

VIOLENCIA SEXUAL Y CONTRATO DE TRABAJO: ¿LA IMPUTACIÓN PENAL DEBE SER (SIEMPRE) CAUSA DE DESPIDO?

(Comentario a la [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de abril de 2016, rec. núm. 118/2016](#))

Cristóbal Molina Navarrete

Catedrático. Universidad de Jaén

El sentido de una ley no está creado solo por ella, sino que resulta de su puesto en el ordenamiento, situación y sentido que tampoco son fijos o invariables, sino que pueden cambiar en función de la situación actual de la norma en el ordenamiento jurídico.

F. de Castro
Derecho Civil

1. MARCO NORMATIVO: CRECIENTE PENETRACIÓN DE «LO PENAL» EN «LO LABORAL»

En la esfera estrictamente política, una de las cuestiones más candentes de la convulsa arena política española de este tiempo es determinar cuándo ha de obligarse a dejar el cargo público a personas «imputadas» –o «investigadas», según la actual denominación de la norma procesal criminal–. No por casualidad, la primera condición fijada en el «acuerdo PP-C'S» para la investidura –a día de hoy fallida– es la de «suspender» a todo cargo público *«imputado por corrupción»*. Esta cuestión político-institucional, no solo ético-social, tiene, como casi todas, su propia «vertiente jurídico-laboral», en la medida en que la valoración penal de una conducta, se realice o no dentro de la relación profesional, puede tener un significativo impacto también en la suerte del contrato de trabajo, hasta determinar la propia extinción. Un claro ejemplo de ello, en el plano legislativo, es el [Real Decreto 1110/2015, de 11 de diciembre](#), norma de desarrollo de la [Ley 26/2015, de 28 de julio](#), de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia. La norma, en vigor desde el pasado 1 de marzo, ha creado el Registro Central de Delincuentes Sexuales, que es contemplado como un instrumento de tutela preventiva frente a eventuales conductas de abuso

sexual de menores, facilitando el conocimiento anticipado a su contratación de qué profesionales que tengan habitualmente contacto de menores puedan tener –o no– antecedentes penales por delitos sexuales. De este modo, se daría cumplimiento efectivo al artículo 13.5 de la [Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor](#) (LOPM).

Este precepto orgánico, como es bien conocido, exige como requisito para el acceso y ejercicio a las profesiones –también a actividades no remuneradas, como el voluntariado– «*que impliquen contacto habitual con menores, el no haber sido condenado por sentencia firme por algún delito contra la libertad e indemnidad sexual [...]*». La norma obedece estrictamente a un imperativo europeo en la materia. Compromiso formulado en el artículo 5.3 de la [Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo Europeo, de 22 de diciembre de 2003](#), relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil. Esta regla, inequívoca concreción del primado del principio general del «interés superior del menor», incluye la obligación de cada Estado de adoptar las medidas necesarias para garantizar que una persona física «*condenada*» por tales delitos pueda ser inhabilitada, «*con carácter temporal o permanente*», para ejercer «*actividades profesionales que supongan el cuidado de niños*». En todo caso, conviene tener en cuenta que este marco ha sido sustituido por una regulación más detallada, precisa y vinculante (Convenio del Consejo de Europa relativo a la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, con fecha de 25 de octubre de 2007 –«[Convenio de Lanzarote](#)»–; y [Directiva 2011/92/UE](#), Parlamento Europeo y Consejo, de 13 de diciembre, de lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, que sustituye la [Decisión marco 2004/68/JAI](#)). Aunque la nueva regulación precisa más estas obligaciones, también el tipo de actividad profesional concernida, a nuestros efectos, hay una sustancial coincidencia entre el marco comunitario vigente y el sustituido.

