explicar esta disminución, se han esbozado diferentes tesis. Ante la falta de evidencia que sustenta a gran parte de ellas (entre las que se encuentran el cambio a un estándar más conservador por parte de los Servicios de Protección infantil; modificaciones en la recolección de datos y metodología aplicada para el análisis de estos; reducción en las cifras de denuncias)[1593], se ha planteado la hipótesis que no existiría propiamente un *factor externo explicativo* -en términos de recolección de datos como los referidos- de este declive, sino que estaríamos ante una efectiva disminución de casos[1594].

En términos *hipotéticos,* los Registros en conjunto a los sistemas de notificación podrían ser un factor de la disminución de casos de abuso sexual probados en Estados Unidos. Sin embargo, es menester analizar esta afirmación.

Lo primero que cabe asentar es que correlación no implica (necesariamente) causalidad**.** Tal como se señaló anteriormente, los Registros con sistemas de notificación comenzaron a ser implementados masivamente en el año 1994, momento en el cual la tasa de criminalidad en Estados Unidos *ya venía en descenso*. FINKELHOR considera que los Registros no pueden ser el factor *primario* que explique esta disminución en las cifras, aunque podrían haber tenido un cierto efecto en el descenso de la tasa de abusos sexuales[1595]. Para sostener la causalidad entre dos eventos, esto es, {A} y {B}, lo primero que se debe verificar es que en términos temporales {A} necesariamente preceda a {B}. Si se pretende afirmar que [{A} «la implementación de los Registros y sistemas de notificación»] *es causa de* [{B} «decrecimiento de la tasa de delitos sexuales»], se requiere que A anteceda a B. Sin embargo, fácticamente la relación es inversa, en tanto el comienzo del fenómeno {B} precede al evento {A}. Por ello, los Registros sólo pueden haber *contribuido* a la disminución de los delitos sexuales, pero en caso alguno son la *causa* principal.

En consecuencia, el fenómeno encuentra su explicación en una disminución *generalizada de la criminalidad violenta en los Estados Unidos,* dado que las investigaciones que dan cuenta del efecto

[1591] WACQUANT, L. 2010. *op.cit.* p.304
[1592] FINKELHOR, D. y JONES, L. 2006. *op.cit.* p.687
[1593] FINKELHOR, D. y JONES, L. 2004. *op.cit.* p.2
[1594] *Ibíd.* p.10
[1595] FINKELHOR, D. 2009. *op.cit.* p.173

que han tenido los Registros según cada estado, demuestran que en algunos de ellos no existe variación alguna en las tasas de delitos sexuales, mientras que en otros decrece y en otros aumenta. La explicación de este declive puede responder a otros factores, tales como la mejora de condiciones económicas de Estados Unidos desde la década de los noventa[1596], el dramático aumento de encarcelados[1597], el aumento del contingente policial y agentes de intervención social[1598]; avances de la *psico-farmacología*[1599]; programas de protección de menores; políticas criminales que aumentan la persecución penal, la sensibilización de la opinión pública y la difusión de nuevos tratamientos para los círculos familiares y problemas de salud mental[1600].

En este sentido, es importante considerar que las leyes relativas a los ofensores sexuales pueden tener un efecto en la *disminución de reportes* de abusos sexuales y no necesariamente una *disminución efectiva en la producción* de estos delitos[1601].

Por último, este fenómeno de decrecimiento de la incidencia de delitos sexuales se contrapone abiertamente con la extensión de una demanda punitiva más severa respecto de los agresores sexuales y con la proliferación de la legislación sexual que busca evitar la criminalidad sujeta a análisis.

2.4. Conclusión respecto de la eficacia de los Registros

De esta forma, la *idoneidad* de los Registros y sistemas de notificación se ve desprovista de fundamento en dos dimensiones:

(i) Asumiendo *ex ante* la eficacia de estos mecanismos para prevenir la reincidencia y aumentar la seguridad de la población, aún subsisten consecuencias negativas tanto en un plano fenoménico como normativo, ya sea por el detrimento en ofensores, familiares y víctimas como la contravención al ordenamiento constitucional;

(ii) Si se asume que estos efectos son un *costo necesario* en pos de obtener los beneficios consecuentes de las finalidades que se pretenden satisfacer, de todas formas no existe suficiente evidencia empírica que respalde y acredite el cumplimiento de este *desiderátum*. Al contrario, los escasos estudios en la materia cuestionan la eficacia de los Registros y los sistemas de notificación.

1596 FINKELHOR, D. y JONES, L. 2006. *op.cit.* p.698
1597 *Ibíd.* p.699
1598 *Ibíd.* pp.700-702
1599 *Ibíd.* pp.705-707
1600 SPOONER, K. 2011. *op.cit.* p.130
1601 TABACHNICK, J. y KLEIN, A. 2011. *op.cit.* p.14

2.5. Comentario del Registro de inhabilidades chileno

El Registro de Inhabilidades para condenados por delitos sexuales contra menores de edad en nuestro país es de carácter *público,* en tanto la información contenida se encuentra disponible para todos los individuos que consulten la página web del Registro Civil. Por su parte, la *notificación* tiene una modalidad *pasiva,* dado que no es la autoridad quien lleva a cabo una acción –positiva- para entregársela a la comunidad, sino que exige que esta requiera la información al órgano que administra la base de datos.

La lógica subyacente con la que opera el *Registro de inhabilidades* es la siguiente: (i) los empleadores que deban contratar a personal cuyas funciones impliquen el contacto con menores, deberán consultar al Registro antes de llevar a cabo la contratación y (ii) presupone que los padres o familiares cercanos de los menores de edad no tienen conocimiento efectivo de si un establecimiento educacional o cualquier entidad que trabaje en contacto con ellos, ha contratado a una persona que cuenta con antecedentes penales por delitos sexuales *registrables*. Pudiendo los requirentes acceder a la información, este déficit de conocimiento -que se encuentra funcionalmente vinculado al aumento del riesgo de comisión de un delito sexual- puede ser reducido.

Para demostrar la falta de utilidad del Registro Público de inhabilidades, me valdré del siguiente caso hipotético: En el evento en que una persona (solicitante) requiera contratar los servicios de otra (postulante) para un empleo que implique el contacto habitual y directo con menores, pueden existir dos escenarios:

(1) En el primer escenario (y que se corresponde con nuestra realidad), existe el Registro Público de inhabilidades, por lo que el solicitante puede consultarlo para efectos de saber si el postulante tiene una *inhabilidad* para trabajar con menores. Según la información que aparezca ante la consulta, el solicitante llevará o no a cabo la contratación.

(2) Un segundo escenario es aquel en donde *no existe* un Registro Público de inhabilidades, esto es, el solicitante no puede acceder a la información de las inhabilidades por sí mismo, por lo que deberá requerirle al postulante la presentación de un certificado de antecedentes. Y acá se bifurcan dos hipótesis, a saber, (i) el postulante presenta su certificado de antecedentes, y según exista consignación de la inhabilidad o no, se llevará a cabo su contratación; (ii) en la segunda

hipótesis, el postulante se niega a entregar su certificado[1602]. Ante ello, el único caso problemático sería aquel en que el solicitante decida contratarlo de todas formas. Y este *supuesto conflictivo* no puede ser solucionado de forma alguna por el Registro, porque finalmente dependerá de la voluntad del empleador llevar a cabo la contratación, pese a que el postulante no haya querido presentar sus antecedentes. En este sentido, el Registro -por sí solo- no tiene eficacia preventiva para los efectos que fue concebido, a saber, evitar la contratación de individuos que tienen inhabilidades. Por ello, la utilidad que le resta sólo consiste en que la comunidad se informe de si una persona tiene antecedentes penales por delitos sexuales, lo que difiere de la justificación inicial de su implementación y le deja el eventual componente vergonzante y estigmatizador.

Se podría refutar lo expuesto, sosteniendo que el Registro tendría utilidad en la siguiente hipótesis: un individuo que tiene antecedentes penales por delitos *no* sexuales, postula a un trabajo que implica el contacto con menores, y pese a que no existe ningún impedimento o inhabilidad para trabajar con ellos, ante el requerimiento que le haga el empleador de su certificado de antecedentes penales, el postulante no querrá presentarlo porque en este se consigna su historial delictivo -diverso al sexual-. El Registro sería una solución en este supuesto, porque el solicitante podría consultar y tener conocimiento de si el postulante está afecto de una inhabilidad, recurriendo el Registro y con ello, no tendrá que -necesariamente- enterarse de los antecedentes penales de un individuo que en nada le impedirían trabajar con menores[1603]. Sin embargo, bajo esta lógica, el postulante no podría acceder a ningún cargo o empleo, porque estaría reticente a presentar sus antecedentes delictivos en todo tipo de trabajo, sin que exista propiamente una prohibición para trabajar en esa área como sucede con los menores, en donde tampoco tendría una inhabilitación.

De esta forma, al Registro sólo le resta una funcionalidad *reactiva* en supuestos en donde se haya llevado a cabo la contratación de un individuo con inhabilidades para trabajar con menores, por lo que le correspondería la ciudadanía fiscalizar esta situación mediante la consulta del Registro. Por tanto, el Registro opera en una hipótesis residual que se erige sobre la premisa de la *negligencia del empleador* al momento de contratar a un individuo que cuenta con inhabilidades

La interrogante que cabe realizarse es la siguiente: ¿es redundante un Registro Público mientras se pueda exigir un documento de antecedentes penales? La mención al registro criminal

[1602] El postulante podría eventualmente negarse, por ejemplo, en el supuesto de que la petición no esté fundamentada, por entender que su historial delictivo forma parte de su privada o intimidad. Véase en: JACOBS, J. y LARRAURI, E. 2010. *op.cit.* pp.34-35

[1603] Historia de la ley Nº 20.594. 2012. *op.cit.* p.48

del individuo no es antojadiza: el contenido del Registro consiste en las *inhabilidades temporales* o *perpetuas* para trabajar con menores, por lo tanto, la función queda circunscrita por esta información. El hecho de que esto sea lo único que se puede saber mediante su consulta, tiene un lado positivo, en tanto se prescinde de mostrar datos privados del ofensor sexual que harían más intrusivo al mecanismo en comento. Sin embargo, también es una gran desventaja: la exclusiva referencia a una pena de inhabilitación impuesta conlleva la cualificación de un individuo como *ofensor sexual* (u otras denominaciones, como «pedófilo»), para todos sus efectos y no solamente en el contexto de un proceso de contratación en trabajos que impliquen el contacto con menores. Esto abre las instancias en donde la comunidad puede consultar el Registro con el objeto de obtener una información que puede desencadenar las perniciosas consecuencias descritas en los parágrafos anteriores: agresiones, asedio y violencia contra el individuo que *ya ha cumplido* con una condena previamente impuesta.

Como se ha referido, el sistema de Registro no permite conocer el tipo penal por el cual se encuentra condenado el individuo, sólo arroja como respuesta *sí/no* ante la consulta por la existencia de una inhabilidad. Esto puede ser contraproducente, porque se considerará a la persona inmediatamente como un «delincuente sexual» a partir de una lógica binaria, siendo que cada delito presenta distintos presupuestos, diversos medios de comisión, etc., lo que da cuenta de un tratamiento homogéneo que presume equivalente peligrosidad de todos los registrados. Cabe aclarar que no abogo por una profundización de los detalles en la información con la que cuenta el Registro, sólo constato la lógica con la que opera el sistema: *o se es «pedófilo» o no se es*[1604]. En esta medida, el Registro chileno no provee información relativa a la naturaleza del delito, por lo cual, no entrega la información suficiente para comprender el actuar del sujeto, sino simplemente es un Registro que *funciona con la lógica binaria de delincuente/no delincuente*. De esto se sigue que tampoco sea posible poder establecer a partir de un baremo objetivo la peligrosidad del individuo en cuestión, considerando que no existe indicación del quantum –en específico- de la pena impuesta, lo que debe ser colegido de la naturaleza de la inhabilidad (absoluta perpetua o temporal)

Lo óptimo hubiese sido mejorar el mecanismo de consulta del Registro General de Condenas, conservando su carácter *restringido*, al cual sólo deberían acceder las instituciones públicas o privadas que requiriesen la información para llevar a cabo una contratación. Un modelo

[1604] La referencia al concepto «pedófilo» no es meramente casual. Si se efectúa la búsqueda de la Ley Nº 20.594 en la Biblioteca del Congreso Nacional, a la cual se puede acceder mediante internet, es posible encontrar una versión virtual de la ley en formato *.pdf. En la primera página del documento en cuestión, el título corresponde a la siguiente denominación: "Título Ciudadano: Registro de Pedófilos". Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1041136>.

de este tipo, en donde el acceso se encuentra restringido sólo para empleadores de trabajos que involucren el contacto con menores, es el que opera en Honk Kong[1605], Alemania e Italia[1606].

Por último, un Registro como el que rige en nuestro país requiere evidencia empírica que justifique su implementación. En este sentido, es menester que los estudios apunten a develar la proporción de casos donde el abuso sexual de los niños se produce en el entorno de trabajo de los agresores[1607].

2.6. Propuesta Modelo Explicativo Del Déficit De Eficacia

En mi opinión, se puede conceptualizar el *status* en el que se encuentra la comunidad al momento de ser notificada y con posterioridad a la notificación. Dado que estas operan advirtiendo la llegada de una «fuente de peligro» que debe ser neutralizada y contenida, predispone a la comunidad a adoptar una posición *pasiva-defensiva*, y una vez que esta se percata que tiene el control de la neutralización vía gestión de datos y que es el ex condenado quien se encuentra en una situación de vulnerabilidad, procede a adoptar una posición *activa-ofensiva,* que genera el daño en el agresor. El proceso a notificación provoca miedo en la comunidad y esto se trasforma en ansiedad, y a su vez, en una amenaza identificable, preocupándose no de un individuo *desconocido*, sino que de uno *particular*[1608].

La utilidad de la información contenida en un Registro Público (en su esencia, que una persona *ha sido condenada* por un delito sexual *registrable*), está condicionada a la gestión que se realice de la misma y a su vez, a los objetivos que se pretendan satisfacer. Sostengo que esta información no permite *evitar la reincidencia*, y en contrapartida, sí tiene aptitud para *evitar la reinserción,* dado que los registros no sólo afectan las relaciones humanas ya consolidadas (principalmente familiares) sino también las eventuales que el ofensor pudiese llegar a entablar[1609]. El fundamento de la premisa expuesta consiste en que la *reincidencia* y la *reinserción* -entendidas como procesos- pueden ser reducidas a *eventos,* ya sea a un delito o a una instancia social, los cuales difieren en su naturaleza. Mientras que los delitos se circunscriben en *escenarios dinámicos no*

[1605] VESS, J., DAY, A., POWELL, M. y GRAFFAM, J. 2011. *op.cit.* p.2
[1606] SALAT PAISAL, M. 2016. *op.cit.* pp.332-333
[1607] Para una revisión crítica de las bases del Registro en Hong-Kong, consultar: HAU-NUNG CHAN, A. 2011. A Culture of Protection: The Establishment of a Sex Offender's Register in Hong Kong. Global Studies of Childhood. 1(1).
[1608] BEDARF, A. 1995. *op.cit.* p.907
[1609] THOMAS, T. 2011. *op.cit.* p.139

previsibles, las instancias sociales de reinserción se enmarcan en *escenarios estáticos* de *interacción previsible.*

En los *escenarios dinámicos no previsibles*, el carácter *dinámico* radica en que no se encuentra sujeto a regla ni normativa y su imprevisibilidad está dada por el no poder conocer de antemano quiénes serán los agentes (específicos) involucrados en el evento, ni el lugar, ni el *cuándo* ni el *cómo* se producirán. En los *escenarios estáticos de interacción previsible* existe una cierta protocolización reglada (no necesariamente en una *norma positiva*) y en virtud de ello, se establece un marco de previsibilidad en el desarrollo del *evento* (ya sea en cuanto a ubicación espacio-temporal o en el cómo se darán).

Habiendo distinguido ambos escenarios, mi tesis es que la información que se ha referido como el componente esencial de los Registros (saber que un individuo cuenta con antecedentes penales por delitos sexuales) sólo opera de forma óptima en un *contexto estático*, mas no en el *dinámico*.

En un escenario perfecto, podemos suponer que todas las (potenciales) víctimas están en conocimiento de todos los (potenciales) victimarios. Esta información no resulta útil en un *escenario dinámico de interacción no previsible*, puesto que no permite saber quiénes serán los agentes –en específico- involucrados (cuál de todas las víctimas y cuál de todos los victimarios concurrirá en *una* interacción delictiva), ni el *cómo* ni el *cuándo* se producirá dicho encuentro. En este sentido, BEDARF sostiene que las *comunidades informadas* pueden hacer sólo un poco más en comparación con las *no informadas*. Si el miedo consiste en que los menores sufran secuestros en lugares públicos, tener conocimiento de la identidad de *un* ofensor sexual no ayudará a los individuos a ser más vigilantes al cuidar a sus hijos o a escoltar a sus amigos hasta los automóviles estacionados[1610].

Ahora bien, entiendo que un Registro no busca determinar -a priori- *quién* será el victimario, *dónde* cometerá el delito ni *cuándo* lo hará, sino que pretende que la comunidad gestione y adopte las medidas de prevención para evitar la comisión de delitos. El problema es que la gestión de la información ofrecida no permite solventar todas las variables delictivas. En un plano fenoménico, con dicha información las potenciales víctimas podrían evitar acercarse a los potenciales victimarios, pero nuevamente, en un contexto de hacer frente a un escenario que no es posible *prever*, la gestión deberá ser lo suficientemente óptima como para prevenir la comisión de un ilícito. Este déficit en la optimización de la información se ve reflejado en el hecho de que,

[1610] BEDARF, A. 1995. *op.cit.* p.907

dada la instauración de los registros on-line, personas de cualquier parte del mundo tienen la posibilidad de acceder a los datos de los ofensores, aunque estas no puedan ser víctimas o siquiera entrar en contacto con ellos[1611].

Por contrapartida, la gestión de la información sí es útil en instancias sociales de reinserción, entiéndase por ellas, el acceso a empleos, a viviendas, a clubes vecinales. En un caso hipotético, si una misma persona pudiese eventualmente ser una víctima y un empleador del ofensor registrado, gestionando idéntica información le puede ser útil para no darle empleo por su condición de registrado, pero no así, para evitar que el primero atente contra él, dado que la *interacción es distinta* y la gestión de ella sólo es útil en el supuesto de un *escenario estático* de reinserción.

Y en este punto cabe precisar que la utilidad de la gestión de la información no sólo está sujeta al eventual escenario, sino al ente portador que la administra. Por ello, difiere que la información esté en manos de un *órgano policial* que en las de una *potencial víctima*. De hecho, en el último tiempo se ha producido un fenómeno en el cual la sociedad tiene mayor participación en materia del tratamiento de la delincuencia, prestando colaboración con la política en la prevención del delito e identificación y detención de los ofensores sexuales[1612].

En contrapartida, si el *registro* -entendido en términos orgánicos como un *proceso*- se lleva a cabo exclusivamente ante la autoridad policial, esta puede concretizar gestiones de monitorización que permitan neutralizar al ofensor sexual y particularmente, optimizar el trabajo *retrospectivo* en las investigaciones que se realicen de un delito ya cometido.

Con el modelo expuesto pretendo responder al *¿por qué no funcionan los Registros y sistemas de notificación?*. Ahora cabe preguntarse, *¿esto es simplemente un error del legislador o se pretende buscar otro efecto*? Y aquí es donde concluyo que –lamentablemente- la pretensión de los agentes que crean las políticas criminales no es –en el fondo- evitar la reincidencia ni proteger a la comunidad. Difícilmente podríamos estar ante el *error de un órgano técnico* que tiene los medios para abastecerse de informes y estudios que den cuenta de la (in)eficacia de los mecanismos registrales, considerando que el déficit de estudios científicos –o bien, su consulta- impacta negativamente en el desarrollo de las políticas públicas[1613], por lo que este «aparente» error tiene otro trasfondo, propiamente político, un fenómeno de *institucionalización de la ignominia.* En otras palabras, si esta estrategia es ineficaz, *¿por qué se sostiene*? Porque pese a su ineficacia preventiva, de todas formas

[1611] CARPENTER, C. y BEVERLIN, A. 2012. *op.cit.* p.1094
[1612] DÍEZ RIPOLLÉS. 2004. *op.cit.* p.18
[1613] MACCHINO FARÍAS, M.A. 2007. *op.cit.* p.480

permite humillar al ofensor sexual, un ser que es considerado «enfermo» y por lo que este tipo de medidas es bien vista por la sociedad, sin que exista una verdadera pretensión de satisfacer los propósitos formalmente declarados –prevención y seguridad-. Mantener satisfecha a la comunidad –reducida a una masa de votantes- se traduce en réditos para la clase política, sin importar el rigor científico de las medidas político-criminales. A su vez, trae beneficios económicos a los medios de comunicación, explotando el fenómeno delictivo de forma sensacionalista y por último, permite canalizar los miedos de la comunidad. En este sentido, SALAT PAISAL, respecto del *registro y notificación de «delincuentes sexuales»*, sostiene que "(…) cabe sospechar que el verdadero motivo de su aprobación era satisfacer a la opinión pública con el objetivo de incrementar la sensación de seguridad por parte de la ciudadanía más que buscar una solución al problema social que representan los delitos contra la libertad e indemnidad sexual"[1614].

