

DESPIDO DE LA TRABAJADORA EMBARAZADA. EXONERACIÓN DE LA PRUEBA DEL CONOCIMIENTO DEL EMBARAZO POR EL EMPRESARIO, Y DE TODA OBLIGACIÓN DE DECLARACIÓN PREVIA POR LA TRABAJADORA DEL EMBARAZO AL EMPRESARIO

(Comentario a la STC de 21 de julio de 2008, 92/2008,
rec. de amparo núm. 6595/2006) *

ANTONIO TAPIA HERMIDA

*Doctor en Derecho
Profesor Titular de Derecho Mercantil.
Universidad Complutense de Madrid
Letrado de la Seguridad Social
Académico Correspondiente de la
Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*

Extracto:

EL despido de una trabajadora embarazada, por razón de su embarazo, es un acto esencialmente inhumano, radicalmente opuesto al principio de humanidad. Cuando se repara en que constituye un acto de violencia gratuito contra la vida y la integridad física y moral tanto de la trabajadora (madre) como del ser humano que está por nacer (feto, *nasciturus*) muestra además su aspecto cruel y pavoroso, que recuerda etapas históricas de odiosa memoria ** (pero cuyo horror, cíclicamente parece querer rememorar). Pero un acto injusto no se solventa con una actuación irracional tal que prive, a la postre, de la protección debida a esas personas (madre y *nasciturus*), excluyendo el deber de publicidad al empresario de ese estado biológico, como si de un estigma se tratase, y no de la exigencia de que el mismo conozca y, consecuentemente, respete y proteja a la trabajadora encinta, porque aquella actitud es debida por «todos» y cada uno («todos» tenemos derecho a la vida y a la integridad física y moral) y *ad infinitum*, respecto de cualquier mujer en ese estado biológico, esencial para la pervivencia del ser humano.

Palabras clave: trabajadora, embarazo, trabajadora embarazada, conocimiento del embarazo por el empresario, deber de declaración del embarazo y trabajadora embarazada que comunique su estado.

* Véase el texto íntegro de esta sentencia en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núms. 305-306, agosto-septiembre 2008 o en *Normacef Socio-Laboral* (NSJ026213).

** *Vid.* BOYNE, J. *El niño con el pijama de rayas*, Salamandra, Barcelona, 2007, obra que la crítica literaria encuadra formalmente en el género de novela y no en el de ensayo, pero que en realidad constituye un auténtico tratado de moral o ética. Baste para confirmarlo con la transcripción de la siguiente parte de la conversación contenida en págs. 57-59, mantenida entre el niño «Bruno» a su «padre», nombrado jefe del campo de concentración de Auschwitz, cuando aquel le pregunta por las personas que ve desde su ventana, y el padre le responde, «soldados» y Bruno le replica «no, no me refiero a esos, sino las personas que veo desde mi ventana. En las cabañas, a lo lejos. Todos visten igual», pues entonces el padre le contesta, «ah esos (...). Esas personas... bueno, es que no son personas, Bruno (...) al menos no son lo que nosotros entendemos por personas (...). Pero no debes preocuparte. No tienen nada que ver contigo. No tienes absolutamente nada en común con ellos».

Sumario

- I. Introducción.
 1. Consideraciones generales.
 2. Breve referencia al supuesto de hecho.
- II. Regulación jurídico positiva del «despido de la trabajadora embarazada».
 1. Normativa comunitaria e internacional.
 2. Su régimen y efectos en el ordenamiento jurídico español.
- III. La prohibición comunitaria y constitucional de discriminación por razón de sexo.
- IV. Jurisprudencia comunitaria sobre el «despido de una trabajadora embarazada».
- V. Jurisprudencia (constitucional y ordinaria) española sobre el despido de la trabajadora embarazada, existente a la fecha de dictarse la sentencia objeto de comentario.
- VI. La doctrina establecida en la STC 92/2008.
 1. La consideración del despido de una trabajadora embarazada como un acto de discriminación directa por razón de sexo.
 2. Exclusión de la necesidad del «conocimiento del embarazo» de la trabajadora por el empresario y consiguiente eliminación de toda obligación de su «declaración previa» al mismo.
- VII. Sobre si el «despido de una trabajadora embarazada» simplemente constituye una discriminación por razón de sexo, o la «banalidad» del despido de una «trabajadora embarazada».
- VIII. Consideraciones críticas. A modo de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