De un lado, hay que destacar que la nueva regulación ha supuesto ya más de 100.000 certificaciones, cantidad que debería ser mucho mayor en el futuro (son centenares de miles) –llama la atención las [40.782 personas](#) que [han sido condenadas por delito sexual](#) (el registro no discrimina si estaban vinculadas profesionalmente o no a los menores)–. De otro, si bien el artículo 13.5 de la [LOPM](#) no hace referencia expresa a las limitaciones temporales de la inhabilitación para el ejercicio de la profesión con contacto habitual de menores, la norma reglamentaria, en línea con la regulación europea, perfila mejor esta cuestión: las personas condenadas por abusar o explotar sexualmente a menores no podrán trabajar con menores hasta pasados 30 años a contar desde el día que acaben de cumplir su condena; para el resto de delitos sexuales el periodo de inhabilitación será «solo» de 10 años. En todo caso, hay una cuestión fundamental en toda la regulación: no puede haber inhabilitación profesional sin una condena firme por tales delitos, a fin de que las restricciones de derechos, incluso fundamentales, que conlleva la sanción accesoria de inhabilitación resulte razonable y proporcionada.

En consecuencia, parece que no bastará la mera «imputación o investigación penal» para producir tan drástico efecto en la esfera profesional del trabajador, sino que precisa que haya firmeza en la condena. Precisamente, junto a las notables ambigüedades de esta norma –falta del (imposible) listado de profesiones, plazo abierto para la presentación del certificado; no se

prevén consecuencias concretas para el caso de ausencia de certificación negativa de delitos sexuales (positiva de «limpieza penal sexual»)…, que ha servido para fundamentar críticas severas de órganos como el [Consejo fiscal](#), y a la nueva carga que crea para un buen número de empresas, que se ven obligadas a custodiar una información personal para la que, de inicio, no estaban facultadas de forma expresa por la [Ley de Protección de Datos](#) (su art. 7.5 lo contempla solo para las Administraciones públicas)¹, revelándose más complicado en procesos de subcontratación (transporte, comedor, etc.), el aspecto de mayor crítica profesional y sindical se ha centrado en la recriminalización a todos los trabajadores que, por defecto, implicaría esta norma. En este sentido, en cuanto que obliga a demostrar que no tienen antecedentes penales de este tipo se estaría quebrando la «presunción de inocencia». Una quiebra negada por el Ministerio de Justicia alegando, justamente, que ha de primar la protección del menor, por lo que la restricción de los diversos derechos de estas personas, sean profesionales sean personales, estaría justificado plenamente en aras de la defensa de ese valor-principio jurídico superior (como proclama la [Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio](#), de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia).

2. SUPUESTO DE HECHO: RELATO FÁCTICO RELEVANTE PARA LA REGLA DEL CASO

Pasado el proceso de selección, un colegio tiene constancia de que un profesor de los contratados estaba inmerso, en aquel tiempo, en un proceso penal en el que se le imputaba haber mantenido relaciones sexuales con una alumna menor de edad en otro colegio en que el trabajador había prestado servicios con anterioridad. Aunque el profesor fue absuelto del supuesto delito, el colegio le despidió disciplinariamente, por haber ocultado un juicio por abusos sexuales anterior al inicio de la relación laboral. El conocimiento, posterior al despido de la sentencia absolutoria, no varió su decisión. Recurrido tal despido, el juzgado de instancia de lo social lo declaró procedente por transgresión de la buena fe contractual.

Contra esta sentencia, se suscitó recurso de suplicación, por considerar el profesor que se ha vulnerado su derecho a la intimidad, así como el derecho a la igualdad. Asimismo, en el plano de la legalidad ordinaria, contesta que hallarse incurso en dicho proceso judicial ni pudiera constituir una transgresión de la buena fe contractual ni un abuso de confianza, en tanto que el colegio solamente puede condicionar su oferta de trabajo a la aportación del certificado de antecedentes penales.

¹ Muy interesante, para concretar esta obligación-facultad de solicitud de certificación negativa y de conservación de tal información por la empresa, el Informe 0401/2015, de la Agencia de Protección de Datos de carácter personal. Incluye precisiones útiles para el concepto de «profesión de contacto habitual con menores». Disponible en: 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

3. DOCTRINA JUDICIAL: BREVIARIO DE RAZONES JURÍDICAS PARA EL FALLO

La STSJ de Madrid 247/2016, de 11 de abril, rec. núm. 118/2016, desestima el recurso y ratifica, por lo tanto, la procedencia del despido. Dejando de lado la desestimación de plano respecto de la alegación de quiebra del artículo 14 de la CE, porque no se alegaría factor de comparación ni de discriminación alguno, pues una condena penal no puede ser, por sí misma, condición personal o social relevante ex artículos 14 de la CE y 17.1 del ET (en línea con la STSJ de la Comunidad Valenciana de 16 de enero de 2009), los dos argumentos centrales de la doctrina de duplicación son los siguientes. A saber.