2.7. Panorama general de críticas elaboradas sobre los sistemas de registro y notificación

FREEMAN LOGO ha identificado una serie de problemas que presentan los Registros de ofensores sexuales y los sistemas de notificación. Dado que estos han sido tratados en la presente tesis, a continuación se ofrece una panorámica sintética de las críticas realizadas a los Registros y sistemas de notificación:

(i) *Origen de las notificaciones públicas*: nacen como propuestas reactivas a crímenes horrendos, caracterizados por las muertes de las víctimas, generalmente de forma violenta. Pese a ello, la mayoría de los delitos sexuales no envuelven asesinatos o violencia[1615].

(ii) *Falta de evidencia empírica que respalde la eficacia de los registros:* no existen estudios en la materia que den cuenta fehacientemente de la eficacia de los registros[1616].

(iii) *Costo*: los Registros y sistemas de notificación, para asegurar el cumplimiento de sus pretensiones, requieren una constante monitorización sobre los agresores sexuales, el cual es efectuado por agencias policiales, Cortes judiciales y otras entidades, las que requieren ser financiadas, por lo que la implementación de los mecanismos resulta altamente costosa[1617].

[1614] SALAT PAISAL, M. 2015. *op.cit.* p.33
[1615] FREEMAN-LONGO, R.E. 2001 Revisiting Megan`s Law and Sex offender registration: Prevention or Problem [en línea] <http://www.appa-net.org/eweb/docs/appa/pubs/RML.pdf> [consulta: 28 enero 2017] p.4
[1616] *Ibíd.* p.4
[1617] *Ibíd.* p.4

(iv) *Violencia subsecuente:* los sistemas producen violencia en contra de los ofensores sexuales materializada en ataques públicos, que también afectan a individuos erróneamente confundidos, ataques a la propiedad, etc.[1618].

(v) *Extensión a otros crímenes*: cabe preguntarse por la necesidad de imponer este tipo de medidas respecto de delitos sexuales, siendo que no existen en ilícitos de otra naturaleza pero igual gravedad, como los homicidios, maltrato infantil, conducción en estado de ebriedad con resultado de muerte, entre otros[1619].

(vi) *Confidencialidad:* los registros públicos funcionan mediante la difusión de información personal de los agresores, desde diagnósticos médicos hasta el número de la licencia de conducir, lo cual se extiende a información de familiares e inclusive, se puede llegar a develar la misma identidad de la víctima[1620].

(vii) *Derechos constitucionales:* la constitucionalidad puesta en tela de juicio dice relación con los potenciales derechos que pueden verse afectados, tales como el derecho a la privacidad, al honor, el debido proceso, entre otros[1621].

(viii) *Más allá del castigo:* los efectos sancionatorios sobre los ofensores sexuales exceden las intenciones de protección del público y prevención de la reincidencia. Las consecuencias se extienden inclusive a la pérdida de viviendas y empleos de los registrados[1622].

(ix) *Prevención primaria:* debilita el enfoque en la *prevención* primaria, siendo menos costosa y más eficaz, no existiendo propiamente una intención de evitar la comisión de delitos sexuales, en tanto los Registros y sistemas de notificación resultan estériles para evitar la reincidencia que ya presupone la comisión de un delito sexual por parte del registrado[1623].

(x) *Falsa sensación de seguridad*: parece ser una solución emocional efectista, en donde su (supuesta) utilidad preventiva se dirige a los terceros extraños, siendo que la mayoría de los delitos sexuales se producen por los círculos cercanos de la víctima, lo que se ve agravado por los errores en la información registrada[1624].

[1618] *Ibíd.* p.5
[1619] *Ibíd.* p.6
[1620] *Ibíd.* p.6
[1621] *Ibíd.* p.6
[1622] *Ibíd.* p.7
[1623] *Ibíd.* p.7
[1624] *Ibíd.* p.7

(xi) *Pánico en la comunidad*: al poner en conocimiento a la comunidad de la llegada de un individuo calificado como ofensor sexual, esta puede verse *aterrorizada* al pensar que agresores sexuales merodean por los espacios públicos cercanos[1625].

(xii) *Impacto en las víctimas:* la notificación comunitaria no sólo afecta al autor del delito, sino también a la víctima, como en aquellos casos en donde esta es un familiar cercano al perpetrador, develándose información como su dirección y nombre identificativo[1626].

(xiii) *Impacto en terceros:* ya sea familiares del ofensor o personas que son confundidas incorrectamente con ofensores[1627].

(xiv) *Sentencias negociadas:* producto la instauración del sistema registral, se promueven sentencias negociadas mediando reconocimiento de responsabilidad, con el propósito de que se cambie la calificación de un delito sexual a uno no-sexual[1628].

(xv) *Determinación del riesgo:* problemas derivados en la determinación del riesgo de reincidencia individual, con funcionarios no especializados o escalas cuestionables[1629].

(xvi) *Controles externos v. Controles internos*: fenómeno del tratamiento punitivo más duro para problemas sociales serios mediante la pena de muerte y leyes *three strikes,* las que no siempre han demostrado ser eficaces para lograr la reducción del delito[1630].

(xvii) *Rol adversativo/dilema ético:* los profesionales que trabajan con «delincuentes» sexuales, con frecuencia no reciben el respeto de colegas que son ajenos a esta materia[1631].

(xviii) *Tratamientos:* los tratamientos de «delincuentes sexuales» para manejar la ira, miedo, baja autoestima, sentimientos de rechazos, entre otros, son más propensos al éxito cuando existen sistemas de apoyo comunitario y lazos cercanos con la sociedad, precisamente el efecto contrario que producen los Registros[1632].

(xix) *Responsabilidad:* los Registros sitúan la responsabilidad en la comunidad para que auto-gestione su seguridad, en vez de darle responsabilidades al ofensor sexual[1633].

1625 *Ibíd.* p.8
1626 *Ibíd.* pp.8-9
1627 *Ibíd.* p.9
1628 *Ibíd.* p.9
1629 *Ibíd.* p.10
1630 *Ibíd.* p.10
1631 *Ibíd.* p.10
1632 *Ibíd.* p.11
1633 *Ibíd.* p.11

(xx) *Limitando la reinserción comunitaria se aumenta el riesgo de reincidencia:* al verse excluido de la comunidad, se aumenta el estrés y la ansiedad en el agresor sexual, factores que producen un estado de mayor probabilidad de reincidencia[1634].

(xxi) *Registros sexuales de adolescentes:* el tratamiento uniforme de agresores sexuales juveniles y adultos obvia factores como la madurez y el desarrollo mental de los últimos, lo que puede redundar en distintas consecuencias cuyos efectos se extienden de por vida[1635].

(xxii) *Ofensores con enfermedad mental:* una pequeña porción de los ex condenados presentan problemas o anomalías mentales y estos individuos, una vez que son afectos al sistema de registro y notificación, son tratados de la misma forma que el resto de los ofensores[1636].

(xxiii) *Ofensores con problemas cognitivos:* tratamiento uniforme de personas con problemas cognitivos, que dificulta aún más sus vidas[1637].

(xxiv) *Ofensoras sexuales:* faltan estudios respecto del impacto en abusadoras sexuales femeninas, lo que inclusive puede provocar que el público no vea al género femenino como una amenaza[1638].

(xxv) *Disminución en los reportes:* debido a las consecuencias de los Registros, se ha generado una disminución en las denuncias de delitos sexuales de juveniles y el incesto, dado que los miembros de la familia no quiere verse expuestos al impacto público que producen las notificaciones[1639].

1634 *Ibíd.* pp.11-12
1635 *Ibíd.* p.12
1636 *Ibíd.* p.14
1637 *Ibíd.* p.14
1638 *Ibíd.* p.14
1639 *Ibíd.* p.15

Cuadro nº8. *Comparativa entre premisas subyacentes (erradas) y evidencia empírica*

PREMISAS SUBYACENTES AL TRATAMIENTO PUNITIVO DE LOS AGRESORES SEXUALES	**EVIDENCIA EMPÍRICA**
Los «delincuentes sexuales» reinciden más que otro tipo de delincuentes	Las tasas de reincidencia son menor de las que comúnmente se cree. Los «delincuentes sexuales» presentan una baja reincidencia, la que bordea entre el 4% y el 15% en 6 años, menor que otros infractores[1640]
La mayoría de los ataques sexuales son perpetrados por terceros desconocidos para la víctima	La mayoría de los delitos sexuales son cometidos por familiares o conocidos de las víctimas (93%)[1641]
Los «delincuentes sexuales» no pueden rehabilitarse	No es del todo correcto. Existen tratamientos cognitivo-conductuales que podrían modificar el comportamiento del agresor, interviniendo en los factores de riesgo[1642]
Los «delincuentes sexuales» buscan a sus víctimas menores de edad en lugares donde estas suelen concurrir (véase escuelas y guarderías)	No existe relación entre los delitos y la cercanía del agresor a la residencia o lugares de concurrencia de las potenciales víctimas[1643]

[1640] LEVENSON, J.S., KATZ-SHIAVONE, S. y ACKERMAN, A. 2008. *op.cit.* p.292
[1641] *Ibíd.* p.293
[1642] *Ibíd.* p.292
[1643] PARK, B-K. y LEE, J-L. 2013. *op.cit.* p.31

§ CAPÍTULO V
PROPUESTAS

***Sumario**

1. Propuestas de reformulación de los Registros. 1.1. Registro de acceso restringido - 1.2. Clasificación de los agresores según factores de riesgo - 1.3. Limitación temporal y posibilidad de remoción- 1.4. Los adolescentes no deberían ser afectos a un sistema registral.
2. Propuestas sustitutivas a los Registros - 2.1. Criminología que aborde el fenómeno delictivo sexual - 2.2. *Situational Prevention Model to sexual offending* - 2.3. Políticas de intervención que permitan el tratamiento del agresor – 2.3.1. Tratamientos «intra-carcelarios» – 2.3.2. Tratamientos «extra-carcelarios» - 2.4. Reintegración y supervisión comunitaria - 2.5. Desde el punto de vista de la víctima

Alcances preliminares

Debido a la extrema importancia del tema, es necesario que los programas político-criminales en la materia sean cuidadosamente deliberados, evaluando el debido balance entre la reintegración social del agresor sexual, sin desconocer los derechos de la víctima[1644]. En este sentido, la *reducción de la reincidencia* debe ser uno de los propósitos de las políticas públicas en la materia, en tanto es uno de los indicadores de mayor relevancia para evaluar la *eficacia* de los modelos de reinserción en lo que a la reducción de tasas de victimización respecta[1645]. MARSHALL sostiene que se debería intentar *entender* a los agresores sexuales, pese a que sus actos nos parezcan repulsivos, para efectos de diseñar estrategias de carácter preventivas que permitan otorgarles un tratamiento psicológico y con ello, reducir el riesgo de reincidencia[1646].

A continuación, compartiré algunas propuestas que creo relevante considerar para optimizar los *mecanismos de monitorización* y *neutralización*, así como medidas que propugnan -bajo mi perspectiva- por un correcto tratamiento de la delincuencia sexual.

1644 LEVENSON, J., GRADY, M., y LEIBOWITZ, G. 2016. *op.cit.* p.17
1645 QUIJADA SAPIAIN, D. 2016. *op.cit.* p.133
1646 MARSHALL, W. 2001. *op.cit.* p.6

§ 1. Propuestas de reformulación de los Registros

Considerando que la ley Nº 20.594 instauró –técnicamente- un Registro de inhabilidades de carácter *público,* me parece relevante y necesario exponer ciertos alcances *prospectivos*, en el supuesto de que aún se considere a los mecanismos registrales como una herramienta idónea para dar cuenta del fenómeno de la criminalidad sexual[1647].

1.1. Registro de acceso restringido

En primer lugar, sostengo que los Registros deben tener un carácter *restringido,* en atención a las siguientes razones:

(i) La *publicidad* de la información facilita la «supervigilancia» del ofensor, por lo que este último es víctima de ataques violentos, de la estigmatización y exclusión del seno de la comunidad;

(ii) Los órganos policiales son instituciones -teóricamente- idóneas para gestionar la monitorización de individuos que tienen antecedentes penales, lo que difiere de los atributos neutralizadores del común de los ciudadanos[1648].

Con ello, descarto como apropiada la implementación de un *modelo de notificación pública*. En el supuesto de que no se quiera transar la publicidad del Registro, *residualmente* considero que la notificación comunitaria sólo debería estar reservada para los ofensores sexuales de mayor peligrosidad y riesgo asociado de reincidencia, con el propósito que el público pueda estar más informado[1649]. Sin embargo, subsiste el problema de la gestión de dicha información, lo cual es un déficit inherente a los modelos de Registros Públicos que no es posible revertir.

1.2. Clasificación de los agresores sexuales según factores de riesgo

La *homogeneidad* de los ofensores sexuales es uno de los mitos prevalentes en el debate de los Registros. Esta idea obvia distinciones tipológicas y tiene por consecuencia un tratamiento uniforme de los ofensores sexuales, aún cuando existe una gran diversidad de grupos que

[1647] La tesis de la idoneidad de los Registros Públicos ha sido rebatida en el capítulo anterior. Por ello, las *propuestas de reformulación* de los Registros con sistemas de notificación deben ser consideradas como un *paliativo* subsidiario a la proscripción de estos mecanismos político-criminales
[1648] HYNES, K. 2013. *op.cit.* p.366
[1649] LEVENSON, J., GRADY, M., y LEIBOWITZ, G. 2016. *op.cit.* p.17

representan diferentes niveles de *riesgo* y *peligrosidad*[1650]. Por ello, la inclusión de un ofensor condenado al Registro debe quedar supeditada a un análisis *en concreto* que examine la peligrosidad del individuo y su riesgo de reincidencia, dejando de lado factores formales como el delito sexual cometido -en abstracto- y la pena asociada a este. Lo referido, implica que se debe recurrir a instrumentos de *riesgo actuarial*. Mediante estas herramientas, se busca determinar –precisamente- riesgo de reincidencia del agresor sexual que cuenta con antecedentes del mismo tipo, lo que permitiría la creación de instrumentos idóneos para el tratamiento de ofensores sexuales, atendiendo a las particularidades que se evidencien caso a caso, en tanto se podría predecir de forma más precisa las probabilidades de reincidencia, mediante un análisis integral y no puramente determinista.

A modo de ejemplo, el Registro y sistema de notificación de Vermont no publicita los antecedentes de *todos* los agresores sexuales, sino que una Corte debe determinar previamente si el individuo debe ser considerado un «sexually violent predator». Tras un análisis particular de su caso y cumpliendo ciertos estándares probatorios, se decidirá si el individuo será afecto a las notificaciones[1651].

1.3. Limitación temporal y posibilidad de remoción

La extensión perpetua del Registro contribuye a una ineficiente distribución de recursos que no beneficia la seguridad de la comunidad y contraviene a los estudios que concluyen que el riesgo de reincidencia declina a medida que el ofensor sexual tiene mayor edad, siendo *excepcionales* los casos de reincidencia en avanzada edad[1652]. En este sentido, un Registro perpetuo tiene por idea subyacente que el individuo está más allá de la redención[1653].

Según lo expuesto, resulta necesario contar con un mecanismo que le permita al individuo afecto solicitar su remoción del Registro[1654]. Esto implica que se debería evaluar periódicamente si resulta necesario que el registrado se mantenga bajo este régimen, abriendo la posibilidad de que se presenten antecedentes que den cuenta de la reducción de peligrosidad o riesgo de reincidencia

1650 BERENGUER MEGALE, E. 2011. *op.cit.* p.24
1651 HYNES, K. 2013. *op.cit.* p.360
1652 LEVENSON, J., GRADY, M., y LEIBOWITZ, G. 2016. *op.cit.* p.19
1653 *Ibíd.* p.20
1654 Cabe realizar una precisión respecto al Registro chileno. Una eventual *posibilidad de remoción* no significa que la pena de *inhabilidad* propiamente tal sea modificada o eliminada, dado que la solicitud en comento atiende a que la información *de la pena* ya no se encuentre disponible para la consulta del público en el Registro –entendido orgánicamente-.

personal, como mediante la acreditación de estar siendo sometido a un tratamiento de rehabilitación. A su vez, la *posibilidad de remoción* operaría como un incentivo para que los ex convictos modifiquen su conducta en pos de obtener el beneficio de ser excluidos del sistema registral demostrando que tienen los méritos suficientes para revertir su *status* de ofensor sexual que requiere ser registrado.

En el tenor de lo expuesto, individuos que estén bajo un rango etario predeterminado (entiéndase menores de X años) deberían ser removidos si presentan un bajo riesgo de reincidencia y son capaces de demostrar demuestran que no existe evidencia de una desviación sexual o una orientación antisocial[1655].

1.4. Los adolescentes no deberían ser afectos a un sistema registral

Las consecuencias gravosas de los Registros y la contradicción que tiene el sistema registral y de notificación con los principios subyacentes de la justicia juvenil[1656], llevan a concluir que se debe descartar cualquier propuesta consistente en un registro de *adolescentes* (entre 14 y 18 años), dado que estos pueden ser marcados (negativamente) de por vida por una decisión o un acto realizado producto de la inmadurez propia de los jóvenes.

§ 2. Propuestas sustitutivas a los Registros

En mi consideración, la política-criminal en materia de delitos sexuales debe girar hacia un modelo que propenda a la reintegración del condenado en la comunidad, descartándose con ello la *implementación* o *mantención* de Registros *Públicos*. En este sentido, resulta necesaria la sustitución de los mecanismos en comento por medidas estén *fuera* de la lógica excluyente que los subyace.

Respecto a la pregunta que busca resolver cuál es la dirección en que la que deben apuntar las políticas públicas relativas al tema, DAVID FINKELHOR plantea 4 puntos esenciales: (i) el sistema de justicia debe enfocar sus esfuerzos en la detección y aprehensión de ofensores sexuales que aún no han sido identificados; (ii) la justicia debe concentrar sus limitados recursos en los agresores sexuales de alto riesgo; (iii) se deben desarrollar herramientas que permitan diferenciar a los ofensores sexuales de alto riesgo e identificar variaciones de estos índices y (iv) la

[1655] *Ibíd.* p.20
[1656] *Ibíd.* p.18

implementación de estrategias de intervención para los delincuentes de menor peligrosidad que apunten a los familiares y amigos, con el propósito reforzar los círculos de contención, especialmente en aquellos adolescentes que presentan comportamientos sexuales inapropiados[1657].

De lo expuesto, resulta particularmente relevante invertir esfuerzos en la temprana detección de los infractores que han cometido un delito sexual, dado que esto tiene un efecto *disuasivo* en otros individuos que perpetran los mismos tipos de actos. Lo señalado, en virtud de que los ofensores sexuales pueden realizar una importante cantidad de ilícitos sexuales *antes* de ser descubiertos, pero una vez que son identificados, la tasa de reincidencia *decrece*[1658].

2.1. Criminología que aborde el fenómeno delictivo sexual

En el contexto del «derecho penal sexual», se ha sostenido que respecto a la comisión de este tipo de delitos, la *criminología* debe tener por finalidad la *prevención,* ya sea mediante la identificación e intervención de los factores que condicionan los comportamientos delictivos o con el diseño de políticas criminales que atiendan tanto a la atenuación de las consecuencias perniciosas en la víctima como en el mejoramiento de las condiciones familiares y sociales de los potenciales agresores sexuales[1659].

Según lo expuesto, entiendo que se debe propender al desarrollo de una «criminología sexual», que tenga por objeto de estudio el fenómeno delictual desde una perspectiva normativa, psicológica y médica; que apunte sus esfuerzos en dilucidar los factores *endógenos* y *exógenos* que condicionan a los ofensores sexuales y con ello, obtener los insumos de contenido suficientes para la debida protección de los bienes jurídicos potencialmente afectos por la constelación de delitos sexuales[1660]. Bajo la óptica de STANCIU y LAVASTIGNE, cabe entender a la «Criminología» como una «súper-ciencia» en la que se convoquen conocimientos integrales vinculados al ser humano, ya sea este criminal o no[1661].

La aplicación metodológica de una criminología que tenga por experticia el tema de la criminalidad sexual, permitirá saber el *cómo* se debe abordar a esta, tanto desde una perspectiva biológica y conductual, mediante la identificación de los factores que inciden en la comisión de los

[1657] FINKELHOR, D.2009. *op.cit.* pp.178-179
[1658] *Ibíd.* p.178
[1659] PEÑA, A. y CASTILLO, M. 2013. *op.cit.* p.60
[1660] GÓMEZ TAGLE LÓPEZ, E. y JUÁREZ RÍOS, E. 2014. *op.cit.* p.164
[1661] RODRÍGUEZ MANZANERA, L. 1981. *op.cit.* p.13

comportamientos sancionables. Conforme a este desarrollo, se podrá obtener la *explicación* –mas no la justificación- de las conductas sexuales que constituyan hechos punibles.

Por último, la correcta y vasta comprensión del fenómeno delictivo facilitan las condiciones para proponer medidas efectivas que tengan por finalidad la reinserción del ex condenado sexual, dada la consideración de que estos individuos tienen idénticos derechos que el resto de la población que comete otro tipo ilícitos.

2.2. *Situational Prevention Model to sexual offending*

La literatura científica ha desarrollado una nueva propuesta de prevención de la delincuencia sexual sobre la premisa consistente en que un modelo que busque reducir la reincidencia y la tasa de delitos sexuales no debe enfocarse en *neutralizar al agresor sexual*, sino en controlar los factores situacionales-ambientales conforme a los cuales se *suelen* producir este tipo de delitos[1662].