El «despido de la trabajadora embarazada», tiene mucha más trascendencia de lo que evoca su mera consideración semántica, sobrepasando ampliamente sus implicaciones laborales. Merece por ello que se haga una breve, pero de todo punto necesaria referencia, a esos aspectos que exceden de las consecuencias laborales a las que, generalmente, se reconducen las consecuencias del «despido de la trabajadora embarazada», efectuándose consideraciones más propias de la filosofía del derecho que del derecho positivo. Ciertamente el tema objeto de atención tiene implicaciones epistemológicas, ontológicas y metafísicas, afectando a los aspectos nucleares de la reflexión filosófica, moral y ética (la protección de la dignidad de la persona y el derecho a la vida), por lo que se impone llevar a cabo consideraciones de ese calado, antes de entrar en las atinentes al ordenamiento jurídico vigente y que afecten a la realidad y desenvolvimiento de las relaciones laborales.

1. Consideraciones generales.

La sentencia objeto de comentario pone de manifiesto la confusión existente en torno a la protección de la vida humana y la consiguiente dignidad de la persona, como los bienes jurídicos por excelencia. Manifiesta el punto de ruptura o desconexión entre concepciones éticas, constituyendo testimonio de la etapa de «pluralidad de códigos éticos» (personales e individuales) en la que nos ha tocado vivir, esto es, de inexistencia de código(s) ético(s) generalmente aceptado(s), tras la vigencia de los códigos sianítico, homérico, ateniense, aristotélico y tomista, con el consiguiente clima de confrontación en las relaciones sociales no solo entre sujetos que pertenecen a diferentes civilizaciones o culturas, sino incluso entre individuos que participan de la misma civilización o cultura.

Aquella situación de «pluralidad de códigos éticos», ha conllevado una deriva de contradicciones e incoherencias en las conciencias éticas individuales, probablemente ocasionadas por las limitaciones y lagunas de conocimientos, así como por la enorme dificultad que conlleva el pretender crearse cada cual un código ético personal coherente o, al menos, no contradictorio. El mantenimiento por una misma persona de ideas contradictorias, que rompen cualquier posibilidad de armonía interna, generando incoherencias de pensamiento sistemáticas, actuaciones y respuestas estrambóticas, constituyen un desorden o padecimiento psicológico, conocido como «disonancia cognitiva»¹, que traspasando el plano de la patología y afección individual se ha convertido en pandemia. Derivándose a la postre en burdas ideologizaciones, sustituyéndose la ética por cuasi-ideologías, reclamándose y aclamándose a un «líder» espiritual o político, al que se obedece ciegamente, con una pérdida, prácticamente absoluta, de cualquier capacidad crítica, abocándose así a una sociedad orweliana.

¹ En la clásica formulación de ESTINGER, L., *A theory of cognitive dissonance*, Stanford University Press, USA, 1957, recogida por GAZZANIGA, M., *El cerebro social*, Espasa-Calpe, Madrid 1993.

La resolución de la justicia constitucional objeto de comentario no escapa del panorama antes referido, pues en ella si bien existe una inequívoca apelación, en lo que respecta a la trabajadora embarazada a no ser discriminada por razón de sexo, sin embargo, también existe un clamoroso silencio en relación con la persona humana que va a nacer (*nasciturus*) en orden al derecho básico, presupuesto y fundamento de todos los demás derechos, el derecho a la vida. Obviando además aquella resolución jurisdiccional cualquier apelación directa a los dos principios básicos de la dignidad humana, el «principio del valor intrínseco de la vida humana» y el «principio de la responsabilidad personal sobre la vida humana» o de la autonomía individual, sin duda puestos en cuestión con actuaciones empresariales como la que es objeto de atención.

Efectivamente, según aquel «principio del valor intrínseco» resulta que «toda vida humana tiene un tipo especial de valor objetivo. Tiene valor como potencialidad; una vez que una vida humana ha empezado, es importante cómo evoluciona es algo bueno que esa vida tenga éxito y que su potencial se realice, y es algo malo que fracase y su potencial se malogre. Esta es una cuestión de valor objetivo, no meramente subjetivo», por su parte el «principio de responsabilidad» personal tiene un singular alcance y determina «que cada persona tiene una responsabilidad especial en la consecución del logro de su propia vida, una responsabilidad que incluye el empleo de su juicio para estimar qué clase sería para ella una vida lograda, no debe aceptar que ninguna otra persona tenga derecho a dictarle esos valores personales ni a imponérselos sin su consentimiento»², y el ser humano no comienza ni se puede definir por el nacimiento³.