Primero, descarta la vulneración del derecho fundamental a la intimidad, por tanto la nulidad del despido, por el primado del interés superior del menor que, en un contexto de marcada alarma social por este tipo de delitos, justificaría la legitimidad y proporcionalidad del «sacrificio» del derecho fundamental (STCO 196/2004). De este modo, tratándose de informaciones –que no inquirió, sino que llegó a su conocimiento por la secretaria del centro– de indudable relevancia en el desempeño de su cometido laboral como profesor –estar imputado en un proceso penal por abusos sexuales a una menor de edad–, que generan una evidente «desconfianza» y «alarma entre los padres», el interés superior a proteger «no puede ser otro que el de la protección del menor y de la familia con base en el artículo 39 de la Constitución» (FJ 3.º). Segundo, la procedencia del mismo también se justifica por la transgresión de la buena fe ex artículo 54.2 d) del ET porque el comportamiento del profesor «no es solamente de falta de información relevante para la función docente», sino también de «comunicación... no veraz, al expresar un motivo no real de abandono del anterior trabajo» (que buscaba una jubilación anticipada). En definitiva, habría una clara falta de honestidad del profesor, «al engañar a la empresa en la entrevista» (FJ 4.º).

4. TRASCENDENCIA PRÁCTICA DE LA DECISIÓN Y PROBABILIDAD DE CONSOLIDACIÓN COMO DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

a) *El juicio de proporcionalidad y la teoría de la gradualidad de la sanción: ¿El despido de inmediato es la única forma de prevención eficaz de la violación del interés del menor?*

La extremada actualidad de la cuestión relativa al nuevo requisito legal del certificado negativo de delito sexual contra menores da una especial significación a la sentencia aquí comentada. Dejando a un lado los múltiples problemas prácticos que está generando a las empresas privadas, tanto la inicial dilación de la normativa reglamentaria cuanto la posterior ambigüedad de esta, lo más relevante de la doctrina judicial aquí comentada es la interiorización profunda en la decisión de la nueva conciencia social, ahora formalmente institucionalizada, sobre la necesidad de dar preferencia a la tutela preventiva del menor frente al riesgo de violencia sexual. La doctrina de duplicación es inequívoca al respecto cuando requiere un estándar de honestidad del profesor

respecto del alumnado menor especialmente intenso o cualificado, por así venir impuesto, antes de la entrada en vigor de la normativa específica, por una suerte de actual *norma de especial conciencia social sobre la gravedad* de aquel tipo de conducta, cualquiera que sea, «*incluso si tal conducta* [en el caso se trataba de la acusación de haber mantenido relaciones sexuales con una menor alumna del anterior centro escolar en el que trabajó] *no llega a ser constitutiva de delito de abuso sexuales*».

En suma, la doctrina judicial asume que hay que proteger el mero riesgo de lesión del interés del menor ante conductas sospechosas de inadecuada conducta socio-sexual respecto de él, al margen de que exista o no una condena específica por la misma en el plano penal. No se trataría de cualquier imputación penal, pues la sala de suplicación acepta la legitimidad de cualquier falta a la verdad sobre la eventual existencia de un proceso penal contra la persona, siempre que sea por delitos «sin incidencia directa sobre el núcleo de la función docente», sino de imputaciones penales por delitos que sí tienen esa incidencia. Pero es aquí donde surge nuestra principal duda de corrección de esta doctrina judicial.