El modelo referido se sustenta en cuatro factores: (i) aumentar el *esfuerzo* situacional que debe realizar el agresor para tener acceso a la víctima; (ii) incrementar el *riesgo* asociado a la comisión de estos delitos, aumentando la probabilidad de que el agresor sea descubierto; (iii) minimizar las situaciones de *tentación* y (iv) reducción de la *permisibilidad*, responsabilizando a los agresores por su comportamiento. Si bien no existe evidencia empírica que pueda comprobar la eficacia de esta propuesta, es una modalidad que debe ser tenida en consideración[1663].

2.3. Políticas de intervención que permitan el tratamiento del agresor

Como primer antecedente, existe una discusión en lo que respecta a si los agresores sexuales debiesen ser privados de libertad en cárceles comunes (con el resto de los condenados por delitos no-sexuales) o bien, ser tratados como «enfermos» y por ello ser objeto de *tratamientos*[1664].

En la actualidad, en nuestro país no existe en el sistema cerrado un lineamiento nacional asociado a un programa de intervención especializada en agresores sexuales que cumplen con

[1662] COHEN, M. y JEGLIC, E. 2007. *op.cit.* p.379
[1663] *Ibíd.* p.380
[1664] GONZÁLEZ, E., MARTÍNEZ, V., LEYTON C. y BARDI, A. 2004. *op.cit.* p.12

condenas privativas de libertad ni tampoco iniciativas locales en cada recinto penal[1665]. Por tanto, los condenados por delitos sexuales no reciben tratamientos diferenciados o específicos que posibiliten su reinserción en la sociedad con cambios vinculados a su problemática etiológica, lo que implicaría reducir los factores de riesgo que han evidenciado una correlación empírica en la comisión de nuevos delitos de carácter sexual[1666]. El problema se ve profundizado, en el entendido de que la *cárcel* no es un sistema idóneo que propugne por el reforzamiento de aptitudes necesarias para que el condenado pueda desenvolverse de forma óptima en su vida post-penitenciaria. Al contrario, la *situación carcelaria* en nuestro país se ha caracterizado por "el deterioro de su infraestructura, la sobrepoblación, el hacinamiento, las inadecuadas jornadas laborales de funcionarios, la falta de personal profesional motivado y con conocimientos actualizados, un presupuesto siempre insuficiente, un trabajo penitenciario concentrado en la vigilancia y el escaso trabajo de intervención psicosocial con internos para preparar su retorno a la sociedad"[1667].

De todas formas, a nivel nacional, cabe señalar que el Departamento de Reinserción Social en el Sistema Cerrado pretende instalar un piloto de valoración de riesgo y tratamiento de los ofensores sexuales en algunas regiones. Además, esta población penal tiene la posibilidad de acceder en igualdad de condiciones a la oferta programática de intervenciones en el ámbito psicosocial, trabajo, educación, deporte, cultura y en consumo de drogas y/o alcohol[1668].

[1665] Según la información provista vía correo electrónico por la Gendarmería de Chile, desde hace 3 años *se está instalando* el modelo «Riesgo-Necesidad-Responsividad», un instrumento de valoración de riesgo actuarial que mide la reincidencia general (En: DOLZ REBOLLEDO, M. 2017. Re: Consulta tratamientos intra-penitenciarios [en línea] En: <oficinainformaciones@gendarmería.cl> 11 de enero de 2017 <gmail.com> [consulta: 12 de enero 2017]).
Los principios básicos que orientan a este modelo son los siguientes:
(i) *Principio de Riesgo*: establece que el nivel de tratamiento que recibe un infractor de la ley debe ajustarse a su nivel de riesgo.
(ii) *Principio de Necesidad*: identifica dos tipos de necesidades: «criminogénicas» (estáticas y dinámicas) y «no criminogénicas». Las primeras, al ser modificadas, se asocian a los cambios de reincidencia.
(iii) *Principio de Responsividad* (disposición a responder): da cuenta de que existen ciertas características cognitivo-conductuales y de personalidad en los infractores de ley que influencian su disposición a responder ante diversos tipos de tratamiento.
(iv) *Principio de Discrecionalidad Profesional*: refiere que algunos infractores pueden presentar características o situaciones específicas que no son adecuadamente tratadas por los principios anteriores, ante lo que se vuelve relevante la intervención de los profesionales en la materia.
(v) *Principio de Integridad de Programa:* entiende que los tratamientos más eficaces son aquellos aplicados de una manera altamente estructurada, de forma integral con los principios que rigen al modelo y con un grupo de trabajo comprometido.
Véase en: CENTRO DE ESTUDIOS EN SEGURIDAD CIUDADANA. 2010. Debates Penitenciarios. Revista electrónica Nº13. Área de Estudios CESC. Instituto de Asuntos Públicos. Universidad de Chile. [en línea] <https://www.cesc.uchile.cl/publicaciones/debates_penitenciarios_13.pdf> [consulta: 28 enero 2017] pp.5-6
[1666] QUIJADA SAPIAIN, D. 2016. *op.cit.* pp.132, 142
[1667] MACCHINO FARÍAS, M.A. 2007. *op.cit.* p.479
[1668] DOLZ REBOLLEDO, M. 2017. *op.cit.*

En contraposición, en países como Estados Unidos y Canadá, los *sistemas carcelarios* contemplan procedimientos de evaluación, intervención psicosocial y monitorización protocolizada, lo cual garantiza un tratamiento sistemático con reportes longitudinales[1669].

Considero que la aplicación estandarizada de la pena concretizada en la privación de libertad no es beneficiosa para reducir los niveles de reincidencia post-cumplimiento de la pena ni para la reinserción del «delincuente sexual». En este sentido, resulta necesaria la implementación de estrategias de *prevención terciaria,* a saber, aquellas dirigidas a la población penal *ya condenada* y que tienen por objetivo *evitar la reincidencia delictual*[1670]*,* contribuyendo a la seguridad de los ciudadanos cuando la condena ya se ha cumplido[1671].

Hoy en día, los tratamientos que se aplican a los agresores sexuales se orientan a promover en ellos cambios significativos en valores, actitudes y comportamientos. Se pretende que estos últimos sean modificados, junto a la resolución de aquellos déficits individuales y sociales que han afectado negativamente las relaciones personales de los ofensores sexuales[1672].

De esta forma, es posible identificar *tratamientos* (i) «intra-carcelarios» y (ii) «extra-carcelarios», distinción elaborada[1673] en función de si el tratamiento se lleva a cabo al interior del recinto penitenciario o fuera de este. Este último supuesto comprende intervenciones en individuos que se encuentren en *libertad condicional* o post-cumplimiento de condena privativa de libertad.

En lo que respecta a los tratamientos en general, existe evidencia empírica que ha demostrado que la aplicación de procedimientos especializados y enfocados en la intervención de los factores específicos que inciden en la reincidencia de un ofensor sexual, podrían disminuir con

---

1669 QUIJADA SAPIAIN, D. 2016. *op.cit.* p.137

1670 *Ibíd.* p.142

1671 MACCHINO, M.A. 2007. *op.cit.* 484

1672 MARTÍNEZ-CATENA, A. y REDONDO, S. 2016. Etiología, prevención y tratamiento de la delincuencia sexual. Barcelona. España. Anuario de Psicología Jurídica. 26(2016). p.22

1673 Dos precisiones terminológicas:
(i) Por un tema meramente estilístico, la nomenclatura «intra»/«extra» está construida en función de un criterio *espacial* (dado por las condiciones en las cuales se administra el tratamiento, entiéndase *al interior* o *fuera de un recinto penal*) por sobre un criterio *temporal* (según si el tratamiento es aplicado en forma *coetánea* o con *posterioridad* al cumplimiento de la pena). Por ello, se prescinde de la conceptualización «tratamiento *post* carcelario».
(ii) En el sistema continental, los conceptos «prisión» y «cárcel» se suelen utilizar indistintamente, por ello se hace referencia a tratamientos intra/extra «carcelarios». Sin embargo, en el modelo de justicia penal estadounidense, existe una distinción entre ambas expresiones: las «jails» (cárceles) son unidades penales dirigidas por los condados, destinadas a sujetos condenados por delitos menores y sometidos a prisión preventiva; mientras «prisons» (prisiones) son aquellas unidades administradas a nivel estatal y en ellas se cumplen penas privativas de libertad superiores a un año. Véase ROCHOW, D. 2016. Afectaciones sistemáticas de derechos y control judicial carcelario: Elementos para una crítica de la ejecución penitenciaria en Chile. Memoria para optar al grado de licencia en Ciencias jurídicas y Sociales. Santiago. Universidad de Chile. pp.10-11

efectividad la probabilidad de una violencia sexual adicional[1674]. En concreto, estudios han reportado disminuciones *significativas* en la reincidencia de ofensores condenados por delitos sexuales sometidos a *intervenciones intensivas,* especialmente los tratamientos de tipo *cognitivo-conductual* o *sistémicos*[1675]*,* los cuales son considerados los más eficaces de los empleados en agresores sexuales[1676]. El tratamiento cognitivo-conductual parte de la suposición de que el *delito sexual* es influenciado e instigado por eventos cognitivos, percepciones, fantasías, sentimientos, valores y creencias, sin embargo asume que estos eventos pueden ser cambiados, controlados o ambos[1677].

En base a la elaboración de un perfil psicológico que pueda dar cuenta de algunas características comunes de los agresores sexuales, es posible sentar las bases para la formulación de tratamientos que permitan una reintegración funcional del individuo en la sociedad. Conforme a estos (eventuales) caracteres comunes, los estudios pueden apuntar a programas que tengan por objeto las habilidades sociales del ofensor, la confrontación de las distorsiones cognitivas de la realidad, conseguir una percepción madura y real del entorno, etc. Lo relevante es poder desarrollar ciertos criterios que permitan una intervención diferencial en base a estrategias efectivas que potencien las competencias sociales y las percepciones realistas del ex condenado, evitando con ello su exclusión[1678]. Por ejemplo, la distorsión de la realidad por déficit cognitivo es un carácter común en los ofensores sexuales, entonces la intervención debe apuntar a otorgarle e instruirlo en estrategias de auto-conocimiento que permitan evaluar en términos críticos su propio pensamiento. Con ello, el ofensor sexual podrá incorporar técnicas de objetivación y racionalización del pensamiento, evitando la distorsión y sobre-generalización[1679].

En la actualidad, los programas de tratamiento presentan las siguientes características: son programas intensivos de larga duración; incluyen técnicas focalizadas en materias de comportamiento sexual desviado, distorsiones cognitivas y funcionamiento social del sujeto; operan con la intervención de diversos especialistas y terapeutas y tienen un carácter voluntario[1680].

1674 MINISTERIO DEL INTERIOR DE ESPAÑA. 2005. *op.cit.* p.19
1675 QUIJADA, SAPIAIN, D. 2016. *op.cit.* p.137
1676 MARTÍNEZ-CATENA, A. y REDONDO, S. 2016. *op.cit.* p.22
1677 FARKAS, M.A. y MILLER, G. 2008. *op.cit.* p.79
1678 JIMÉNEZ, P. 2009. *op.cit.* p.37
1679 *Ibíd.* p.35
1680 REDONDO ILLESCAS, S. 2006. "¿Sirve el tratamiento para rehabilitar a los delincuentes sexuales?". Revista Española de Investigación criminológica. Artículo 6. Número 4. p.3

Un aspecto relevante que han arrojado las nuevas investigaciones de psicología criminal es la identificación y demarcación entre (i) factores *estáticos* y (ii) factores *dinámicos*[1681]. Los *factores de riesgo estáticos* dicen relación con aquellas condicionantes inherentes al individuo o a su historial, por lo que no pueden ser modificados vía tratamientos. En contraposición, los *factores de riesgo dinámicos* son aquellos elementos susceptibles de modificación mediante una intervención idónea, entre los que cabe mencionar valores, cogniciones, autocontrol, conflictos interpersonales, *status* socio-económicos, etc.[1682]. Ambas categorías de factores condicionarían la carrera criminal de los infractores habituales[1683].

De esta forma, los programas más efectivos para evitar la reincidencia serían aquellos que evalúan los factores *dinámicos* o *necesidades «criminogénicas»* en los individuos y adaptan la intervención para modificarlas[1684]. La identificación de los factores de riesgo señalados permite focalizar la intervención en el tratamiento de aspectos que pueden ser modificados y que tengan un correlato conductual que sea apto para reducir el riesgo de reincidencia y con ello, facilitar la reinserción del individuo.

2.3.1. Tratamientos «intra-carcelarios»

En España se ha llevado a cabo un tratamiento de agresores sexuales mediante el programa *Control de la Agresión Sexual* (SAC), aplicado en centros penitenciarios en la provincia de Barcelona. Según el manual del terapeuta *El control de la agresión sexual: programa de intervención en el medio penitenciario*[1685], este método tiene por principal objetivo "proponer un programa estructurado para el tratamiento de los delincuentes sexuales que pueda disminuir la probabilidad de victimizaciones subsecuentes, utilizando toda una serie de técnicas e intervenciones adecuadas que capaciten al agresor sexual para que pueda mantener relaciones sexuales libres de violencia y con parejas adecuadas"[1686].

[1681] *Ibíd.* p.4
[1682] *Ibíd.* p.4
[1683] MARTÍN, N. y VOZMEDIANO, L. Conducta de agresión sexual: Revisión de la literatura y propuesta de análisis mediante el modelo de triple riesgo delictivo. International e-Journal of Criminal Science. Artículo 3(8). p.22
[1684] GARCÍA DÍEZ, C. y SOLER IGLESIAS, C. 2013. Evaluación de necesidades y diseño de la intervención para la reintegración social de los delincuentes sexuales de alto riesgo. Barcelona. Generalitat de Catalunya. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Àmbit social i criminològic. p.13
[1685] MINISTERIO DEL INTERIOR DE ESPAÑA. 2005. *op.cit.* p.20
[1686] *Ibíd.* p.20

La metodología consiste en trabajar tanto en un *nivel individual* del ofensor sexual, por el cual se explique su comportamiento agresivo y en un nivel *grupal*, en donde la dinámica les permita identificar conocimientos, cambios cognitivos y emocionales de relevancia para su asimilación y eventual modificación[1687]. Para ser eficaz, este modelo de tratamiento requiere que el agresor se encuentre -como mínimo- en un estadio de «contemplación del problema», esto es, que reconozca de forma consciente la existencia de un problema y que se haya suscitado en él la inquietud de solucionarlo[1688].

A grandes rasgos, el programa de intervención se compone de dos fases diferenciadas:

(1) Parte *Evaluación*, basada en las propuestas de MARSHALL y BARBAREE, cuyos ejes centrales son el análisis de la conducta sexual, el funcionamiento social y las distorsiones cognitivas[1689];

(2) Parte *Tratamiento*, el cual busca cambiar patrones de vida deficitarios en un período temporal que oscila entre los 9 y 11 meses, con una estimación de 3 horas por sesión, 2 veces a la semana. A su vez, el tratamiento tiene dos sub-etapas, (2.1.) tratamiento toma de conciencia -asimilación- y (2.2.) tratamiento toma de control -autoanálisis de procesos cognitivo-emocionales-[1690].

En el año 2006, se realizó un estudio que evaluó la eficacia del tratamiento psicológico del *Control de la Agresión Sexual* aplicado en la prisión de Brians, en Barcelona, España. La hipótesis central de la investigación es que los sujetos que han completado el tratamiento, tendrían mejores resultados en lo que respecta a la reincidencia delictual y gravedad de la misma en comparación con los sujetos que no han recibido tratamiento[1691].

La investigación se llevó a cabo sobre una población penal que cumplió condena en el centro penitenciario de Brians. Se conformaron dos grupos: (i) *grupo de tratamiento* (=49, sujetos que completaron el tratamiento) y (ii) *grupo de control* (=74, sujetos que no han recibido tratamiento). Del total de individuos integrantes del *grupo de tratamiento* (49), en un período de seguimiento de 4 años, sólo 2 reincidieron en delitos de carácter sexual (4,1%) y uno en delitos no sexuales (2%), lo que arroja una reincidencia total de 6.1%. Por su parte, en el grupo de control, de un total de 74 integrantes, 13 reincidieron en delitos sexuales (18.2%) y 10 en delitos no

[1687] REDONDO ILLESCAS, S. 2006. *op.cit.* p.7
[1688] VALENCIA, O., ANDREU, J.M., MÍNGUEZ, P. y LABRADOR, M.A. 2008. *op.cit.* p.8
[1689] MINISTERIO DEL INTERIOR DE ESPAÑA. 2005. *op.cit.* pp.20-21
[1690] *Ibíd.* pp.23-25
[1691] REDONDO ILLESCAS, S. 2006. *op.cit.* p.13

sexuales (13.6%)[1692] . En virtud de lo expuesto, se encuentra demostrado el potencial rehabilitador de tratamientos cognitivo-conductuales en los «delincuentes sexuales», en tanto disminuyó la tasa de reincidencia esperable en el grupo tratado.

El año 2008, se realizó un estudio que pretendió evaluar el nivel de reincidencia en agresores sexuales bajo tratamiento en el programa *Control de la Agresión Sexual*. Para ello, una población de 43 agresores sexuales recluidos en el Centro Penitenciario de Madrid, fue dividida en dos grupos: (i) un primer grupo, compuesto de 21 internos, no sometidos al programa de *Control de la Agresión Sexual* (grupo de control); (ii) un segundo grupo de 22 internos, los cuales sí se encontraban bajo el tratamiento referido (grupo experimental)[1693].

Los datos fueron analizados en dos momentos: (a) la reincidencia ocurrida antes del tratamiento (pre-tratamiento) y (b) la reincidencia ocurrida después del tratamiento para el grupo experimental[1694].

El primer paso consistió en cuantificar los niveles de *reincidencia total* previa al tratamiento. Del total de 21 individuos del *grupo de control* (los cuales no fueron sometidos a tratamiento con posterioridad) un 71.4% (15) ya había reincidido antes de entrar a la cárcel. Del total de 22 individuos del grupo que posteriormente se sometió a tratamiento, un 59.1% había reincidido. Luego, los niveles de reincidencia post-tratamiento arrojaron que del total de 21 individuos del grupo que no recibió tratamiento, reincidió el 28.6% (6), mientras que el 71.4%(15) no lo hizo. Por su parte, del total de 22 individuos que se sometieron al control, reincidió sólo el 4.5%, equivalente a una persona, mientras que el 95.5% no reincidió[1695].

En cuanto a los niveles de *reincidencia sexual* en la etapa pre-tratamiento, en el *grupo de control***,** un 52.4% (11) había reincidido con anterioridad, mientras que del *grupo experimental*, el porcentaje de reincidencia se reducía a 18.2% (4). En la etapa posterior al tratamiento, el 4.8% del total de los individuos del *grupo de control* reincidió exclusivamente en delitos sexuales, mientras que el 19% en otros delitos, y el 4.8% reincidió en delitos sexuales y no sexuales. En el grupo de tratamiento, el 4.5% del total de individuos reincidió en delitos exclusivamente sexuales; mientras que el 95.5% no reincidió[1696].

[1692] *Ibíd.* p.15
[1693] VALENCIA, O., ANDREU, J.M., MÍNGUEZ, P. y LABRADOR, M.A. 2008. *op.cit.* p.7
[1694] *Ibíd.* p.14
[1695] *Ibíd.* pp.14-15
[1696] *Ibíd.* pp.14-16

El estudio llegó a la conclusión que del total de la muestra (43 individuos), sólo 7 individuos (16,3%) tuvieron algún tipo de reincidencia, y de ellos, 2 (4.7%) tuvo reincidencia sexual y sólo una persona (2,3%) tuvo reincidencia de tipo sexual y no sexual.

GUILLAMONDEGUI señala que dentro de las técnicas de *tratamiento carcelarios* se encuentran: (i) el método de la prevención de la recaída; (ii) el tratamiento conductual integrador y (iii) las nuevas propuestas de MARSHALL[1697]:

El *método de la prevención de recaída* consiste en la aplicación de estrategias que son utilizadas en pacientes que sufren de adicciones, dado que el comportamiento del condenado por un delito sexual respondería a procesos adictivos o compulsivos[1698]. En términos generales, el método tiene por propósito aumentar las habilidades de auto-manejo del recluso, por tanto se procura terapéuticamente alcanzar el *control* por sobre la *curación*[1699].

El *tratamiento conductual integrador*, modelo propuesto por MARSHALL y BARBAREE, está dirigido particularmente a agresores sexuales de menores y busca modificar la conducta sexual, la competencia social y las distorsiones cognitivas del individuo a través de métodos psicológicos y educativos[1700].

Las *nuevas propuestas* de MARSHALL propugnan por el aumento de la capacidad de los infractores de satisfacer sus necesidades de *manera pro-social*, evitando las tendencias sexuales desviadas y fortaleciendo el autocontrol de emociones y actos[1701]. En el marco cognitivo-conductual, contemplan intervenir en el tratamiento desde un enfoque integral: en aspectos «específicos del delito» (tales como la autoestima, distorsiones cognitivas, empatía, relaciones íntimas, las conductas sexuales y el desarrollo de estrategias para la prevención de recaídas) y en problemáticas delictivas en general, en donde se le pide al ofensor sexual que participe en programas junto a «delincuentes no sexuales», en los denominados aspectos «relacionados con el delito» (tales como la ira, el abuso de sustancias, la resolución de problemas, el inadecuado afrontamiento, deficiente cuidado de los hijos y la victimización personal)[1702].