La jurisprudencia constitucional tiene declarado⁴ que la vida es el «presupuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible», constituyendo un «valor superior del ordenamiento jurídico constitucional». Ciertamente «la vida es un supuesto ontológico primordial, que equivale al ser mismo, en cuanto que es y en tanto que existente. La realidad del ser constituye una verdad primordial que se presupone en cualquier referencia al ser pero ese ser se establece en relación con los demás seres; si no existiera el ser ni siquiera se podría tratar del ser en su mismidad, al menos es co-respectivo consigo mismo, pues opera como presupuesto de sí mismo. No se puede pensar en el ser sin previamente haber sido y seguir siendo»⁵, de ahí que la misma jurisprudencia constitucional haya establecido que se trata de un derecho fundamental con «un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho libertad que incluya el derecho a la propia muerte».

² DWORKIN, R., *La democracia posible*, Paidós, Barcelona 2008, págs. 24-25.

³ Sobre la noción de ser humano o persona son inadmisibles e intolerables las delimitaciones y definiciones legales vigentes. No puede olvidarse que el artículo 30 CC es la traslación de la Ley XIII de la Nueva Recopilación V, VIII, 2 (publicada en 1567, que la recoge de las Leyes de Toro, de 1505) y de la Novísima recopilación, X, V, 2 (publicada en 1805), salvo el requisito, establecido ya en las Leyes de Toro, de estar bautizado. Recopilaciones que, a su vez, reproducían sustancialmente el concepto vigente en el Derecho Romano. Superándose esa primitiva y grotesca, a la ahora actual, delimitación y definición de ser humano o persona, se ha de concluir, por mor del conocimiento científico, que se es persona por la posesión y atribución del genoma humano, *Vid. AAVV 50 años de ADN* (GARCÍA BARRERO, P., director), Editorial Espasa Calpe, Madrid 2003; También MOSTERÍN, J. *La naturaleza Humana* (sexta edición), Editorial Espasa Calpe (Austral), Madrid 2008, págs. 135-157.

⁴ STC 154/2002, de 18 de julio.

⁵ En mi trabajo «El Derecho a la Vida», publicado en esta *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 235, de octubre de 2002, pág. 59.

Es cierto que «el ser (la vida) conlleva el no ser (la muerte). En puridad lógica la afirmación no es posible sin la negación, probablemente sean dos caras del mismo fenómeno, esto es, que la vida de cada uno no es más que una determinada ordenación molecular y su negación la desorganización de ese conjunto molecular por un desorden atómico. Ahora bien también es cierto que el ser es la doble negación, es el "no no ser", lo que supone que en cuanto sé es y por la mera existencia se esta negando el no ser. Lo que se conoce en los seres vivos como el espíritu de supervivencia responde, pues, a una lógica implacable, la existencia se opone frontalmente a la aniquilación. Pero todo esto que es cierto en el plano lógico y ontológico, no excluye que en la realidad biológica y física aquella negación del ser pueda ser inducida, provocada o realizada, y aquí interviene entonces el Derecho proclamando la realidad primordial del ser humano, que es tanto como prohibir la provocación del no ser desde fuera del ser mismo»⁶.

La referencia a la violación, desprecio y desprotección de los derechos básicos antes enunciados (derecho a la vida, y a la autonomía personal) cuando el estado de gravidez lleva al despido de la trabajadora embarazada, se pone indirectamente de manifiesto en la sentencia objeto de comentario mediándolo, no irreprochablemente, por la prohibición de discriminación por razón de sexo. Cuestión diferente es que, por exigencia de la estructura jurídico-constitucional la recurrente en amparo tuviera que haber buscado el soporte del artículo 14 de la C. Esp.⁷, pero en semejante distinción no se detiene la sentencia que se comenta, con el resultado de una cierta relativización moral de la extinción del contrato de una «trabajadora embarazada»⁸.

En ese orden de consideraciones la sentencia simplemente alude a que «la prohibición de discriminación por razón de sexo tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la mujer, cualificándose la conducta discriminatoria por el resultado peyorativo para la mujer que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución, dado su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano (art. 10.1 C. Esp.)».

Aquella limitada preocupación se advierte cuando, más adelante, la misma resolución de la justicia constitucional alude a que «la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo».

Pero frente a semejante apelación al respeto y protección de derechos básicos de la «trabajadora» se advierte una preterición, un olvido prácticamente absoluto de otra persona humana (sujeto, jamás mero «objeto», y causa inmediata del «embarazo»), el *nasciturus*. Únicamente y con un apa-

⁶ De mi trabajo, *op. cit.* («El Derecho a la Vida»), pág. 60.

⁷ C. Esp.= Constitución Española.