Al menos en apariencia, la doctrina judicial parece ir más lejos que el marco legislativo en la tutela preventiva del interés superior de menor frente al riesgo de sufrir violencia sexual por parte de las personas que habitualmente tienen contacto con él –o ella–, abriendo la vía extintiva con la mera imputación, incluso sabiendo que el resultado del proceso penal no es de condena, sino de libre absolución. Ciertamente, cabría argumentar para matizar esta conclusión que, en el caso, la causa del despido no sería directamente la imputación penal por delito sexual, sino la ocultación deliberada de tan relevante información para el ejercicio legal de la profesión –o actividad–, por lo que estaríamos en el ámbito del *despido disciplinario ex artículo 54.2 d)* (transgresión de la buena fe y abuso de confianza) y no en el del *despido por causas objetivas ex artículo 52 a)* (ineptitud laboral conocida o sobrevenida con posterioridad a la contratación). Ahora bien, al margen de la relevante cuestión interpretativa que, a mi juicio, suscita esta nueva regulación legislativa, que no dejaría claro si estamos, en caso de darse el presupuesto legal –certificación positiva de condena firme por delito sexual contra menores–, ante el referido despido objetivo, o ante un despido disciplinario –la situación creada imputable al trabajador por una inadecuada conducta propia–, o incluso una extinción del artículo 49.1 b) del ET –la imposibilidad de trabajar con menores sin tener esa certificación negativa puede ser una causa tácitamente consignada de forma válida en el contrato de trabajo–, en la que ahora no puedo entrar, lo que sí parece claro, en este caso, y debería serlo también con carácter general, es que *la mera imputación por delito sexual* no debe llevar al despido, sino a la suspensión del contrato. De este modo, cabría aplicar, de forma analógica, el [artículo 45.1 g\) del ET](#), hasta que haya sentencia, bien condenatoria –procediendo el despido–, bien absolutoria, en cuyo caso debería continuar, salvo que, en efecto, como apunta la doctrina judicial comentada, la ausencia de tipicidad penal delictual en sentido estricto no impida calificar la conducta como socio-laboralmente reprobable, según la tipicidad laboral propia [ex artículo 54 del ET](#) (o el Código de Conducta convencionalmente aplicable).

Cierto, podría pensarse que en este caso no ha lugar a medidas suspensivas, que serían las exigibles tanto en aplicación del principio de proporcionalidad de la restricción de derechos fun-

damentales como del de gradualidad, inherente a la doctrina jurisprudencial del despido, porque el trabajador no haya dicho la verdad sobre su situación en el proceso selectivo. Pero, a mi entender, haya que poner en cuestión la existencia de una estricta obligación de informar de tal situación personal cuando, sabiéndose inocente del delito, como luego demostró el juez, se es igualmente consciente de que la sola mención de la causa impediría su contrato. Por lo tanto, en defensa de su derecho profesional, no le era exigible de buena fe comunicarlo.

b) La «doble vara de medir» en la empresa la «conciencia social crítica» con la violencia sexual: La mayor relatividad de la «violencia sexual laboral»

En todo caso, sea como fuere, y se alcance la opinión que se considere mejor para este y otros casos análogos futuros, el análisis de este supuesto sí nos permite evaluar la extremada diferencia de valoración que, no solo los empleadores y la sociedad en su conjunto, sino sus señorías igualmente, exhiben a menudo, entre la «violencia sexual» a menores, reprobable al máximo –como así debe ser siempre–, y la «violencia sexual laboral» a mujeres. Esta, sobre la que no creo haya duda alguna de que debe ser merecedora del máximo reproche, no solo en el plano normativo (también está sancionada penalmente), sino también social, en cambio nos ofrece continuos ejemplos de constituir una «pauta general» de mayor «comprensión», incluso de mayor «complicidad social». Los ejemplos podrían ser muchos, de ayer –muchos más–, de hoy –algunos menos–, y de mañana –si pudiéramos; pues seguro que seguirán produciéndose, para nuestro lamento–, pero vamos a traer uno muy reciente y extremadamente inquietante. Me refiero al asunto resuelto por la [Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia 378/2016, de 17 de junio de 2016](#), que absolvió a un «jefe de departamento» de El Corte Inglés de los delitos de abuso y de acoso sexual, por entender que llamar constantemente «chochitos» a empleadas bajo su mando, o dejar a algunas de ellas notas con contenido sexual –«este año, si es posible, estás más guapa y mucho más buena»–, ocasionando diversas bajas por el estrés generado a raíz de estas conductas, no era delictivo, sino tan solo, si acaso, «una falta de consideración».