En Irlanda también se ha llevado a cabo un conjunto de intervenciones *intra-carcelarias*, consistentes en ayuda psicológica y la aplicación del *Sex offender programme* (SOP), un programa de

---

1697 GUILLAMONDEGUI, L. 2012. *op.cit.* pp.8-10
1698 *Ibíd.* p.8
1699 *Ibíd.* p.9
1700 *Ibíd.* p.9
1701 QUIJADA SAPIAIN, D. 2016. *op.cit.* p.141
1702 MARSHALL, W. 2001. *op.cit.* p.123

tratamiento que se realizó en las cárceles irlandesas entre 1994 y 2008, y que si bien el número de agresores que participaron fue relativamente bajo -136 individuos completaron el programa entre los años referidos-, se verificaron cambios psicológicos positivos en los factores asociados a la reincidencia[1703].

2.3.2. Tratamientos «extra-carcelarios»

En lo que respecta a los tratamientos «extra-carcelarios», resulta necesario desarrollar políticas comunitarias de *reinserción* enfocadas en el déficit cognitivo-conductual que pueda existir en el ofensor y en la intervención de su *núcleo familiar* en los supuestos en que sea necesario.

En cuanto a los adolescentes que incurren en este tipo de delitos, es necesario identificar las circunstancias que están relacionadas a las conductas punibles, tales como la violencia producida en el núcleo familiar, el consumo de sustancias, pertenencia a grupos marginales y los niveles de comportamientos suicidas[1704]. En estos casos, la solución se encontraría en la contención de las circunstancias referidas mediante factores de protección -o *resistencia*-, tales como intensificar vínculos de seguridad, las redes de apoyo y un enfoque en materia de rendimiento académico.

El *Good Lives Model* (GLM) es un tratamiento que se concentra en potenciar las fortalezas del ofensor, en lugar de limitarse a mitigar los *factores de riesgo*[1705]. La intervención se enfoca en los «bienes primarios humanos», tales como la vida, la paz interior, la relación con la comunidad, la creatividad, etc. Bajo esta teoría, estos serían asequibles mediante los «bienes instrumentales», los cuales son aquellas acciones o actividades que *permiten la búsqueda* de los «bienes primarios». Según lo expuesto, al agresor sexual se le debe extender la ayuda que pueda identificar cuáles son los «bienes primarios» que considera importantes y cómo estos pueden ser alcanzados a través de la planificación y acciones («bienes instrumentales»)[1706].

[1703] DEPARTMENT OF JUSTICE AND EQUALITY. 2009. *op.cit.* p.10
[1704] GONZÁLEZ, E., MARTÍNEZ, V., LEYTON C. y BARDI, A. 2004. p.11
[1705] SCHULTZ, C. 2014. *op.cit.* p.77
[1706] *Ibíd.* p.77

2.4. Reintegración y supervisión comunitaria

Dentro de las propuestas alternativas a los Registros Públicos se encuentran los *programas comunitarios de reintegración* y *supervisión*. Si bien no existen estudios concluyentes en la materia, los resultados obtenidos indican que la instauración del programa *Circles of Support and Accountability* es eficaz para la reducción de la reincidencia de ofensores sexuales de riesgo *medio* o *alto*[1707]. Además, cabe señalar que los programas comunitarios son una estrategia novedosa en el tratamiento de la delincuencia sexual y que han tenido aplicación en países como Canadá y Reino Unido. En este último, se han llevado a cabo al menos tres programas pilotos desde el año 2002[1708].

La finalidad del programa *Circles of Support and Accountability* es la prevención de nuevos delitos mediante el abordaje de de los principales factores de riesgo que inciden en la reincidencia: el aislamiento social y la soledad emocional[1709]. Los *Círculos de Apoyo* y *Responsabilidad* funcionan mediante un grupo de voluntarios, previamente instruidos, quienes forman un «círculo» de protección alrededor del agresor, entendido como el *miembro central*. El «círculo» esencialmente le otorga un soporte al ofensor para que pueda reintegrarse en la comunidad[1710].

GARCÍA y SOLER señalan que un «círculo» se encuentra formado por un ofensor sexual de riesgo *medio* o *alto* y un grupo de voluntarios con 3 a 6 integrantes. El *miembro central* y los *voluntarios* forman el «círculo interno», los que se encuentran semanalmente. Los *voluntarios* ofrecen apoyo emocional, modelan comportamientos pro-sociales y asisten las necesidades básicas del agresor sexual, así como también le ofrecen ayuda para mantenerse responsable ante la comunidad y las autoridades. En este esquema, también existe un «círculo externo», conformado por los profesionales y expertos que asisten al grupo de *voluntarios* y los cuales –de ser necesario- pueden tomar medidas adecuadas para evitar que el *miembro central* reincida[1711]. HYNES afirma que el grupo de *voluntarios* tiene dos funciones respecto del *miembro central*: (i) le provee una *red social de soporte* y (ii) le exige que se responsabilice por su riesgo futuro para la sociedad[1712].

[1707] GARCÍA DÍEZ, C. y SOLER IGLESIAS, C. 2013. p.32
[1708] WILSON, C., BATES, A. y VÖLLM, B. 2010. Circles of Support and Accountability: An Innovative Approach to Manage High-Risk Sex Offenders in the Community. The Open Criminology Journal. 3. pp.48-49
[1709] GARCÍA DÍEZ, C. y SOLER IGLESIAS, C. 2013. *op.cit.* p.21
[1710] HYNES, K. 2013. *op.cit.* p.378
[1711] GARCÍA DÍEZ, C. y SOLER IGLESIAS, C. 2013. *op.cit.* p.22
[1712] HYNES, K. 2013. *op.cit.* p.378

Luego, se pasa a una segunda fase «des-formalizada» en donde el contacto entre *agresor* y el *grupo de voluntarios* se vuelve ocasional[1713].

La propuesta tiene su origen en Canadá y data de mediados de la década de 1990. El programa da cuenta de la preocupación por reinsertar al ex condenado, inclusive al que se le reconoce un *alto grado de peligrosidad*[1714]. Desde su establecimiento en el país señalado hasta el año 2010, 150 condenados por delitos sexuales han sido reinsertados en la comunidad y ante los buenos resultados que han arrojado estas propuestas, el gobierno canadiense decidió invertir dinero en programas de apoyo[1715].

Como se colige de lo expuesto, este tipo de mecanismos opera con una lógica totalmente opuesta a los Registros Públicos, dejándose de lado la concepción determinista de que un «delincuente sexual» no puede ser tratado y está condicionado de por vida a volver a cometer delitos. Tras los *Circles of Support and Accountability* está la idea de que la intervención en el individuo puede tener efectos positivos para reducir el riesgo de reincidencia y volver a ser reinsertado en la sociedad. Bajo los principios de la justicia restaurativa[1716], la comunidad ya no es concebida exclusivamente como un ente potencialmente afecto al *ataque* de un ofensor, sino que se le atribuye un rol positivo. En consecuencia, no opera una lógica de confrontación entre comunidad y agresor sexual, al contrario, ambos convergen en pos de la *reinserción* del agresor en la sociedad, para lograr la seguridad de esta última.

Conforme a un meta-análisis de WILSON, BATES Y VÔLLM, es posible identificar diversas *motivaciones* entre los condenados por delitos sexuales, tales como aportar a la comunidad, aprender a socializar, conseguir auto-protección, evitar la soledad, no recaer en drogas o en la actividad delictiva[1717]. Esto da una luz de esperanza de que la *resocialización* y las *medidas inclusivas-mas-no-excluyentes* puedan ser una solución al problema de la criminalidad sexual.

Una de las ventajas que tiene la propuesta de la justicia restaurativa dice relación con que el agresor sexual, al tener instancias de *reinserción* y «perdón» por parte de las víctimas, es capaz de asimilar y comprender el impacto que han tenido sus acciones, ya sea sobre la víctima o la comunidad en su totalidad[1718].

[1713] WILSON, C., BATES, A. y VÖLLM, B. 2010. *op.cit.* pp.50-51
[1714] *Ibíd.* p.48
[1715] *Ibíd.* p.48
[1716] *Ibíd.* p.48
[1717] *Ibíd.* pp.51-52
[1718] TABACHNICK, J. y KLEIN, A. 2011. *op.cit.* p.31

2.5. Desde el punto de la vista de la víctima[1719]

El problema de la criminalidad sexual no debe enfocarse de forma exclusiva en el individuo que comete el delito, sino también es menester realizar un esfuerzo en conjunto como sociedad para aminorar sus efectos. Por ello, es relevante considerar dentro de las proposiciones para combatir la delincuencia sexual, aquellas que se construyen en función de los menores de edad, entendidos como *víctimas*. En este sentido, existen medidas que son relevantes desde una perspectiva (i) *preventiva* y una (ii) *retrospectiva*.

Desde la primera perspectiva, las medidas se enmarcan en la «prevención secundaria», la cual busca enseñar cómo *evitar ser víctima* de abuso[1720]. De esta forma, es de suma importancia que las políticas públicas educativas instruyan a los menores de edad para poder reducir o evitar la comisión de delitos sexuales. FINKELHOR sostiene que estos programas deben dotar a las potenciales víctimas de herramientas y técnicas que permitan delinear estrategias de prevención, tales como enseñar a identificar situaciones de peligro, repeler el acercamiento de posibles agresores sexuales, dar términos a interacciones situacionales en progreso y realizar un requerimiento oportuno de auxilio[1721].

En términos *retrospectivos*, el haber sido víctima de una agresión de sexual en las primeras etapas de la vida, es una condicionante que con posterioridad puede detonar el acometimiento de actos punibles del mismo cariz y es por ello que se requiere una intervención para detener ese *círculo vicioso* y *dañino*. El problema en la materia radica en que la mayoría de las *víctimas* no recibe tratamiento y pese a ser necesarios, se reconoce que no hay suficientes fondos y el financiamiento recae sobre las propias víctimas[1722]. En armonía con lo señalado, es necesario efectuar y destinar recursos a tratamientos que mitiguen el daño y las consecuencias vividas por las víctimas menores de edad. Estas medidas deben propender a la reducción de la ansiedad, pensamientos auto-destructivos, los sentimientos de culpa y la estigmatización de la víctima[1723].

[1719] El *National Center for Missing & Exploited children* es una institución creada en el año 1984 por John y René Walsh - padres del menor Adam Walsh, desaparecido en el año 1981- la cual tiene por objetivo prestar servicios de apoyo a las familias de niños desaparecidos y víctimas de delitos sexuales, y también la prevención de delitos de esta índole. Para una revisión de un reporte anual de la institución, consultar: National Center For Missing and Exploted children. 2014. *op.cit.*

[1720] MARSHALL, W. 2001. *op.cit.* p.29

[1721] FINKELHOR, D.2009. *op.cit.* p.169

[1722] MARSHALL, W. 2001. *op.cit.* p.34

[1723] *Ibíd.* p.183

§ Conclusiones

* Comentario final

La legislación punitiva en materia de delitos sexuales, materializada en diversos mecanismos político-criminales, se encuentra en franco aumento[1724]: sentencias privativas de libertad más extensas, confinamientos del agresor sexual en centros terapéuticos, leyes de restricción de residencia, castración química, sistemas de seguimiento vía GPS, entre otros. En el último tiempo, el sistema de Registro y notificación de individuos condenados por delitos sexuales ha sido el mecanismo paradigmático en materia de monitorización y neutralización de ofensores sexuales. Esta medida encuentra su origen en Estados Unidos y paulatinamente, se ha proliferado en todo el mundo, adoptando los más diversos formatos. Manifestación de lo referido, es el hecho de que en el año 2012, nuestro país promulgó la ley que crea inhabilidades para condenados por delitos sexuales contra menores y establece el *registro* de dichas sanciones.

El contexto que caracteriza a los Registros consiste en que estos buscan afrontar un fenómeno delictivo específico, como lo es la delincuencia sexual. No quedan dudas que este tipo de delitos generan un reproche más intenso por parte de la sociedad en comparación a otras modalidades delictivas, dado que presuponen formas de comisión atentatorias contra la dignidad del ser humano, produciéndose en muchas ocasiones la denigración de la víctima. En virtud de ello, queda claro que los Registros Públicos son populares entre el público y los políticos, y han llegado para quedarse[1725]. En contrapartida, la «rehabilitación» del ofensor puede ser vista como una especie de «apuesta» para evitar la reincidencia y lleva implícita mantener viva la posibilidad de que estos individuos vuelvan a cometer un delito de mayores proporciones, algo que la comunidad no está dispuesta a sufrir.

En virtud de la tendencia expansiva descrita, es que, para efectos del presente trabajo, resultaba vital el ejercicio de hacer revisión de las propuestas legislativas vigentes de los mecanismos registrales y de notificación, tanto de sus principios subyacentes como aquellos que fundan su supuesta eficacia. En este sentido, la premisa nuclear de los Registros Públicos es clara: reducir la reincidencia en ofensores sexuales y proteger a la comunidad, en particular, a los

[1724] CARPENTER, C. y BEVERLIN, A. 2012. *op.cit.* p.1100
[1725] LEVENSON, J., GRADY, M., y LEIBOWITZ, G. 2016. *op.cit.* p.27

menores de edad. No se puede desconocer que las intenciones por las cuales fueron diseñados son encomiables. La protección del público, aumentar la eficiencia del trabajo de los órganos policiales, prevenir la reincidencia, todos propósitos nobles, pero en la práctica, ninguna de estas finalidades se ha visto satisfecha por los Registros Públicos, en tanto presentan serios *déficits* que no deben ser obviados. La construcción sobre principios errados, la técnica legislativa deficitaria, la falta de evidencia empírica, el aparataje conceptual cargado de prejuicios, son alguno de sus problemas más evidentes.

A través de estas páginas, he expuesto las razones por las que considero que los Registros y los sistemas de notificación no son un *mecanismo idóneo* para prevenir la reincidencia de los ofensores sexuales y proteger al público. El déficit en el diseño de los mecanismos registrales comienza por las premisas erradas que lo sustentan:

En primer lugar, la *reincidencia* de los agresores sexuales es de las más bajas entre las distintas modalidades delictivas. Sin embargo, esta es una percepción que se encuentra arraigada en el público y es utilizada por el legislador para justificar la implementación de los Registros.

En segundo lugar, los Registros se sustentan en la creencia de que la mayoría de los delitos sexuales (contra menores) son perpetrados por terceros extraños a la víctima, figura que se conoce como el *stranger danger*. La afirmación expuesta ha sido controvertida por la evidencia empírica, la cual da cuenta que este tipo de delitos es cometido en la generalidad de los casos por familiares y círculos cercanos de la víctima. Esto es sumamente relevante, dado que el Registro sólo *puede* operar óptimamente respecto de delitos cometidos por *terceros ajenos al círculo de la víctima*, en tanto no puede prevenir aquellos que se producen en el seno de la familia.

En armonía con lo señalado, se ha afirmado que los Registros, como herramienta político-criminal, son un *experimento social*[1726], los cuales desatienden la evidencia empírica. Considero necesario que las políticas sociales se basen en estudios científicos puesto que existe una mayor probabilidad de éxito cuando el desarrollo e implementación de estas se encuentra fundamentada en investigaciones correspondientes a la materia[1727]. Por ello, se requieren *más* estudios para poder comprender los costos y beneficios de las políticas de notificación comunitaria, tanto para la sociedad como para el ofensor.

Por otra parte, las consecuencias negativas que acarrean las notificaciones comunitarias en el ofensor sexual son devastadoras: aislamiento, depresión, soledad, estigmatización, ostracismo

[1726] *Ibíd.* p.23
[1727] LEVENSON, J. 2016. *op.cit.* p.8

social, agresiones físicas, amedrentamientos públicos, pérdidas de empleos, viviendas, beneficios sociales, entre otras. Lamentablemente, estos efectos no sólo se limitan al individuo registrado, sino que también se extienden a las familias y círculos más cercanos de los condenados, mediante fenómeno llamado *penalización secundaria*. Inclusive, las víctimas también pueden sufrir perjuicios por las *notificaciones comunitarias*, en aquellos supuestos en donde sus identidades terminan siendo develadas, lo que genera también una estigmatización importante al interior de la comunidad.

El impacto de estos mecanismos no se agota en un plano fenoménico, sino que también comprende aristas normativas. Los Registros Públicos suelen entrar en conflicto con los derechos fundamentales de las personas, en el particular, de los ofensores sexuales, puesto que implican una seria afectación a los derechos de la privacidad y el honor de aquellos que se ven afectos a estas medidas. Además, la naturaleza punitiva del Registro puede infringir garantías constitucionales que operan en el Derecho Penal, como la cláusula *ex post facto*, el debido proceso, el principio de legalidad, entre otras.

En último término, considero que la falta de idoneidad de los Registros y sistemas de notificación comunitaria exige una reestructuración en las políticas que imperan en materia de delincuencia sexual. Desde ya, resulta necesario superar la lógica adversativa propia del populismo punitivo, que pretende escindir en polos irreconciliables a la sociedad y al agresor sexual, para efectos de que la clase política obtenga réditos electorales. Un mecanismo como el que se ha propuesto analizar este trabajo, resulta a todas luces insostenible, particularmente *por la publicidad que se pretende instaurar,* esto es, abrir la disponibilidad de la información del Registro para todo el público. Este elemento es el que debe ser erradicado, en tanto no presenta utilidad alguna, sólo una transferencia a la ciudadanía de la gestión de la monitorización de los ofensores sexuales y la seguridad pública. Si bien esto puede crear una sensación de empoderamiento en la comunidad, el real efecto es contradictorio respecto de lo que se propone, dado que instaura una *falsa sensación de seguridad* que olvida lo esencialmente relevante: prevenir la reincidencia del ofensor sexual y proteger a quienes más daño producen este tipo de delitos, a saber, los menores de edad.

* Conclusiones temáticas

A continuación, se presenta una recapitulación temática de las conclusiones del presente trabajo:

§ Respecto del Sistema de Delitos Sexuales

(i) La nomenclatura «delitos sexuales» hace referencia al conjunto de conductas tipificadas que lesionan o amenazan bienes potencialmente afectos vinculados con la «sexualidad», como la libertad, indemnidad, integridad o formación sexual.

(ii) Los modelos históricos de regulación de los delitos sexuales permiten comprender el fenómeno del mayor impacto sensitivo en la sociedad, lo que ha tenido por consecuencia una intensa criminalización de comportamientos punibles. En concreto, los delitos sexuales han transgredido los principios basales que han regido a la sociedad en épocas determinadas: *lo ordenadamente natural* en la Teología Moral Escolástica, *la libertad del individuo* en el Modelo de la Ilustración; *la moral social* en el Modelo de la Codificación; la *auto-determinación* en el Modelo del Reformismo.

(iii) Los *comportamientos sexuales punibles* que suelen ser criminalizados por el derecho penal comprenden: (a) actos sexuales con contacto; (b) comportamientos sexuales sin contacto; (c) conductas vinculadas con la pornografía infantil y (d) la promoción, facilitación u obtención de servicios sexuales.

(iv) Los *bienes jurídicos protegidos* por el sistema de punición de delitos sexuales se reconducen a intereses legitimadores (a) de índole moral, cuyo reproche está condicionado por la afectación de las convicciones asentadas de la sociedad en una época determinada o (b) intereses ligados a la persona humana y su esfera más íntima. Según si exista duplicidad en los bienes jurídicos potencialmente afectos, se ha distinguido entre *propuestas monistas* (objeto de protección único) o esquemas dualistas (dos objetos de protección individualmente considerados).

§ Respecto de los agresores sexuales

(v) El perfil de los «delincuentes sexuales» se encuentra configurado por una serie de factores que explican la focalización intensificada de las medidas jurídico-penales en materia de delincuencia sexual.

(vi) El concepto «delincuente sexual», analíticamente, hace referencia al individuo que ha llevado a cabo un quebrantamiento imputable de una norma de comportamiento. Pese a ello, el término referido tiene una carga político-criminal *negativa*, por lo que se propone la utilización de otras nomenclaturas, tales como «ofensor» u «agresor» sexual, en tanto estas dan cuenta de un ataque al bien jurídico protegido.

(vii) Conceptualmente, respecto de los agresores sexuales se pueden distinguir definiciones *formales* y *operativas*. Las *definiciones formales* dicen relación con un *status* jurídico del ofensor sexual, como lo sería estar condenado o registrado. Las *definiciones operativas* buscan dar cuenta del comportamiento del ofensor sexual sin que exista una calificación jurídica que limite al universo de individuos que se pretende designar. De esta forma, se propone que por *ofensor* o *agresor sexual* se entienda todo individuo que realiza un comportamiento sexual punible o de relevancia jurídico-penal.

(viii) Desde la perspectiva conductual, ante la pregunta *cómo es el agresor sexual,* se han esbozado dos respuestas: la que lo define como una persona disfuncional y perturbada y la que lo entiende como un hombre dominado por sus impulsos sexuales. Ambas posiciones pecan de ser extremistas y obvian la heterogeneidad propia del grupo de agresores sexuales, lo que les resta rendimiento explicativo acerca del estudio del comportamiento delictivo.

(ix) Respecto de los ofensores sexuales, se han esbozado diversas tipologías que los clasifican según criterios tales como *víctima* (agresores primarios y secundarios); *edad de la víctima* (agresores pedófilos propiamente dichos, abusadores hebefílicos y abusadores de adultos); *relación con la víctima* (abusadores extra-familiares e intra-familiares); *según el comportamiento* (violador por desplazamiento de la agresión; violador compensatorio; agresor de difusión sexual sádico; agresor impulsivo); *modalidad de actuación* (pasivos y activos); *según el sujeto activo* (agresores sexuales

psicópatas, sociales, patológicos y sub-culturales); *según las ofensoras sexuales* (teacher/lover; male-coerced/male-accompanied; predisposed).

(x) Respecto del *sexo* de los condenados por delitos sexuales, existe una abrumadora predominancia del género masculino, siendo esto considerado un hecho en la materia. En términos concretos, la población penal femenina bordea el 5% de la totalidad de agresores sexuales. Pese a ello, el fenómeno delictivo femenino en materia sexual *existe*, pero ha pasado desapercibido por factores propios de su modalidad de comisión, como la concepción protectora que se tiene de la mujer.

(xi) *Agresores sexuales juveniles*: el sistema penal juvenil atiende a sus propios finalidades subyacentes, sin embargo, en materia de delitos sexuales se ha dado un tratamiento uniforme tanto a los adolescentes como a los adultos, lo que prescinde de las particularidades propias que se verifican entre ambos grupos por la diferencia etaria. Producto de la edad, las consecuencias que acarrea el Registro y los sistemas de notificación suelen magnificarse en los adolescentes.

(xii) La comunidad suele formarse un perfil específico acerca de los agresores sexuales. En general, este da cuenta de la creencia de que son altamente reincidentes y que lo hacen en mayor medida que el resto de los infractores; que la mayoría de los delitos son cometidos por sujetos extraños a la víctima; que la criminalidad sexual está en aumento y que existe escepticismo respecto de la eficacia de los tratamientos de agresores sexuales. Contrariamente a lo que se cree, la evidencia empírica demuestra que las premisas señaladas son erróneas. Véase el hecho de que los ofensores sexuales presentan bajas tasas de reincidencia en comparación con otro tipo de «delincuentes»

(xiii) Se ha propuesto que los factores que configuran el *perfil del agresor sexual* son los siguientes: (i) factor conceptual; (ii) factor populismo punitivo; (iii) factor «medios de comunicación»; (iv) factor grupos de presión.

(xiii.a) *Factor conceptual*: en términos generales, el concepto «delincuente» tiene una carga político-criminal negativa, que sitúa al individuo como el *enemigo* de la comunidad. El concepto en cuestión es elástico y capcioso y prescinde de la gran heterogeneidad tipológica que presentan los agresores sexuales.

(xiii.b) *Populismo punitivo*: es posible apreciar un proceso en el que se instrumentaliza al Derecho Penal por parte de las autoridades políticas para obtener réditos electorales. En estos términos, se suelen elaborar propuestas político-criminales *populistas,* que buscan satisfacer las exigencias de la ciudadanía, reivindicando el castigo, la monitorización y la prisión como principal reacción ante la delincuencia sexual.

(xiii.c) *Medios de comunicación*: se han convertido en un agente de trascendencia en las configuraciones legislativas que buscan combatir la delincuencia. Operando bajo una lógica de mercado, en donde el análisis del costo/beneficio es la principal directriz de su actuar, los *medios de comunicación* suelen presentar noticias magnificadas y distorsionadas de la criminalidad, apelando al impacto en las emociones y sentimientos de la ciudadanía. Un fenómeno de relevancia es la *agenda-setting*, mediante la cual los medios ponen ciertos temas en el debate público, condicionados por un enfoque ideológico-particular, lo cual es recogido por los órganos legislativos quienes diseñan medidas que responden a estas ideas preconcebidas acerca de la criminalidad. Un ejemplo de ello, fue la utilización por parte de los medios de comunicación del concepto «sexual predator» para sindicar a los agresores sexuales, asimilándolos a *depredadores*.

(xiii.d) *Rol de la víctima*: en el último tiempo, en materia penal se ha impuesto el fenómeno de la *desmarginalización de la víctima en sede penal* por sobre su neutralización. La centralidad en la víctima provoca una visceralidad del debate, instaurándose una lógica en que todo reconocimiento formal de los derechos del imputado es entendido como una afrenta contra los ofendidos por delitos sexuales.

§ Respecto del tratamiento político-criminal de la delincuencia sexual

(xiv) El tratamiento de la delincuencia sexual apunta a dos vías: (1) propuestas privativas de libertad y (2) medidas post-penitenciarias (no privativas de libertad).

Entre las primeras, se analizaron:

(xiv.a) *Mandatory Setencing Laws*: normativas mediante las cuales se le impone al juez dictar penas desde un determinado quantum y bajo condiciones específicas que tienden a hacer más gravosa la sanción penal.

(xiv.b) *Civil Commitment*: medida privativa de libertad, aplicable a los individuos sexualmente peligrosos y aquellos que sufren un trastorno de personalidad o enfermedad mental, una vez que han cumplido su respectiva pena. La internación se lleva a cabo en centros psiquiátricos y se extiende de forma indeterminada, hasta que el individuo deje de representar un peligro para la sociedad. Respecto de esta medida, no existe evidencia empírica que demuestre la reducción de la reincidencia del ofensor sexual o el aumento en la seguridad de la población.

(xiv.c) *Custodia de seguridad*: medida privativa de libertad de origen alemán, la cual puede extenderse de forma indeterminada respecto de agresores sexuales peligrosos.

Entre las segundas, se analizaron:

(xiv.d) *Restricciones de residencia* (*residency restrictions*): medidas post-penitenciarias que restringen los lugares en donde el ex condenado puede asentar residencia. En estas áreas de prohibición de domicilio (como plazas, escuelas, paraderos de autobús, piscinas, entre otras) suelen concurrir menores de edad. La lógica subyacente de las restricciones de residencia responde a la *teoría de las actividades rutinarias*, la que sostiene que existe mayor probabilidad de ocurrencia de un delito cuando el ofensor encuentra una potencial víctima sin la vigilancia de su correspondiente cuidador, escenario que se produce en el contexto de *actividades rutinarias*.

La medida ha sido objeto de numerosas críticas: (i) se erige sobre premisas erradas (alta reincidencia de ofensores sexuales, *stranger danger* como fuente de peligro preponderante, ineficacia de los tratamientos); (ii) las consecuencias co-laterales de su imposición resultan extremadamente gravosas para los agresores (transitoriedad, pérdida de empleos, relegación de la urbe, falta de disponibilidad y asequibilidad a las viviendas; efectos psico-emocionales adversos, afectación de derechos constitucionales); (iii) falta de estudios que resuelvan si las restricciones de residencia son capaces de proteger a los menores de edad y a la comunidad en general.

(xiv.e) *Sistemas de monitorización GPS:* medida de control y supervisión de agresores sexuales que opera a través de medios telemáticos. Estos mecanismos permiten a los órganos policiales saber *dónde* se encuentran los sujetos afectos al instrumento. Se suelen clasificar entre sistemas *activos* (la información se registra de forma inmediata); *pasivo* (transmisión se produce una vez por día) e *híbridos* (transmisión cada cierta hora y se alerta de forma inmediata cuando el agresor realiza determinados movimientos).

Respecto de su eficacia, no existe suficiente evidencia empírica, ya sea para denegarla o afirmarla.

Las críticas apuntan a particularmente a cuestiones operativas: costos excesivos de implementación; carácter retrospectivo del seguimiento; falta de utilidad en ciertas modalidades delictivas (acceso pornografía infantil), entre otras.

(xiv.f) *Polígrafo*: procedimiento que permite evaluar, tratar y supervisar a los agresores sexuales mediante la medición de reacciones *psico-fisiológicas* de una persona ante las preguntas que se le extienden. Si bien no existen estudios respecto de su aptitud para prevenir la reincidencia de los ofensores sexuales, sí presentan beneficios para obtener reportes más precisos del comportamiento criminal desviado de los ofensores sexuales.

(xiv.g) *Castración química* (emasculación, medicación vía anti-andrógenos o tratamiento de inhibición sexual) es una medida que se aplica de manera exclusiva a los ofensores sexuales. Consiste en intervenir y reducir los instintos, fantasías y acciones sexuales del individuo, mediante la administración que actúan en su organismo. Esta medida produce efectos positivos en casos de «parafilia», pero un déficit en otras desviaciones, como la violencia sexual. Entre las críticas, cabe mencionar que se ha considerado a la castración química como un castigo cruel e inusual, en tanto destruye los presupuestos esenciales de la personalidad del sujeto. Además, provoca otros efectos adversos, como aumento de peso, insomnio, diabetes, etc.

§ Respecto de los Registros de Agresores sexuales y sistemas de notificación

(xv) El concepto *Registro* puede entenderse en dos dimensiones: (i) en un sentido *abstracto* o *estructural,* el cual da cuenta del mecanismo político-criminal de supervisión de agresores sexuales, que opera mediante la administración y/o difusión de información relativa a individuos que son

considerados un peligro para la sociedad; (ii) en un sentido *concreto* u *orgánico*, siendo este la materialización funcional de mecanismo entendido en su generalidad, ya sea como un continente de información o bien, como un proceso llevado a cabo ante los órganos policiales.

(xvi) La *finalidad* de los Registros consiste en neutralizar al agresor sexual informando a la comunidad de su presencia en los vecindarios, para efectos de disminuir o prevenir la reincidencia en este tipo de delitos y mantener la seguridad de la población (especialmente, de los menores de edad).

(xvii) Respecto de las *normativas* que regulan a los Registros, pueden distinguirse entre: (i) «registration laws» y (ii) «community notification laws». Las *primeras* exigen al ofensor registrarse ante la autoridad policial, para que esta haga un control efectivo sobre él, mientras que las *segundas* dicen relación con los sistemas de distribución y difusión a la comunidad de la información contenida en el Registro. En este mismo orden, las *leyes de registro* suelen restringir el acceso a la información, para órganos policiales, administrativos o clínicos. Por su parte, las *leyes de notificación* establecen el carácter público de los registros, en donde el acceso se encuentra permitido para la comunidad en su totalidad (o gran parte de ella). La notificación tendrá un carácter *activo* cuando la difusión de la información contenida en el Registro se haga mediante un acto de autoridad, sin que la ciudadanía deba efectuar alguna acción positiva para obtenerla. Por otro lado, tendrá un carácter *pasivo*, cuando es la comunidad quien debe realizar acciones para obtener la información.

(xviii) Respecto de la *naturaleza de los Registros,* se ha esgrimido que esta puede ser *civil* o *punitiva.* El caso paradigmático en la materia es «Smith *v.* Doe» (2003), en donde es posible observar los fundamentos de ambas posiciones.

(xviii.a.) En el contexto del Registro de condenados sexuales de Alaska, la Corte Suprema de EE.UU, en primer lugar intentó dilucidar si la intención del legislador fue crear una normativa de carácter *civil* o *punitivo*. La Corte señaló que el propósito primordial del Acta era proteger a la comunidad de los ofensores sexuales; si bien este propósito corresponde a la administración criminal, no necesariamente la ley será punitiva si tiene un objetivo de justicia político-criminal; la ubicación normativa tampoco sería un factor determinante en la naturaleza de una ley. Habiendo establecido el carácter *civil* diseñado por el legislador, restaba verificar si los efectos que producía

la normativa eran capaces de subvertir dicha naturaleza, para considerarse punitiva. Para este objetivo, la Corte recurrió al test «Mendoza-Martínez», conforme al cual entendió que el Registro debe ser considerado *civil* en tanto no se podía asimilar a castigos tradicionales vergonzosos; no implicaba una efectiva incapacidad o restricción del condenado; no promovía fines punitivos tradicionales (retribución y/o disuasión); existía una conexión racional entre el acta y el propósito no-punitivo y el Registro no era excesivo respecto de su finalidad normativa establecida.

(xviii.b) En contra de lo razonado por la Corte Suprema, en el presente trabajo se aplicó el test «Mendoza-Martínez» para dar cuenta de que los efectos del Registro eran de índole *punitiva*. En primer lugar, estos producen una *efectiva incapacidad* o *restricción,* en tanto la difusión de información etiqueta al agresor sexual dentro de la comunidad y lo estigmatiza, mermando sus posibilidades de reinserción, además de las onerosas obligaciones de registro que se le imponen; los Registros deben ser considerados como una forma tradicional de castigo, dado que la difusión de información a la comunidad provoca la humillación y aislamiento del ofensor; la norma presupone constatar que el individuo era consciente de los efectos perjudiciales de su conducta; se aplica exclusivamente al comportamiento criminal tipificado; producto de la no consideración de la peligrosidad individual de cada agresor sexual, el Registro resulta excesivo respecto de su propósito alternativo. En el examen se concluye que los efectos y consecuencias de los Registros Públicos subvierten la naturaleza –formal- civil declarada por el legislador, por lo que deben considerarse como *punitivos*.

(xix) En la presente memoria, se ha sostenido que los Registros Públicos son medidas *vergonzosas* que pretenden estigmatizar al ofensor sexual a través de la infamia. El propósito formal de la *prevención* no priva al Registro del carácter humillante.

(xx) Los Registros y la notificación comunitaria son instrumentos post-penitenciarios, cuya naturaleza se corresponde con las *medidas de seguridad*, las cuales son impuestas a los individuos en razón de su peligrosidad y complementan a la pena con un cariz *inocuizador*. De esta forma, el fin de los mecanismos registrales se enmarca en la *prevención especial negativa,* la cual se lleva a cabo mediante nuevas medidas de estigmatización, como las estrategias de publicidad funcionales al control penal.

§ Respecto del Derecho Comparado

(xxi) Los Registros son un fenómeno en expansión, que ha sido recogido por diversos países del mundo. Su origen se encuentra en Estados Unidos, quienes son los impulsores y principales exponentes de los mecanismos registrales. Ya en 1947, en el estado de California, se había promulgado el primer *registro de agresores sexuales*. Paulatinamente, más jurisdicciones comenzaron a implementar sus propios registros. En la década de 1990' cuando se produjo un fenómeno de expansión y consolidación de las herramientas en comento, a partir de importantes normativas en la materia: la *Community Notification Act* (1990) en Washington, mandató la creación de un registro de agresores sexuales y permitió la posibilidad de notificar –discrecionalmente- a la comunidad de la presencia de los registrados en el vecindario; la *Jacob Wetterling Act* (1994) estableció a nivel federal las bases mínimas que debían cumplir los registros; la *Megan's Law* (1996) eliminó la discrecionalidad estatal para decidir la difusión de la información de los ofensores, sustituyendo el *puede* por el *debe*, regulando los estándares mínimos que regían a las notificaciones comunitarias.

Por último, la *Adam Walsh Act* (2006) es un estatuto federal que reformula la estructura normativa del tratamiento de la delincuencia sexual, introduciendo reformas y cambios al sistema de registro y notificación, a partir del establecimiento de los parámetros mínimos que los estados deben cumplir.

(xxii) Chile es un país receptor del mecanismo registral. El año 2012, se promulgó la ley Nº 20.594, la cual crea inhabilidades para los condenados por delitos sexuales contra menores y establece registro de dichas inhabilidades, modificando el Código Penal y el D.L. 645 de 1925. El Registro se configuró como un mecanismo de consulta de carácter *público*, para obtener la información relativa a si un condenado por delitos sexuales tiene vigente una inhabilitación *absoluta perpetua* o *temporal* para trabajar con menores de edad. Por su parte, las instituciones públicas y privadas que deban contratar a empleados que tengan contacto con menores tienen la *obligación de consultar* al registro. El mal uso de la información –para fines distintos a los autorizados- tiene una multa de 2 a 10 UTM.

(xxiii) Los Registros (en diversos formatos) también han sido implementados en Argentina (Registro Nacional de Datos Genéticos vinculados a delitos contra la integridad sexual); España (Registro Central de Delincuentes Sexuales); Reino Unido (Sex Offender Act, 1997); Francia (*Fichier judiciaire automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes*), Canadá (Sex Offender Registration Act, 2004), entro otros países.

§ Respecto a aspectos funcionales del Registro

(xxiv) Entre los elementos funcionales de los Registros, cabe mencionar el momento y lugar en donde se debe llevar a cabo la inscripción; la duración y frecuencia del Registro, las consecuencias por el incumplimiento de las obligaciones registrales; los sistemas de información de riesgo asociado y la información que contienen.

§ Respecto de las consideraciones críticas de los Registros

(xxv) Para efectos de cuestionar la idoneidad de los Registros y sistemas de notificación como mecanismos político-criminales adecuados para dar cuenta de la delincuencia sexual, se esbozaron críticas desde dos perspectivas: (i) a los fundamentos y (ii) funcionales.

(xxv.a) En términos de los *fundamentos criminológicos*, detrás de los Registros Públicos opera una concepción determinista del comportamiento del agresor sexual, basada en las teorías de la Escuela Positivista, en tanto entiende que la etiología conductual del infractor responde a una pre-disposición para llevar a cabo hechos punibles, lo cual no podría ser subsanado mediante la imposición de una sanción penal única. La lógica subyacente de esta posición presenta un déficit explicativo en oposición a los nuevos modelos teórico-conductuales que buscan explicar el comportamiento de los ofensores sexuales a través de factores que pueden ser intervenidos. Por otra parte, la creencia de que el agresor sexual se encuentra *predispuesto* a cometer delitos, y por ende, a reincidir, se ve controvertida por la evidencia empírica. Múltiples estudios demuestran que los ofensores sexuales presentan una baja tasa de reincidencia, inclusive menor que otras modalidades delictivas. El hecho de que los agresores sexuales reincidan menos de lo que se cree, socava y atenta contra una de las premisas básicas que sostiene a los Registros Públicos.

(xxv.b) En términos de los *fundamentos político-criminales*, los Registros Públicos se enmarcan en la «Sociedad del Riesgo», en donde la seguridad adquiere un especial valor y es el Estado quien debe minimizar los riesgos consecuentes. La «inseguridad ciudadana» tiene por consecuencia una fórmula punitiva exacerbada, en donde el delito encuentra su explicación ulterior atendiendo a la individualidad de los sujetos. En particular, se determinan focos de peligro mediante etiquetas, como es el caso de los «delincuentes sexuales», mediante el cual se degrada a estos individuos a un *status* de «desviado» confrontándolo con el *ciudadano*. De esta forma, los ofensores sexuales se sindican como *el otro,* el enemigo de la sociedad, que no merece resocialización sino que debe ser neutralizado excluyéndolo de la comunidad mediante medidas post-penitenciaras (como los registros y sistemas de notificación).

(xxv.c) En términos de las críticas funcionales, se sostiene que los Registros y sistemas de notificación no son mecanismos idóneos para el tratamiento de la delincuencia sexual. Para demostrar la posición expuesta, se considera que:

(1) Asumiendo –*ex ante*- que los Registros tienen la capacidad de satisfacer sus finalidades –entiéndase la prevención de la reincidencia y aumentar la seguridad de la población-, aún perviven consecuencias que atentan directamente contra la idoneidad del mecanismo. En primer lugar, existen efectos colaterales perniciosos en contra del ofensor sexual (dificultad para reinsertarse en la sociedad; animadversión de la comunidad para con el registrado; graves daños a nivel psicológico; problemas para conseguir empleos, falta de disponibilidad/asequibilidad a viviendas, entre otras); en contra de los familiares del registrado (crisis financieras, amenazas/acosos/asedio/daños perpetrados por la comunidad, entre otras); contra la víctima (impacto psicológico, estigmatización, entre otras) y contra la comunidad (pánico moral, disminución de plusvalía inmobiliaria, entre otras). En segundo lugar, los mecanismos registrales contravienen al orden normativo constitucional, infringiendo el derecho a la intimidad y la dignidad humana del registrado; la *cláusula ex post facto* (aplicación retroactiva); el principio de legalidad y el debido proceso.

En este contexto, se propuso la aplicación de la «teoría del mosaico» para las leyes de registro y notificación. Conforme a ella, la unificación y accesibilidad a la información del ofensor sexual en *un* centro de consulta, permitiría colegir patrones de conductas, por lo que la prevención se transformaría en *predicción,* afectando con ello la privacidad del registrado.

(2) Habiendo cuestionado la *idoneidad* del Registro aún siendo –hipotéticamente- *eficaz* en la consecuencia de sus fines, se presentó la evidencia empírica que da cuenta de la *ineficacia* los mecanismos registrales. Producto de que sólo operan respecto de individuos ya condenados, y teniendo en consideración de que son los «delincuentes» que menos reinciden, el Registro tiene una parcela *acotada* de eventual intervención. Los problemas son de distinto orden: (a) generan una *falsa sensación de seguridad*, en tanto se enfocan en los agresores desconocidos para las víctimas, siendo que en la materia, la mayoría de los delitos son cometidos por familiares o cercanos a las víctimas; (b) relativos a la *gestión* y el *diseño* de los registros, tanto por una implementación defectuosa como la inclusión axiomática de los ofensores en categorías de riesgo asociado, sin atender a la peligrosidad individual; (c) sobrecarga del sistema por sobrepoblación de registrados; (d) y la transferencia de la gestión de la seguridad a agentes no competentes, como lo es la ciudadanía. Por último, las investigaciones al respecto concluyeron que los registros y sistemas de notificación no son capaces de reducir la reincidencia de los ofensores sexuales ni de aumentar la seguridad de la población.