No siendo de nuestra competencia, ni de nuestro interés, en este momento, la esfera de decisión penal, llamamos la atención aquí sobre la deriva laboral de esta cuestión. Y es que, según consta en hechos probados, la empresa cuenta con un protocolo frente al acoso sexual, como riesgo profesional que es. Una vez activado, su órgano específico de gestión alcanzaría la conclusión de no haberse podido probar los hechos de contenido sexual más específicos –como son los tocamientos– denunciados. Pese a ello, y dado que sí comprobó la persistente –duró varios años y se verificó respecto de varias trabajadoras– falta del respeto y de consideración debidos a sus compañeras, ese órgano sí impuso sanción de 21 días de suspensión de empleo y sueldo al jefe de departamento. Pues bien, al margen de dejar en evidencia la eficacia de los referidos protocolos de gestión preventiva del riesgo de violencia sexual laboral, tema de gran interés pero que tampoco podemos abordar aquí, parece clara la desvaloración que este tipo de violencia sexual merece a la empresa, desvelando el carácter meramente formal de sus «[planes de igualdad](#)» que incluye la lucha contra la *violencia laboral de sexo-género*.

En efecto, si se atiende al artículo 54.9 del [Convenio Colectivo Estatal de Grandes Almacenes](#) vigente, el aplicable a empresas como El Corte Inglés, la falta de consideración y de respeto a las compañeras de trabajo tiene la calificación de «falta muy grave». Este tipo de conductas difiere notablemente en su configuración, no así en su valoración disciplinaria, del acoso sexual, recogida expresamente como falta muy grave también en el apartado 16 de ese mismo precepto. Consecuentemente, se trata de tipos de conductas de violencia sexual laboral diferentes, pero reprobadas normativo-convencionalmente con máxima calificación. Conforme al artículo 56 de ese mismo Código de Conducta convencional dentro de la empresa, las sanciones correspondientes a las infracciones muy graves van desde la menor, de 16 a 60 días de suspensión de empleo y sueldo, hasta la mayor, extinción del contrato si la falta se calificara en su grado máximo. La norma convencional no ofrece criterio alguno para establecer esos diversos grados, dejándolo a la discrecionalidad de la empresa –arts. 55 y 56–, cuestión muy relevante igualmente, pero sobre la que tampoco podemos entrar en este momento.

Pues bien, si comparamos el marco normativo vigente en materia de violencia sexual contra trabajadoras, considerable siempre como infracción muy grave, y atendemos al juicio de reproche realizado en la empresa comentada, que no es excepción, sino pauta general, aún hoy, veremos que se ha aplicado prácticamente la sanción mínima correspondiente –la norma prevé 16, y la empresa aplicó 21 días de suspensión–. Por lo tanto, para la empresa, la pauta general de este jefe de departamento de dirigirse viendo en sus compañeras solo «chochitos» o «pilones», yendo más allá con algunas para insinuarles actitudes sexuales –«cada año estás más buena»–, mantenida durante varios años, apenas implica una falta de consideración en su grado mínimo. Da igual que las compañeras sufran estrés, se generen diversas bajas y cree un claro malestar en ese ambiente laboral, que se vuelve indignante para las mujeres, pues no se ha podido demostrar que fuera más allá y –perdón por la vulgaridad– les tocara el culo o «los senos», pues solo eso sería acoso sexual. En fin, de nuevo, nuestros-as agudos-as lectores-as valorarán la corrección de la decisión y si, conocida la sentencia penal, no debería ejercerse una acción más contundente para exigir responsabilidad de buena gestión a todos –y todas–.

Sin duda se abre un horizonte de cuestiones muy sugerentes al respecto, pero eso es ya otra historia. Aquí hemos pretendido evidenciar, como nos gusta, con casos relevantes, cuán arriesgado es enjuiciar a la luz de las «*pautas de aceptación social general*». En un caso, violencia sexual contra los menores, la mera imputación seguida de absolución lleva a legitimar el despido, pese a que el marco legal exige la condena firme, porque el profesor tuvo miedo de decir la verdad en el proceso de selección; en otro, la violencia sexual contra las mujeres lleva a pocos días de suspensión, pese a que el marco legal y convencional exigía la máxima sanción.