(xxvi) Respecto del *Registro de inhabilidades chileno*, se señaló que este responde a una medida populista, en tanto no tiene mayor utilidad para prevenir la delincuencia sexual. Según su finalidad declarada, este pretende evitar la contratación de condenados por delitos sexuales con inhabilidades para trabajar con menores, sin embargo, su carácter *público* –esto es, que todas las personas pueden acceder a la información-, desvirtúa dicho propósito, convirtiéndolo en una herramienta idónea para discriminar y humillar a los registrados. Una solución inteligente, hubiese sido optimizar y volver más eficiente la consulta de los empleadores al Registro de Condenas, pudiendo con ello satisfacerse la finalidad que busca el registro de inhabilidades.

(xxvii) Para efectos de comprender el *porqué* los Registros no son idóneos para reducir la reincidencia, se ha propuesto un *modelo explicativo del déficit de eficacia*. Conforme a este, se entiende que tanto los delitos como el proceso de reinserción del ofensor sexual pueden ser reducidos a *eventos* o *instancias*, las cuales difieren en su naturaleza. Los delitos se enmarcan en *escenarios dinámicos no previsibles*, en tanto no es posible conocer de antemano a los agentes involucrados, ni el *cómo* ni el *cuándo* se producirán. En contrario, la reinserción se vincula con *escenarios estáticos de interacción previsible*, dado que se conforma por instancias formales, protocolares o regladas, como lo es acceder a un trabajo, optar por un crédito, acceder a viviendas, a tratamientos, entre otros.

De esta forma, un Registro sólo es realmente operativo en los segundos supuestos, lo que explica su ineficacia como herramienta político-criminal para afrontar la delincuencia sexual. En consideración de lo expuesto, la explicación de *porqué* estos mecanismos siguen siendo implementados, radica en un fenómeno que puede denominarse la *institucionalización de la ignominia*, conforme al cual los órganos de control formales e informales pretenden satisfacer, mediante un mecanismo técnicamente legitimado, propósitos *no* declarados, como la humillación, denuesto y persecución de los ofensores sexuales, lo cual se traduce en réditos electorales para la clase política, beneficios económicos para los medios de comunicación y la canalización de los miedos para la comunidad.

§ Respecto de las propuestas

(xxviii) En términos propositivos, se ha planteado que las medidas en la materia deben estar dirigidas en dos sentidos: (i) propuestas de *reformulación* de los Registros y (ii) propuestas *sustitutivas* a los Registros:

(xxviii.a) En cuanto a la *reformulación*, esta tiene un carácter residual, operando en el supuesto de que legislativamente se propugne por mantener la herramienta político-criminal de los registros. En mi opinión, las directrices deberían apuntar a: (a) restringir el acceso del público, limitándolo a las autoridades policiales u administrativas que correspondan; (b) clasificar a los ofensores según factores de riesgo y no adosarles axiomáticamente un quantum de peligrosidad en abstracto; (c) limitar temporalmente la extensión del Registro e introducir la posibilidad de remoción para los registrados. Por último, (d) los adolescentes no deberían quedar afectos a los mecanismos registrales.

(xxviii.b) Las propuestas *sustitutivas* presuponen la abolición de los mecanismos registrales y de notificación, apuntando en los siguientes lineamientos: (a) desarrollar una criminología que aborde el fenómeno delictivo sexual que se transforme en un insumo para el diseño adecuado de las propuestas legislativas en el tratamiento de la delincuencia sexual; (b) aplicar modelos de control de los factores situacionales-ambientales por sobre la neutralización del ofensor sexual; (c) implementar políticas que permitan el tratamiento del ofensor sexual, ya sea cuando está cumpliendo la pena privado de libertad como en instancias post-penitenciarias; (d) considerar

propuestas de *reintegración* y *supervisión comunitaria*, en un proceso integral que supere la lógica adversativa entre ofensor y sociedad; (e) elaboración de políticas de intervención en la víctima, ya sea para otorgarles herramientas que le permitan prevenir el delito o bien aplicar tratamientos que mitiguen las consecuencias perniciosas que se derivan los mecanismos de Registro y notificación comunitaria.

§ BIBLIOGRAFÍA CITADA

***

{A}

ADKINS, G., HUFF, D y STAGEBERG, P. 2000. The Iowa Sex Offender Registry and Recidivism. Iowa Department of Human Rights, Division of Criminal and Juvenil Justice Planning and Statistical Analysis Center. pp.1-33

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. 2015. Informe 0401/2015 [en línea]<https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/informes_juridicos/common/pdf_destacados/2015-0401_Necesidad-de-certificado-negativo-del-Registro-central-de-delincuentes-sexuales-para-determinadas-profesiones.pdf> [consulta: 28 de enero 2017]

AGUDO FERNÁNDEZ, E. 2005. Principio de culpabilidad y reincidencia en el Derecho Español. Tesis doctoral. Universidad de Granada. 636p.

ALONSO RIMO, A. 2012. La publicidad de los antecedentes penales como estrategia de prevención del delito (a propósito de los registros públicos de delincuentes sexuales)" En: Delitos sexuales contra menores. Abordaje Psicológico, jurídico y policial. España, Valencia, Capítulo 18. pp.435-469

ÁLVAREZ DÍAZ DE LEÓN, G., MONTENEGRO, M. y MARTÍNEZ, J.M. 2012. Unidad 2: Apuntes acerca de dos escuelas criminológicas: Clásica y y Positivista. 1º Edición. Departamento de Publicaciones. Facultad de Psicología UNAM. pp.1-23

ANDERSON, A. y SAMPLE, L. 2008. Public Awareness and Action Resulting from Sex Offender Community Notification Laws. Criminal Justice Policy Review. 19(4). pp.371-396

ARMAZA ARMAZA, E. 2011. El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso. Tesis doctoral. Universidad País Vasco. 529p.

{B}

BASCUÑÁN RODRÍGUEZ.1997. Antonio. Problemas básicos de los delitos sexuales. Revista de derecho (Valdivia). Agosto. 8. pp.73-94

BASCUÑÁN, A. 2011. La prohibición penal de la homosexualidad masculina juvenil (Comentario de la sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de Enero de 2011, Rol Nº 1683-2010). Estudios Públicos. 124. pp.113-137

BEDARF, A. 1995. Examining Sex Offender Community Notification Laws. California Law Review. Vol. 83 Issue 3(Article 4). pp.885-939

BELLOVIN, S., HUTCHINS, R., JEBARA, T. y ZIMMECK, S. 2014. When enough is enough: Location tracking, Mosaic Theory and Machine Learning. New York University Journal of Law & Liberty. 8. pp.555-628

BERENGUER MEGALE, E. 2011. The Invisible Man: How the Sex Offender Registry Results in Social Death. The Journal of Law and Social Deviance. Forthcoming. pp.1-35

BERNALDO DE QUIROS, C. 1955. La Clasificación de los Delincuentes. Revista de la Facultad de Derecho de México. Universidad Nacional Autónoma de México. 17-18 (Enero-Junio). pp.189-196

BERTONI, E. y ZELADA, C. 2014. Artículo 11: Protección de la honra y de la dignidad. En: Convención Americana sobre Derechos Humanos. Konrad Adenauer Stiftung. pp.272-288

BOGUÑÁ NIETO, M. 2013. La Custodia de Seguridad. 3 cuestiones fundamentales. Trabajo fin de grado (21067). Universitat Pompeu Fabra. Barcelona. 47p.

BONNAR-KIDD, K. 2010. Sexual Offender Laws and Prevention of Sexual Violence or Recidivism America Journal of Public Health. 100(3). pp.412-419

BOURKE, M., FRAGOMELI, L., DETAR, P., SULLIVAN, M., MEYLE, E. y O'RIORDAN, M. 2014. The use of tactical polygraph with sex offenders. Journal of Sexual Aggression. Routledge. pp.1-14

BRAITHWAITE, J. 2011. Delito, vergüenza y reintegración. Delito y sociedad: Revista de Ciencias Sociales. 32(2). pp.7-18

BRANNON, Y., LEVENSON, J., FORTNEY, T. y BAKER, J. 2007. Attitudes About Community Notification: A Comparison of Sexual Offenders and the Non-offending Public. Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment. 19(4). pp.369-379

{C}

CAIN, C., SAMPLE, L. y ANDERSON, A. 2015. Public Opinion of the Application of Sex Offender Notification Laws to Female Sex Offenders: Why it is important to examine. Criminal Justice Policy Review. SAGE Publication. pp.1-21

CALDWELL, M. 2010. Study Characteristics and Recidivism Base Rates in Juvenil Sex Offender Recidivism. International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology. 54(2). pp.197-212

CALKINS MERCADO, C., ÁLVAREZ, S. y LEVENSON, J. 2008. The impact of specialized sex offender legislation on community reentry. Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment. 20(2). pp.188-205

CARNEVALLI RODRÍGUEZ, R. 2008. Derecho Penal como última ratio. Hacia una política criminal racional. Talca, Revist Ius et Praxis, 14(1). pp.13-48

CARPENTER, C. 2006. The constitutionality of strict liability in sex offender registration laws. Boston University Law Review. 86. pp.295-370

CARPENTER, C. y BEVERLIN, A. 2012. The Evolution of Unconstitutionality in Sex Offender Registration Laws. Hasting Law Journal. 63. pp.1071-1134

CASTRO LUJÁN, V.M. 1956. El Registro Judicial de delincuentes de Costa Rica en su verdadera función. Revista de Ciencias Jurídico-Sociales. I(1). pp.179-198

CAVADA HERRERA, J.P. 2014. Posibilidad de aplicación retroactiva de ley que estableció el registro de pedófilos. Informe Biblioteca del Congreso Nacional. Asesoría técnica parlamentaria- [en línea] < http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/19577/5/Posibilidad%20de%20aplicacion%20retroactiva%20de%20Ley%20que%20establecio%20registro%20de%20pedofilos_v5.pdf > [consulta: 28 enero 2017] pp.1-5

CAVADA HERRERA, J.P. 2016. Delitos con pena de inhabilidades para cargos u oficios en algunas leyes chilena. Informe Biblioteca del Congreso Nacional [en línea] < http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/23142/2/Delitos%20con%20pena%20de%20Inhabilidad%20ed%20par%20CW.pdf> [consulta: 28 enero 2017] pp.1-16

CENTRO DE ESTUDIOS EN SEGURIDAD CIUDADANA. 2010. Debates Penitenciarios. Revista electrónica Nº13. Área de Estudios CESC. Instituto de Asuntos Públicos. Universidad de Chile. [en línea] <https://www.cesc.uchile.cl/publicaciones/debates_penitenciarios_13.pdf> [consulta: 28 enero 2017] 30p.

CIANI SOTOMAYOR, I. 2013. Criminología mediática, castración química a violadores y política criminal: ¿eficientismo o antigarantista?. Archivos de Criminología, Seguridad privada y Criminalística. Año 5. pp.71-78

CITY OF WAUKESHA POLICE DEPARTMENT. 2010. Registered Sex Offender Facts. [en línea] <http://www.waukesha-wi.gov/DocumentCenter/View/1032> [consulta: 28 enero 2017] pp.1-6

COBIÁN, L. 2013. Algo sobre identificación de delincuentes. Derecho PUCP. Nº6 (1946). pp.147-154

COBOS CAMPOS, A. 2014. Castración química ¿vulneración de derechos humanos o pena?. Revista de Ciencias Penales. Iter Criminis. Nº7. Sexta Época. pp.47-68

COHEN, M. y JEGLIC, E. 2007. Sex Offender Legislation in the United States: What do we know? International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology. 51(4). pp.369-383

COLOMBO, J. 2006. El debido proceso constitucional. Cuadernos del Tribunal Constitucional. Número 32. pp.13-134

COLORADO LEGISLATIVE COUNCIL STAFF. 2012. Memorandum: Jessica's and Amber's Laws in Colorado [en línea] <https://www.colorado.gov/pacific/sites/default/files/12CriminalJusticeJessicasandAmbersLawsMemo.pdf> [consulta: 28 enero 2017] pp.1-10

CONTESSE SINGH, J. 2007. Consideraciones acerca de la relación entre reproche penal y pena: el caso del "shaming punishment" en la práctica punitiva norteamericana. REJ Revista de Estudios de la Justicia. 9. pp.241-274

CORTONI, F., HANSON, K. y COACHE, M-E. 2010. The Recidivism Rates of Female Sexual Offenders are Low: A meta-analysis. Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment. 22(4). pp.387-401

CURY, E. 2009. Derecho Penal: Parte General. Santiago de Chile. Ediciones UC. 812p

{D}

DEPARTMENT OF JUSTICE AND EQUALITY. 2009. The Management of Sex Offenders. A Discussion Document [en línea] <http://www.justice.ie/en/JELR/FINAL%20REPORT.pdf/Files/FINAL%20REPORT.pdf> [consulta: 28 enero 2017]

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. 2000. El objeto de protección del Nuevo Derecho Penal Sexual. Revista de Derecho Penal y Criminología. 2ª Época. Núm.6. pp.69-101

DÍEZ RIPOLLÉS., J.L. 2004. El Nuevo Modelo Penal de la Seguridad Ciudadana. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 06(03). pp.1-34

DÍEZ-RIPOLLÉS, J.L. 2007. Los nuevos modelos de intervención penal. En: La política criminal en la encrucijada. Editorial BdeF. pp.61-100

DÍEZ-RIPOLLÉS, J.L. 2008. La política legislativa penal iberoamericana a principios del siglo XXI. Política criminal Nº5. A7-5. pp.1-37

DOOB, A. y GARTNER, R. 2013. Some Recent Research on Sex Offenders and Society`s Responses to Them. Research summaries compiled from Criminological Highlights [en línea] <http://criminology.utoronto.ca/wp-content/uploads/2013/09/CrimHighlights_SexOffending11.pdf> [consulta: 28 enero 2017] pp.1-28

DOUGLAS, T., BONTE, P., FOCQUAERT, F., DEVOLDER, K. y STERCKX, S. 2013. Coercion, Incarceration, and Chemical Castration: An argument from autonomy. Bioethical Inquiry. 10. pp.393-405

DOYLE, CH. 2007. Adam Walsh Child Protection and Safety Act: A legal Analysis. Congressional Research Service. CRS Report for Congress. pp.1-44

DUCE, M., MORENO, L. y otros. 2014. La víctima en el sistema de justicia penal. Una perspectiva jurídica y criminológica. Política Criminal. 9(18). Doc.1. pp.739-815

DUNCAN, A. 2015. Calling a Spade a Spade: Understanding sex offender registration as punishment and implications post-starkey. Oklahoma Law Review. 67. pp.323-352

{E}

EPPERSON, D., KAUL, J., STEPHEN, M., GOLDMAN, R. y ALEXANDER, W. 2003. Minnesota Sex Offender Screening Tool-Revised (MnSOST-R) Technical Paper: Development, Validation, and Recommended Risk Leve Cut Scores [En línea] <https://rsoresearch.files.wordpress.com/2012/01/ia-state-study.pdf> [consulta: 28 enero 2017]

ESBEC RODRÍGUEZ, E. y FERNÁNDEZ SASTRÓN, O. 2003. Valoración de peligrosidad criminal (riesgo-violencia) en psicología forense. Instrumentos de evaluación y perspectivas. Psicopatología Clínica Legal y Forense. 3(2). pp.65-90

EUROPEAN COMMISION. 2014. A Global Alliance Against Child Sexual Abuse Online: Republic of Korea Commitment. [en línea] <http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/global-alliance-against-child-abuse/docs/commitements/ga_commitment_-_republic_of_korea_en.pdf> [consulta: 28 enero 2017] pp.1-11

{F}

FABIAN, J. 2012. The Adam Walsh Child Protection and Safety Act: Legal and Psychological Aspects of the New Civil Commitment Law for Federal Civil Commitment Law for Federal Sex Offenders. Cleveland State Law Review. 60. pp. 307 - 364

FARKAS, M.A. y MILLER, G. 2008. Sex Offender Treatment: Reconciling Criminal Justice Priorities and Therapeutic Goals. Federal Sentencing Reporter. 20(2). pp.78-82

FERNÁNDEZ-PACHECHO, C. 2014. Registros de delincuentes sexuales y prevención del delito. Análisis de la experiencia estadounidense. Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXIV. pp.383 - 422

FERRAJOLI, L. 2007. El Derecho Penal del Enemigo y la disolución del Derecho Penal. Puebla. México. IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C. Nº19. pp.5-22

FINKELHOR, D. 1993. Abuso sexual: análisis de los conocimientos actuales. En: II Congreso Estatal sobre Infancia Maltratada. VITORIA-GASTEIZ. Eusko Jaurlaritza. pp.205-219

FINKELHOR, D. y JONES, L. 2004. Explanations for the decline in child sexual abuse cases. U.S. Department of Justice. Juvenil Justice Bulletin. pp.1-11

FINKELHOR, D. y JONES, L. 2006. Why have child maltreatment and child victimization declined?. Journal of Social Issues. 62(4). pp.685-716

FINKELHOR, D. 2009. The prevention of childhood sexual abuse. www.thefutureofchildren.org. 19(2). pp.169 – 194

FINN, P. 1997. Sex Offender Community Notification. U.S. Department of Justice. Office of Justice Programs. National Institute of Justice. pp.1-19

FISCALÍA DE CHILE. 2015. Boletín Estadístico anual Enero – Diciembre [en línea] <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/archivo?id=24102&pid=189&tid=1&d=1> [consulta: 28 enero 2017]

FISCALÍA DE CHILE. 2016. Boletín Estadístico I Semestre [en línea] <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/archivo?id=26715&pid=197&tid=1&d=1> [consulta: 28 enero 2017]

FOCÁS, B. 2015. Miedo al delito: los medios de comunicación, ¿una dimensión explicativa?. Apuntes de investigación del CECYP. 26. pp.191-202

FREEMAN, N.J. y SANDLER J.C. 2010. The Adam Walsh Act: A false sense of security or an effective public policy initiative?. Criminal Justice Policy Review. 21 (1). pp.31-49

{G}

GARCÍA ARÁN, M. 2008. El discurso mediático sobre la delincuencia y su incidencia en las reformas penales. Revista Catalana de Seguretat Pública. pp.39-65

GARCÍA DÍEZ, C. y SOLER IGLESIAS, C. 2013. Evaluación de necesidades y diseño de la intervención para la reintegración social de los delincuentes sexuales de alto riesgo. Barcelona. Generalitat de Catalunya. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Àmbit social i criminològic. 189p.

GARCÍA FERRARI, M. 2015. Una aproximación a las relaciones entre identificación y justicia en Argentina (1886-1933). Santa Fe, Argentina. Estudios Sociales. Revista Universitaria Semestral. Año XXV. Nº 48. pp.39-58

GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A. 2007. Criminología. Fundamentos y principios para el Estudio Científico del Delito, la Prevención de la Criminalidad y el Tratamiento del Delincuente. CEC-INPECCP Fondo Editorial. Colección Estudios en Ciencias Penales. 457p.

GARLAND, D. 2005. La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea. Barcelona. Gedisa Editorial. 462p.

GARRIDO MONTT, M. 2010. Derecho Penal, Parte Especial. 4º Ed. Santiago. Editorial Jurídica. Tomo III.

GELB, K. 2007. Recidivism of Sex Offenders Research paper. Melbourne. Sentencing Advisory Council. 52p.

GOBIERNO DE CANTABRIA. 2016. Disposiciones generales. Consejería de Educación, Cultura y Deporte. Circular CVE-2016-2449. Boletín Oficial de Cantabria. 58. pp.6548-6549

GOBIERNO DEL ESTADO DE MÉXICO. [s.a.] Documento Castración Química [en línea] <http://salud.edomexico.gob.mx/cevece/doc/Documentos/Cas_quimica.pdf> [consulta: 28 enero 2017]

GÓMEZ TAGLE LÓPEZ, E. y JUÁREZ RÍOS, E. 2014. Criminología sexual. México, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. Año VIII nº34. pp.141-185

GÓMEZ TOMILLO, M. 2005. Derecho Penal Sexual y Reforma Legal. Análisis desde una perspectiva Político Criminal. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 7(4). pp.1-35

GONZÁLEZ, E., MARTÍNEZ, V., LEYTON C. y BARDI, A. 2004. Características de los abusadores sexuales. Revista SOGIA, 11(1). pp.6-14

GONZÁLEZ-GÓMEZ, G. y GONZÁLEZ-CHÁVEZ, M. 2007. La teoría criminalística en la individualización de la pena [en línea] Cinta Moebio 29 <www.moebio.uchile.cl/29/gonzalez.html> [consulta: 28 enero 2017] pp.191-204

GONZÁLEZ ÁLVAREZ R. 2013. El Debido Proceso: Del Derecho a las mínimas garantías a la garantía de máximos derechos. Bogotá. Revista del Instituto Colombiano de Derecho procesal. 39. pp.205-233

GRIFFIN, L. y BLACKER, K. 2010. Megan's Law and Sarah's Law: A Comparative Study of Sex Offender Community Notification Schemes in the United States and the United Kingdom. Criminal Law Bulletin. 46. pp.987-1008

GUILLAMONDEGUI, L. 2012. Agresores sexuales, ¿resocialización o neutralización?: Aproximación a algunos parámetros para la elaboración de un programa de Política Criminal respetuoso del Estado de Derecho". En: Conferencia Internacional "Política criminal y reforma penitenciaria en el marco de un gobierno democrático e inclusivo". pp.1-18

GUZMÁN DÁLBORA. 2000. Apreciación y reprobación de la reforma de los delitos contra la honestidad chilena. Anuario Derecho Penal. Nº1999-2000. pp.1-47

{H}

HAU-NUNG CHAN, A. 2011. A Culture of Protection: The Establishment of a Sex Offender's Register in Hong Kong. Global Studies of Childhood. 1(1). pp.72-78

HANSON, K. 1998**a**. What do we know about sex offender risk assessment?. Psychology, Public Policy and Law. 4(1/2). pp.50-72

HANSON, K. y BUSSIÈRE, M. 1998**b**. Predicting relapse: A meta-analysis of sexual offender recidivism studies. Journal of Consulting and Clinical Psychology. 66(2). pp.348-362

HANSON, R.K. y MORTON-BOURGON, K. 2004. Predictors of Sexual Recidivism: An Updated Meta-Analysis [en línea] <http://www.static99.org/pdfdocs/hansonandmortonbourgon2004.pdf> [consulta: 28 enero 2017] pp.1-48

HARRIS, A. y HANSON, K. 2003. Sex offender: A simple question. Ottawa. Public Safety and Emergency Preparedness. pp.1-23

HARRIS, A., LOBANOV-ROSTOVSKY, C. y LEVENSON, J. 2015. Law Enforcement Perspectives on Sex Offender Registration and Notification: Preliminary Survey Results. Lowell, MA: University of Massachusetts Lowell. pp. 1-28

HARRIS, A. y CUDMORE, R. 2016. Community Experience with Public Sex Offender Registries in the United States: A National Survey. Criminal Justice Policy Review. pp.1-22

HERRERA, M. 2004. El Uso punitivo de la publicidad inocuizadora. Líneas comparadas de política criminal y naturaleza e implicaciones de derecho penal. En: Cuadernos de política criminal: Segunda Época Nº82. pp.89-130

Historia de la ley Nº19.927. 2004. Modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil. Biblioteca de Congreso Nacional de Chile [en línea] <https://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3801/1/HL19927.pdf> [consulta: 28 enero 2017]

Historia de la ley Nº 20.594. 2012. Crea Inhabilidades para condenados por delitos sexuales contra menores y establece registros de dichas inhabilidades. Biblioteca Congreso Nacional de Chile [en línea] <https://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/37261/7/HL20594.pdf> [consulta: 28 enero 2017]

HLAVKA, H.R. y UGGEN, C. 2008. Does stigmatizing sex offenders drive down reporting rates? Perverse effects and unintended consequences. Northern Kentucky Law Review. 35 (4). pp.347-369

HORVITZ, M.I. 1998. Delitos sexuales, libertad personal y protección de la moral. En: Apuntes de Derecho/Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales (Santiago, Chile). 3. pp.10-13

HUERTAS-DÍAZ, O. 2011. Aproximaciones a la antropología criminal desde la perspectiva de Lombroso. Bogotá. Colombia Rev. Crim. 53(1). pp.293-306

HUMAN RIGHTS WATCH. 2007. No Easy Answers: Sex offender laws in the US. 19 (4). 132p.

HUMAN RIGHTS WATCH. 2013. Raised on the Registry. The Irreparable Harm of placing children on sex offender registries in the U.S. 978-1-6233-0084. 110p.

HURTADO POZO, J. 1999-2000. Moral, sexualidad y derecho penal. Anuario de Derecho Penal. pp.1-11

HYNES, K. 2013. The cost of fear: an analysis of Sex Offender Registration, and Civil commitment laws in the United States and the United Kingdom. Journal of Law & International Affairs. 2(2). pp.351-379

{I}

IIT CHICAGO-KENT COLLEGE OF LAW AT ILLINOIS TECH. [s.a.] Smith *v.* Doe [en línea] <https://www.oyez.org/cases/2002/01-729> [consulta: 28 enero 2017]

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. 2015. Carabineros: Informe Anual 2015 [en línea]
<http://www.ine.cl/canales/menu/publicaciones/calendario_de_publicaciones/pdf/carabineros_2015.pdf> [consulta: 28 enero 2017]

{J}

JACOBS, J. y LARRAURI, E. 2010. ¿Son las sentencias públicas? ¿Son los antecedentes penales privados? Una comparación de la cultura jurídica de Estados Unidos y España. Barcelona. InDret Revista para el análisis del Derecho. 4. pp.1-52

JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M. 2003. Derecho Penal del Enemigo. 1º Ed. Thomson Civitas. Cuadernos Civitas. 102p

JANKA, C., GALLASCH-NEMITZ, F., BIEDERMANN, J., y DAHLE, K. 2012. The significance of offending behavior for predicting sexual recidivism among sex offenders of various age group. International Journal of Law and Psychiatry. 35(3). pp.159-164

JIMÉNEZ, P. 2009. Caracterización psicológica de un grupo de delincuentes sexuales chilenos a través del test de Rorschach. PSYKHE. 18 (1). pp.27-38

JIMÉNEZ, M.A., SANTOS, T., MEDINA, P. Reorientaciones de la justicia penal a 12 años de la Reforma Procesal Penal. En: Nova Criminis. 2012. Visiones Criminológicas de la Justicia Penal. Nº4. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Central de Chile. pp.161-325

{K}

KINDHÄUSER, U. 2009. Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal. Barcelona InDret. Revista para el análisis del derecho. pp.2-19

KINGSTON, D., SETO, M., FIRESTONE, P. y BRADFORD, J. 2010. Comparing Indicators of Sexual Sadism as Predictors of Recidivism Among Adult Male Sexual Offenders. Journal of Consulting and Criminal Psychology. 78(4). pp.574-584

{L}

LANDA ARROYO, C. 2010. Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del tribunal constitucional. Lima. Perú. Palestra Editores.

LANGAN, P., SCHMITT, E. y DUROSE, M.R. 2003. Recidivism of Sex Offenders Released from Prison in 1994. U.S. Department of Justice NCJ 198281. pp.1-40

LARRAURI, E. y JACOBS. J. 2011. Reinserción laboral y antecedentes penales. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 13(09). pp.1 – 25

LARROTA CASTILLO, R. y RANGEL-NORIEGA, K. 2013. El agresor sexual. Aproximación teórica a su caracterización. Informes Psicológicos. 13(2). pp.103-120

LESCH, H. 1999. La función de la pena. 1º Ed. Madrid. Editorial Dykinson. 58p.

LETOURNEAU, E., LEVENSON, J., BANDYOPADHYAY, D., DEBAJYOTI, S. y ARMSTRONG, K. 2010. Effect of South Carolina's sex offender registration and notification policy on Adult Recidivism. Criminal Justice Policy Review. 21(4). pp.435-458

LEVENSON, J. 2005.Sex Offender Restrictions: A Report to the Florida Legislature [en línea] <https://ccoso.org/sites/default/files/residencerestrictionsFL.pdf> [consulta: 28 enero 2017] pp.1-14

LEVENSON, J.S. y COTTER, L.P. 2005**a**. The effect of Megan`s Law on Sex Offender Reintegration. Journal of Contemporary Criminal Justice. 21(2). pp.49-66

LEVENSON, J.S. y COTTER L.P. 2005**b**. The Impact of Sex Offender Residence Restrictions: 1,000 Feet from Danger or One Step From Absurd?. International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology. 49(2), pp. 168-178

LEVENSON, J.S., BRANNON, Y.N. y FORTNEY, T. 2007. Public Perceptions about Sex Offenders and Community Protection Policies. Analyses of Social Issues and Public Policy, 7(1). pp.1-25.

LEVENSON, J.S., D'AMORA, D.A. y HERN A.L. 2007. Megan´s Law and its Impact on Community Re-Entry for Sex Offenders. Behavioral Sciences and the Law 25. pp.587-602

LEVENSON, J.S. 2008. Collateral consequences of sex offender residence restrictions. Criminal Justice Studies. 21(2). pp.153-166

LEVENSON, J.S., KATZ-SHIAVONE, S. y ACKERMAN, A. 2008. Myths and Facts About Sexual Violence: Public Perceptions and Implications for Prevention. Journal of Criminal Justice and Popular Culture. 15 (3). pp.291-312

LEVENSON, J.S., y TEWKSBURY, R. 2009. Collateral damage: Family Members of registered sex offenders. American Journal of Criminal Justice. pp.1-17

LEVENSON, J.S., WILLIS, G.M. y PRESCOTT, D. S. 2014. Adverse Childhood Experiences In the Lives of Male Sex Offenders: Implications for Trauma-Informed Care. Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment. pp.1-20

LEVENSON, J. 2016. Hidden challenges: Sex offenders legislated into homelessness. Journal of Social Work. 0(0). pp.1-16

LEVENSON, J., GRADY, M., y LEIBOWITZ, G. 2016. Grand Challenges: Social Justice and the Need for Evidence-based Sex Offender Registry Reform. Journal of Sociology & Social Welfare. XLIII(2). pp.3-38

LIEB, R. 1996. Washington's Sexually Violent Predator Law: Legislative History and Comparisons with other states. Washington State Institute for Public Policy. pp.1-22

LIEB, R. y MATSON, S. 1998. Sexual Predator Commitment Laws in the United States: 1998 update. Washington State Institute for Public Policy. pp.1-38

LIEB, R., KEMSHALL, H. y THOMAS, T. 2011. Post-Release controls for sex offenders in the U.S. and U.K. International Journal of Law and Psychiatry [en línea] <http://www.wsipp.wa.gov/ReportFile/1088/Wsipp_Post-Release-Controls-for-Sex-Offenders-in-the-U-S-and-UK_Full-Report.pdf> [consulta: 28 enero 2017] pp.1-31

LIPSCOMBE, S. 2012. Sara's Law: The child sex offender disclosure scheme. Standard Note SN/HA/1692. London: House of Commons Library. pp.2-8

LOCKLEY, S. 2011. The Supervision of Sex Offenders in The Community – At What Cost?. Internet Journal of Criminology ISSN 2045-6743(online). pp.1-30

LOGAN, W. 2003. Jacob's Legacy: Sex Offender Registration and Community Notification Laws, Practice and Procedure In Minnesota. William Mitchell Law Review. 29(4). pp.1287-1341

LOGAN, W. 2007. Sex Offender Registration and Community Notification: Past, Present and Future. New England Journal on Criminal and Civil Confinement. 34 (3). pp.1-14

LOGAN, W. 2008. Criminal Justice Federalism and National Sex Offender Police. Ohio State Journal of Criminal Law. 6(51). pp.51-122

LOGAN, W. 2010. The Adam Walsh Act and Failed Promise of Administrative Federalism. The George Washington Law Review. 78(5). pp.993-1013

LOGAN, W. 2011**a**. "Mosaic Theory" and Megan's Laws. Cardozo Law Review de Novo. pp.95-106

LOGAN, W. 2011**b**. Populism and Punishment. Sex Offender Registration and Community Notification in the Courts. Criminal Justice. 26(1). pp.37-40

LOGAN, W. 2011**c**. Prospects for the International Migration of U.S. Sex Offender Registration and Community Notification Laws. International Journal of Law and Psychiatry. January 2011. pp.1-23

LOGAN, W. 2013. Informal collateral consequences. Washington Law Review. 88. pp.1103-1117

LOBANOV-ROSTOVSKY, C. 2015. Adult Sex Offender Management. SOMAPI Research Brief. pp. 1-8

LOSADA, A.V. 2012. Epidemiología del abuso sexual infantil. Revista de Psicología GEPU. 3(1). pp.201-229

LOWENTHAL, G. 1993. Mandatory Sentencing Laws: Undermining the Effectiveness of Determinate Sentencing Reform. California Law Review. 81(1) Art.2. pp.61-123

{M}

MACCHINO FARÍAS, M.A. 2007. Defensoría Penal Pública. Departamento de estudios y proyectos. Delitos sexuales y prevención terciaria. Santiago. Chile. En: Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios. Vol. 17. pp.477-509

MALDONADO, F. 2011. ¿Se puede justificar la aplicación copulativa de penas y medidas de seguridad? Estado actual de las posiciones doctrinales que buscan dicho objetivo. Política Criminal. 6(12). pp.387-447

MANN, K. 1992. Punitive Civil Sanctions: The Middleground between criminal and civil law. The Yale Law Journal. 101(8). pp.1795-1873

MAÑALICH, J.P. 2014. La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno. Una reconstrucción desde la teoría de las normas. Revista Ius et Praxis. Año 20(2). pp.21-70

MARCO FRANCIA, M.P. 2015. Los agresores sexuales de menores: aspectos criminológicos y tratamiento jurídico penal. Tesis doctoral. Toledo. Universidad de Castilla La Mancha. 531p.

MARSHALL, D. y THOMAS, T. 2015. Polygraphs and Sex Offenders. Criminal Law & Justice Weekly. 179(26) [s.n.]

MARSHALL, W. 2001. Agresores sexuales. 1º Ed. Barcelona. Ariel. Estudios sobre violencia.

MARTÍN, N. y VOZMEDIANO, L. Conducta de agresión sexual: Revisión de la literatura y propuesta de análisis mediante el modelo de triple riesgo delictivo. International e-Journal of Criminal Science. Artículo 3(8). 32p.

MASSARO, T. 2012. The meanings of shame: implications for legal reform. Psychology, Public Policy and Law. 3(4). pp.645-704

MARTÍNEZ-CATENA, A. y REDONDO, S. 2016. Etiología, prevención y tratamiento de la delincuencia sexual. Barcelona. España. Anuario de Psicología Jurídica. 26(2016). pp.19-29

McDONALD, D. 2004. Smith *v.* Doe: Judicial Deference Towards the Legislative Intent Behind a Broad, Punitive Civil Law Betrays the Core Principles of the Ex Post Facto Clause. Maryland Law Review. 63(2) Art.6. pp.369-400

MEINI, I. 2013. La pena: función y presupuestos. Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho. 71. pp.141-167

MINISTERIO DE JUSTICIA. GOBIERNO DE ESPAÑA. Registro Central de Delincuentes. [en línea] <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/registro-central-delincuentes> [consulta: 28 enero 2017]

MINISTERIO DEL INTERIOR DE ESPAÑA. 2005. Documentos Penitenciarios 3: El control de la agresión sexual: Programa de intervención en el medio penitenciario. Madrid. Ministerio del Interior. Secretaría Técnica. pp.1-480

MINISTRY OF JUSTICE. 2012. Mappa Guidance. Versión 4. National Offender Management Service [en línea]
<https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/406117/MAPPA_guidance_2012_part1_v4_Feb_2015.pdf> [consulta: 28 enero 2017]

MINNESOTA DEPARTMENT OF CORRECTIONS. 2010. The effects of failure to register on sex offender recidivism. [en línea] <http://www.doc.state.mn.us/pages/files/large-files/Publications/03-10FailuretoRegisterstudy.pdf> [consulta: 28 enero 2017]

MORALES, A.M., MUÑOZ, N., WELSCH, G. y FÁBREGA, J. 2012. La Reincidencia en el Sistema Penitenciario Chileno. Santiago. Fundación Paz Ciudadana. 191p.

MUÑOZ CONDE, F. 1999. Derecho Penal, Parte Especial. Ed. 12º. Valencia. Tirant Lo Blanch.

{N}

NATIONAL CENTER POR MISSING AND EXPLOTED CHILDREN. 2014. Annual Report. [en línea] <http://www.missingkids.com/en_US/publications/NCMEC_2014.pdf> [consulta: 28 enero 2017] pp.1-39

NATIONAL POLICING IMPROVEMENT AGENCY. 2010. Guidance on Protecting the Public: Managing Sexual Offenders and Violent Offender. Second Edition. Version 2. pp.1 – 237

NEW JERSEY STATE. 2000. Attorney General Guidelines For Law Enforcement For The Implementation of Sex Offender Registration and Community Notification Laws [en línea] <http://www.state.nj.us/lps/dcj/megan1.pdf> [consulta: 28 enero 2017] pp.1-50

NGUYEN VO, T. y ANDRÉS PUEYO, A. 2016. Validez predictiva del SVR-20 y la Static-99 en una muestra de agresores sexuales en Cataluña. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Àmbit social i criminològic. 90p.

NÚÑEZ LEIVA, J.I. 2009. Un análisis abstracto del Derecho Penal del Enemigo a partir del Constitucionalismo Garantista y Dignatario. Política Criminal. 4(8). Art.3. pp.383-407

{O}

O'MALLEY, P. 2007. Experimentos en gobierno. Analíticas gubernamentales y conocimiento estratégico del riesgo. Buenos Aires, Revista Argentina Sociológica. 5(8). pp.151-171

ORECCHIO, M. y TEBBETT, T. 1999. Sex offender registration: Community Safety or invasion of privacy?. Journal of Civil Rights and Economic Development. 13(3) Art.8. pp.675-703

ORTIZ, A.L. 2008. Propuestas sobre medidas de seguridad postpenales en España. FAES. Fundación para el análisis y los estudios sociales. Cuadernos de pensamiento político. Octubre/Diciembre. pp.193-206

{P}

PARK, B-K. y LEE, J-L. 2013. The Effectiveness of Megan's Law: Does it reduce the Recidivism of a Released Sex Offender?. British Journal of Arts and Social Sciences. Vol.13 nºI. pp.25-34

PEÑA, A. y CASTILLO, M. 2013. La delincuencia sexual: Un análisis jurídico y socio-criminológico. Revista CIFE. 15(22). pp.49-63

PÉREZ TRIVIÑO, J.L. 2001. El renacimiento de los castigos avergonzantes. Isonomía Nº15. Octubre. pp.193-207

PETROSINO, A. y PETROSINO, C. 1999. The Public safety potential of Megan's Law in Massachusetts: An Assessment from a Sample of Criminal Sexual Psychopaths. Crime & Delinquency. 45(1). pp.140-158

PHILLIPS, R., BENOIT, C., HALLGRIMSDOTTIR, H. y VALLANCE, K. 2012. Courtesy stigma: a hidden health concern among front-line service providers to sex workers. Sociology of Health & Illness. 34(5). pp.681-696

POOLE, C. y LIEB, R. 1995. Community notification in Washington State: Decision-making and costs. Washington State Institute for Public Policy. pp.1-17

POSNER, R. y RASMUSEN, E. 1999. Creating and Enforcing norms, with special reference to sanctions. International Review of Law and Economics. 19. pp.369-382

PRESCOTT, J.J. y ROCKOFF, J.E. 2011. Do Sex Offender Registration and Notification Laws Affect Criminal Behavior?. Journal Law & Economics, Vol. 54(1). pp.161-206

PROTECTING CHILDREN EVERYWHERE. 2011. Off The Radar: protecting children from british sex offenders who travel, Ecpat UK [en línea] <http://www.ecpat.org.uk/sites/default/files/off_the_radar_-_protecting_children_from_british_sex_offenders_who_travel.pdf> [consulta: 28 enero 2017]

Proyecto de ley Boletín N° 8437-07. Modifica el artículo 2º de la Ley Nº20.594, que crea inhabilidades para condenados por delitos sexuales contra menores y establece registro de dichas inhabilidades [en línea] <https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=17441&prmTIPO=OFICIOPLEY> [consulta: 28 enero 2017]

Proyecto de ley Boletín N° 8703-07. Modifica el artículo 1º de la ley Nº 20.594, que crea inhabilidades para condenados por delitos sexuales contra menores [en línea] <http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iddocto=9107&tipodoc=mensaje_mocion> [consulta: 28 enero 2017]

Proyecto de ley, Boletín Nº 9474-07. Modifica el Código Penal, sancionando a quienes contratan a personas consignadas en el Registro Nacional de Pedófilos [en línea] <http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iddocto=9887&tipodoc=mensaje_mocion> [consulta: 28 enero 2017]

{Q}

QUIJADA SAPIAIN, D. 2016. Política criminal en materia de intervención para agresores sexuales: Avances desde la psicología jurídica y revisión del estado del arte en tratamiento penitenciario. Doctrina Práctica. ISSN 2313-268X. Nº 28. pp.131-148

{R}

REDONDO ILLESCAS, S. 2006. "¿Sirve el tratamiento para rehabilitar a los delincuentes sexuales?". Revista Española de Investigación criminológica. Artículo 6. Número 4. pp.1-22

ROBAYNA PERERA, M. 2011. Criminología Sexual: La huella humana. Derecho y Cambio Social. Año 8. Nº25. pp.1-14

ROBLES PLANAS, R. 2007. "Sexual Predators". Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad. Barcelona. InDret Revista para el análisis del Derecho. pp.1-25

ROCHOW, D. 2016. Afectaciones sistemáticas de derechos y control judicial carcelario: Elementos para una crítica de la ejecución penitenciaria en Chile. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias jurídicas y Sociales. Santiago. Universidad de Chile. 187p.

RODRÍGUEZ COLLAO, L. 2001. Delitos sexuales. Santiago. Editorial jurídica. 305p.

RODRÍGUEZ MANZANERA, L. 1981. Criminología. 2º Edición. México. Editorial Porrúa. 540p.

ROSARIO NIEVES, I. 2016. El Fraude de Etiquetas en la clasificación del registro de ofensores sexuales como "medida no punitiva". Revista Jurídica UPR. 85(1). pp.169-186

ROXIN, C. 1993. Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad. pp.15-49 En: Varios autores. 1993. Determinación judicial de la pena. Buenos Aires. Editores dEL PUERTO.

{S}

SALAT PAISAL, M. 2014. La respuesta jurídico-penal a los delincuentes imputables peligrosos: especial referencia a la libertad vigilada. Tesis doctoral. Universidad de Lleida. 508p.

SALAT PAISAL, M. 2015. Medidas post-penitenciarias aplicables a los delincuentes sexuales: una visión desde el derecho norteamericano. Versión pre-print (1-38) del artículo publicado En: Revista Penal. 36. 2015. pp.182-206

SALAT PAISAL, M. 2016. Las consecuencias sancionatorias aplicables a los delincuentes sexuales tras las últimas reformas legislativas. Estudios Penales y Criminológicos. Vol. XXXVI. pp.281-346

SAMPLE, L.L. y BRAY, T.M. 2003. Are Sex Offenders Dangerous?. Criminology & Public Policy. 3(1). pp.59-82

SANDLER, J., FREEMAN, N. y SOCIA, K. 2008. Does a watched pot boil? A time-series analysis of New York State's Sex Offender Registration and Notification Law. Psychology, Public Policy and Law. 14(4). pp.284-302

SÁNCHEZ LÁZARO, F. 2006. Un problema de peligrosidad postdelictual: Reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad. Revista Penal 17. pp.142 -165

SÁNZ MORÁN, A.J. 2007. El tratamiento del delincuente habitual. Política Criminal nº4, A3. pp.1-16

SCHRAM, D. y MILLOY, C. 1995. Community Notification: A study of offender characteristics and recidivism. Washington State Institute for Public Policy. pp.1-30

SCHULTZ, C. 2014.. The Stigmatization of Individuals Convicted of Sex Offenses: labeling theory and the sex offense registry. Themis: Research of journal of justice studies and forensic science. Vol. 2 Issue 1(Article 4). pp.63-81

SCOTT, C. y GERBASI, J. 2003. Sex offender registration and community notification challeges: the Supreme Court continues its trend. The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law. 31(4). pp.494-501

SEMINOLE COUNTY PUBLIC SCHOOLS. 2014. The Jessica Lunsford Act: Implementation for Contractors, Vendors & Sports Officials, [en línea], <http://wschools.scps.k12.fl.us/Portals/0/assets/pdf/public/JLAct.pdf>, [consulta: 28 enero 2017] pp.1-16

SEXUAL PREDATORS ACT POLICY TEAM. 2000. Sentencing Federal Sexual Offenders: Protection of Children from Sexual Predators Act of 1998 [en línea] <http://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/research-and-publications/working-group-reports/sex-offenses/20000214-child-sex-offenses/SEXPREDRPT.pdf> [consulta: 28 enero 2017]

SILVA SÁNCHEZ, J.M. 1992. Aproximación al derecho penal contemporáneo. Barcelona. José María Bosch Editor S.A. 426p.

SILVA SÁNCHEZ, J-M. 2001(a). El Retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico penales frente a los delincuentes sexuales violentos. En: Homenaje al Doctor Marino Barbero in Memoriam Ediciones de la Universidad de Castilla, la Mancha. Ediciones Universidad Salamanca. pp.699 – 710

SILVA SÁNCHEZ, J-M. 2001(b). La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post-industriales. 2º Edición. Civitas Ediciones. pp.1-167

SOCIA, K., LEVENSON J., ACKERMAN, A. y HARRIS, A. 2014. Brothers Under the Bridge: Factors Influencing the Transience of Registered Sex Offenders in Florida. Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment. pp.1-28

SOLER, C. y GARCÍA, C. 2009. Delitos sexuales y reincidencia. Un estudio de las prisiones de Cataluña. Barcelona: Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. 236p.

SOTO NAVARRO, S. 2005. La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología [en línea] <criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-09.pdf> [consulta: 28 enero 2017] pp.1-46

SPOONER, K. 2011. The Adam Walsh Act: Juveniles and Sex Offender Registration and Notification. Undergraduate Review. 7. pp.126-130

{T}

TABACHNICK, J. y KLEIN, A. 2011. A Reasoned Approach: Reshaping sex offender policy to prevent child sexual abuse. Association for The treatment of Sexual Abusers. pp.1-50

TAPIA BALLESTEROS, P. 2013. Las medidas de seguridad. Pasado, presente y ¿futuro? De su regulación en la legislación chilena y española. Política Criminal. 8(16) Art.7. pp.574-599

TAPIA BALLESTEROS, P. 2014. Las medidas de seguridad. Reforma más reciente y últimas propuestas. Revista Jurídica de Castilla y León. 32. pp.1-21

TAYLOR, I., WALTON, P., YOUNG, J. 1997. La nueva criminología: Contribución a una teoría social de la conducta desviada. Segunda reimpresión. Buenos Aires. Amorrortu Editores. 335p

TERRY, K. 2013. Sexual Offenses and Offenders: Theory, Practice, and Policy. 2º Ed. Estados Unidos. Wadsworth CENGAGE Learning. 365p.

TERRY, K. 2015. Sex offender laws in the United States: Smart policy or disproportionate sanctions?, International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice, 39(2). pp.113-127

TEWKSBURY, R. 2006. Sex offender Registries as a tool for Public Safety: Views from registered offenders. Western Criminology Review. 7(1). pp.1-8

TEWKSBURY, R. y LEES, M. 2007. Perceptions of punishment: How Registered sex offenders view registries. Crime & Delinquency. 53 (3). pp.380-407

THARINGER, D., KRIVACSKA, J. 1988. Prevention of Child Sexual Abuse: An Analysis of Issues, Educational Programs and Research Findings. School Psychology Review. 17(4). pp.614-634

THOMAS, T. 2011. The Registration and Monitoring of Sex Offender. A Comparative Study. Routledge.

TURNER, S., CHAMBERLAIN, A., JANNETTA, J. y HESS, J. 2015. Does GPS Improve Recidivism Among High Risk Sex Offenders? Outcomes for California's GPS Pilot for High Risk Sex Offender Parolees. Victim & Offenders: An International Journal of Evidence-based Research. Policy and Practice. 10:1. pp.1-28

{U}

U.K. Government. 2010. Guidance sex offender disclosure scheme guidance, [en línea] <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/184095/disclosure-scheme-guidance.pdf> [consulta: 28 enero 2017]

U.K. Government. 2011. Reforming the notifications requirements of registered sex offenders (part. 2 of the Sexual Offences Act 2003): A Targeted Consultation [en línea] <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/157860/notif-sex-offenders-consult.pdf> [consulta: 28 enero 2017]

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. [en línea] <https://www.nsopw.gov> [consulta: 28 enero 2017]

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. 1999. Megan's Law; Final Guidelines for the Jacob Wetterling Crimes Against Children and Sexually Violent Offender Registration Act, as amended. Federal Register. 64(2). pp.572-587

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. 2008a. Legislative Trends in Sex Offender Management. Center for Sex Offender Management. Office of Justice Programs. pp.1 - 20

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. 2008b. The National Guidelines for Sex Offender Registration and Notification [en línea] <https://ojp.gov/smart/pdfs/final_sornaguidelines.pdf> [consulta: 28 enero 2017]

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. 2012. Sex Offender Registration and Notification in the United States: Current Case Law and Issues, [en línea] <http://www.ncdsv.org/images/SMART_SexOffenderRegistrationNotificationInTheUSCurrentCaseLawAndIssues_7-2012.pdf> [consulta: 28 enero 2017] pp.1-16

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. 2014. Global Overview of Sex Offender Registration and Notification Systems [en línea] <https://www.smart.gov/pdfs/GlobalOverview.pdf> [consulta: 28 enero 2017] pp.1-26

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. 2015. Sex Offender Registration and Notification in the United States: Current Case Law and Issues [en línea] < http://www.smart.gov/caselaw/handbook_dec2015.pdf> pp. 1-30 [consulta: 28 enero 2017]

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. 2016. Global Survey of Sex Offender Registration and Notification Systems. [En línea] <http://smart.gov/pdfs/global-survey-2016-final.pdf> [consulta: 28 enero 2017] pp.1-32

{V}

VALENCIA, O., ANDREU, J.M., MÍNGUEZ, P. y LABRADOR, M.A. 2008. Nivel de reincidencia en agresores sexuales bajo tratamiento en programas de control de la agresión sexual. Psicopatología Clínica Legal y Forense, Vol.8. pp.7-18

VÉLEZ RODRÍGUEZ, L. 2007. ¿Se encuentra justificada la actual política criminal contra agresores sexuales?. Nuevo Foro Penal. 71. pp.92-114

VENDRELL ALFONSO, J. 2016. Análisis del Registro Central de Delincuentes Sexuales. Cuestiones de Interés Jurídico. IDIBE. pp.1-9

VERA VEGA, J. 2012. Algunas notas sobre el programa político-criminal de la constitución a la luz de los nuevos modelos políticos-criminales. Revista de Derechos Fundamentales. Universidad Viña del Mar. 8. pp.173-223

VESS, J., DAY, A., POWELL, M. y GRAFFAM, J. 2011(a). International Sex Offender Registration Laws: Research and Evaluation Issues Based on a Review of Current Scientific Literature, Police Practice and Research. pp.1-14

VESS, J., LANGSKAILL, B., DAY, A., POWELL, M. y GRAFFAM, J. 2011(b). A comparative Analysis of Australian Sex Offender Legislation for Sex Offender Registries. Australian & New Zealand Journal of Criminology. 44(3). pp.404-424

VILAJOSANA, J.M. 2008. Castración química y determinismo. Cuadernos de filosofía del Derecho. 31. pp.485-508

VOZMEDIANO, L., SAN JUAN, C. y VERGARA, A. 2008. Problemas de medición del miedo al delito. Algunas respuestas teóricas y técnicas. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 10(07). pp.1-17

{W}

WACQUANT, L. 2010. Moralismo y panoptismo punitivo: a la caza de los delincuentes sexuales. En: Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social. Barcelona, Gedisa. pp. 301-337

WALKER, A. 2001. Considering the Victim in the Implementation of Megan's Laws. August. pp.1-10

WALKER, J.T., MADDAN, S., VÁSQUEZ, B., VAHOUTEN, A. y ERVIN-MCLARTY, G. 2008. The Influence Of Sex Offender Registration And Notification Laws in the United States. Arkansas Crime Information Center.

WALKER STERLING, R. 2015. Juvenile Sex Offender Registration: An Impermissible Life Sentence. The University of Chicago Law Review. pp.295-315

WILSON, C., BATES, A. y VÖLLM, B. 2010. Circles of Support and Accountability: An Innovative Approach to Manage High-Risk Sex Offenders in the Community. The Open Criminology Journal. 3. pp.48-57

WORLEY, R.M. y WORLEY, V.B. 2013. The sex offender next door: deconstructing the United State's obsession with sex offender registries in an age of neoliberalism. International Review of Law, Computers & Technology. Vol.27(3). pp.335-344

WRIGHT, R.G. 2003. Sex Offender Registration and Notification: Public Attention, Political Emphasis and Fear. Criminology & Public Policy. Academic Research Library. 3(1). pp.97-104

WRIGHT, R. 2008. Sex Offender Post-Incarceration Sanctions: Are There Any Limits?. *New England Journal of Criminal & Civil Confinement.* 34(1). pp.17-50.

{Z}

ZERPA APONTE, A. 2007. Revisión de alguno de los Derechos Consagrados en la Garantía al "Debido Proceso" en su relación con el Proceso Penal Venezolano. En: UCAB CARACAS. 2007. Debido proceso y medidas de coerción personal. 1º Ed. Caracas. Venezuela. X Jornadas de Derecho Procesal Penal.

ZGOBA, K., WITT, P., DALESSANDRO, M., y VEYSEY, B. 2008. Megan's Law: Assessing the Practical and Monetary efficacy. National Institute of Justice. Office of Justice Programs: US Department of Justice. pp.1-44

ZGOBA, K., y BACHAR, K. 2009. Sex Offender Registration and Notification: Limited effects in New Jersey. U.S. Department of Justice. Toward Criminal Justice Solutions. pp.1-4

ZGOBA, K., MINER, M., LEVENSON, J., KNIGHT, R., LETOURNEAU, E. y THORNTON, D. 2015. The Adam Walsh Act: An examination of Sex Offender Risk Classification Systems. Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment. pp.1-19

ZUGALDÍA, J.M., 2009. Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena. Revista Derecho Penal y Criminología. 3º Época (1). pp.199-212

§ REPERTORIO DE LEYES Y NORMATIVAS

***

Australia

- (2004) Child Protection (Offender Reporting)

Argentina

- (2013) Ley 26.879. Crea Registro Nacional de Datos Genéticos vinculados a delitos contra la integridad sexual

Canadá

- (2004) Sex Offender Information Registration Act 2004

Chile

- Código Penal
- Código Procesal Penal
- (2004) Ley N°19.927. Modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil. Biblioteca de Congreso Nacional de Chile
- (2012) Ley 20.594. Crea inhabilidades para condenados por delitos sexuales contra menores y establece el registro de ellas.

Corea del Sur

- (2009) Act on the Protection of Children and Juveniles from Sexual Abuse

España

- (2016) Real Decreto 1110/2015

Estados Unidos

- (-) Revised Code of Washington
- (1990) Community Protection Act
- (1994) Violent Crime Control and Law Enforcement Act of 1994 (Jacob Wetterling Act)
- (1996) Megan's Law
- (1996) Pam Lychner Sexual Offender Tracking and identification Act of 1996
- (1997) Jacob Wetterling Improvements Act
- (1998) Protection of Children From Sexual Predators Act of 1998
- (2000) Victims of Trafficking and Violence Protection Act of 2000
- (2003) Prosecutorial Remedies and Other Tools to end the Exploitation of Children

Today (PROTECT) Act

- (2005) The Florida Statues: Jessica's Law
- (2006) Adam Walsh Child Protection and Safety Act of 2006
- (2012) United States Code
- (2016) International Megan's Law To Prevent Child Explotation and Other Sexual Crimes through Advanced Notification of Traveling Sex Offenders

Francia

- (2004) «Loi nº 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité»

Internacional

- (2007) Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la Explotación y el Abuso sexual

Irlanda

- (2001) Sex Offenders Act

Malasia

- (2001) Child Act 2001

Maldivia

- (2009) Maldivia Ley nº 12/2009

Malta

- (2011) Protection of Minors (Registration Act), Act XXIII

Reino Unido

- (1215) Carta Magna
- (1997) Sex Offences Act
- (2003) Criminal Justice Act
- (2003) Sexual Offences Act (2003)

Sud África

- (2007) Criminal Law (Sexual Offences and Related Matters), Amendment Act, 2007

Trinidad y Tobago

- (2000) Sexual Offences (Amendment) Act 2000

§ ARTÍCULOS DE PERIÓDICOS ELECTRÓNICOS

***

12 NEWS. 2016. Sex offender found bound, killed in Phoenix auto parts shop. 12 News, Estados Unidos, Arizona, 07 de junio de 2016. <http://www.12news.com/news/local/valley/sex-offender-found-bound-killed-in-phoenix-auto-parts-shop/235997481> [consulta: 28 enero 2017]

ABC NEWS, G. 2006. Sex Offenders registries: putting lives in risk? [en línea] ABC News, Estados Unidos, 18 de abril, 2006. <http://abcnews.go.com/US/story?id=1855771&page=1> [consulta: 28 enero 2017]

BBC NEWS. 2000. A paper's controlversil campaign [en línea] BBC, Reino Unido, 30 de Agosto del 2000 <http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/1709708.stm> [consulta: 28 enero 2017]

CNN. 2016. Jacob Wetterling suspect Danny James Heinrich tells court he killed him. [en línea] CNN, Estados Unidos, 07 septiembre 2016. <http://edition.cnn.com/2016/09/06/us/jacob-wetterling-heinrich-confession/> [consulta: 28 enero 2017]

EL MERCURIO. 2015. Registro de pedófilos: 2771 personas están inhabilitadas para trabajar con menores [en línea] EMOL, Chile, 02 de Marzo 2015. <http://www.emol.com/noticias/nacional/2015/03/02/706072/registro-de-pedofilos-2771-personas-estan-inhabilitadas-de-trabajar-con-menores.html> [consulta: 28 enero 2017]

EL MERCURIO. 2016 Registro de pedófilos suma 4 mil personas inhabilitadas para trabajar con niños [en línea] EMOL, Chile, 16 de Febrero 2016 <http://www.emol.com/noticias/Nacional/2016/02/16/788577/A-casi-cuatro-anos-de-su-implementacion-sistema-registra-4-mil-personas-inhabilitadas-para-trabajar-con-ninos.html> [consulta: 28 enero 2017]

EL MUNDO. 2008. Las claves del caso 'Mari Luz': despropósitos y responsabilidades [en línea] El Mundo, España, 02 de abril de 2008 <http://www.elmundo.es/elmundo/2008/04/02/espana/1207128933.html> [consulta: 28 enero 2017]

FOX 2. 2015. Military sex offenders evade registering on state offender list. FOX 2: St. Louis, Estados Unidos, 05 de mayo de 2015 <http://fox2now.com/2015/05/20/military-sex-offenders-evade-registering-on-state-offender-list/> [consulta: 28 enero 2017]

LA TERCERA. 2013. Ley de Pedófilos: 709 personas están inhabilitadas para trabajar con menores de edad. [en línea] La Tercera en Internet. 27 de marzo, 2013 <http://www.latercera.com/noticia/nacional/2013/03/680-515946-9-ley-de-pedofilos-709-personas-estan-inhabilitados-para-trabajar-con-menores-de.shtml> [consulta: 28 enero 2017]

LOS ÁNGELES TIMES. 1993. Released sex offender hounded in Northwest: Legal: Community burns down house after hearing child rapist would be returning to his hometown. [en línea] LA Times, Estados Unidos, 01 de Agosto 1993 <http://articles.latimes.com/1993-08-01/news/mn-19079_1_law-enforcement> [consulta: 28 enero 2017]

NEW YORK TIMES. 1993. Protests force sex offender to move from second town. [en línea] NY Times, Estados Unidos, 20 de julio 1993 <http://www.nytimes.com/1993/07/20/us/protests-force-sex-offender-to-move-from-second-town.html> [consulta: 28 enero 2017]

NEW YORK TIMES. 2005. Man charged in killings of sex offenders. [en línea] NYC Times, Estados Unidos, 07 de septiembre 2005 <http://www.nytimes.com/2005/09/07/us/man-charged-in-killings-of-sex-offenders.html?_r=0> [consulta: 28 enero 2017]

PÁGINA 21. **E**ntrevista a GABRIEL KESSLER, sociólogo. 2010. [en línea] Diario Página 12 en Internet, Argentina, 23 de agosto, 2010 <http://www.pagina12.com.ar/diario/dialogos/21-151840-2010-08-23.html> [consulta: 28 enero 2017]

SEATTLE WEEKLY NEWS, J. 2011. Washington's0020Screwed-up sex-offender registry. [en línea] Seattle Weekly News, Estados Unidos, 30 de Agosto 2011 <http://archive.seattleweekly.com/2011-08-31/news/washington-s-screwed-up-sex-offender-registry> [consulta: 28 enero 2017]

§ ÍNDICE DE CUADROS, ESQUEMAS Y FIGURAS

***

Cuadros

Cuadro nº1. Cuadro sintético de las medidas jurídico-penales para el tratamiento de la delincuencia sexual.
Cuadro nº2. Diferencia tipológica de los Registros
Cuadro nº3. Cuadro sintético del reportorio de leyes estadounidenses relevantes en material sexual
Cuadro nº4. Cuadro informativo del período de notificación en la SOA (2013)
Cuadro nº5. Países que han implementado Registros y sistemas de notificación
Cuadro nº6. Modelos teórico-explicativos del abuso sexual infantil
Cuadro nº7. Meta-análisis reincidencia de agresoras sexuales (en comparación con hombres)
Cuadro nº8. Comparativa entre premisas subyacentes (erradas) y evidencia empírica

Esquemas

Esquema nº1. *Agenda-Setting*
Esquema nº2. Tratamiento jurídico-penal de la delincuencia sexual

Figura

Figura nº1. Notificación activa/modalidad según nivel de riesgo del agresor.
Figura nº2. Infografía del Gobierno que explica el funcionamiento del Registro (año 2012)

Gráficos

Gráfico nº1. Cifra total de registrados por año en EE.UU
Gráfico nº2. % total de denuncias por delito en Chile (año 2015)
Gráfico nº3. Cantidad total de denuncias de delitos sexual por cada año en Chile
Gráfico nº4. Terminación de causas por delitos sexuales en Chile (2015)

§ JURISPRUDENCIA

***

CHILE

Contraloría General de la República

- Dictamen 39765-2014
- Dictamen 23559-2015

ESTADOS UNIDOS

Cortes de Apelaciones

- Doe *v.* Department of Public Safety and Correctional Services Nº125. Court of Appeals of Maryland
- Doe *v.* Otte, 259 F.3d. (9th.Cir.2001)

Corte distrital

- Karsjens *v.* Jesson. Civil Nº. 11-3659 (DWF/JJK). (District Court Minnesota Apr. 2015)

Cortes Supremas estatales

- John Doe v. State of New Hampshire, 111 A.3d (New Hampshire Supreme Court 2015)
- Wallace v. State, 905 N.E.2d 379 (Indiana Supreme Court 2009)

Corte Suprema EE.UU

- Connecticut Department of Public Safety *v.* John Doe (2003), 538 U.S. 1 (2003)
- Smith *v.* Doe, 538 U.S. 84 (2003)
- Thomas Carr, Petitioner v. United States, 560 U.S. 1 (2010)