⁸ En donde deben considerarse irrelevantes cualesquiera «causas justas», siendo cuestión diferente quién deba pechar con los «costes» referidos al mantenimiento de aquella trabajadora, si la comunidad política, *sic* el Estado, o el concreto empresario; Sobre la «opresión de las mujeres» *Vid.* MOSTERÍN, J., *La cultura de la libertad*, Editorial Espasa Calpe (Austral) Madrid 2008, págs. 115-122.

rente complejo de culpabilidad la sentencia se refiere esporádicamente a la «maternidad» y a la «protección de la familia y de los hijos». Nunca al *nasciturus*, protagonista sin duda principal en el embarazo de su madre, pues sin aquel decae, incluso semánticamente, cualquier posible referencia a una «trabajadora embarazada».

No se trata de polemizar sobre el derecho a la vida de todos los seres vivos⁹, bien que se deba afirmar. Ni siquiera de tratar sobre el comienzo de la vida humana, pero sí de concluir que si bien es cierto que «una bellota no es un roble»¹⁰ no es menos cierto que «sin bellota no hay roble», de tal manera que de alguna manera «la bellota es un roble» y esto no es un sofisma, pues aun talando todos los robles no desaparece «el roble» si queda una bellota, pero que si desaparecen todas las bellotas más pronto que tarde desaparece «el roble». «Todos tiene derecho a la vida y a la integridad física y moral», reza el artículo 15 de la C. Esp.¹¹.

2. Breve referencia al supuesto de hecho.

Para una cabal comprensión de la cuestión suscitada y resuelta por la sentencia objeto de comentario es preciso efectuar una concisa alusión al supuesto de hecho considerado en la misma. Para ello basta con resumir los antecedentes de hecho de aquella resolución de la justicia constitucional¹², y que sintéticamente expuestos fueron los que de seguido se relacionan.

⁹ Afirma GARCÍA-SANCHO, J., «Funciones básicas y envejecimiento», en *La ciencia en tus manos* (GARCÍA BARRENO, P., director), Editorial Espasa Calpe, Madrid 2001, pág. 385, que «la aventura de la vida comenzó hace unos cuatro mil millones de años en una atmosfera de metano, amoníaco, hidrógeno, anhídrido carbónico y agua expuesta a altas temperaturas y a la radiación ultravioleta del sol».

¹⁰ Esta apreciación aparece recogida por MOSTERÍN J., *op. cit.* (*La naturaleza Humana*), pág. 292, si bien en págs. 292-303 mantiene una posición decididamente favorable al aborto y a la eugenesia. Claramente también en *op. cit.* (*La cultura de la libertad*), pág. 111.

¹¹ Ya el artículo 303 de la Constitución de Cádiz de 1812, establecía que «no se usará nunca de los tormentos ni de los apremios», y la Declaración de Derechos de Buen Pueblo de Virginia de 12 de junio de 1776, en términos encomiásticos dado el «estado del conocimiento científico» en esa época, establecía en su punto primero que «todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos, de los que, cuando entran en el estado de sociedad, no pueden privar ni desposeer a su posteridad por ningún pacto: el goce de la vida y de la libertad». En la posterior Declaración de la Independencia de los Estados Unidos de América, de 4 de julio de 1776, se estableció lo siguiente: «Sostenemos por evidentes, por sí mismas, estas verdades: Que todos los hombre son creados iguales; Que son dotados por el Creador de ciertos derechos inalienables, entre los cuales esta la vida». El artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la 183 Asamblea General de la ONU, el 10 de diciembre de 1948, establece que «todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona». También el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de siembre de 1976, ratificado por España mediante instrumento de 13 de abril de 1977, proclama que «el derecho a la vida es inherente a la persona humana». La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza en diciembre de 2000, (reiterada con ocasión de la aprobación del Tratado de Lisboa por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, que previsiblemente entrará en vigor el 1 de enero de 2009), establece en su artículo 1 que «la dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida», en su artículo 2, punto primero, que «toda persona tiene derecho a la vida», y en su artículo 3, punto primero, que «toda persona tiene derecho a la integridad física y psíquica», siendo especialmente relevantes las «Explicaciones sobre la Carta de los Derechos fundamentales», Título I. Para más pormenorizadas referencias me remito a mi trabajo *op. cit.* («El Derecho a la Vida»), especialmente págs. 61-63.

¹² Debe destacarse que la sentencia que se comenta fue consecuencia de un recurso de amparo interpuesto por una trabajadora (MJPL) contra las sentencias de la Sala de lo Social Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2006 (recurso de casación

La trabajadora, demandante de amparo (MJPL), que prestaba servicios como auxiliar administrativo para A. P. M. desde junio de 1997, fue despedida el día 12 de enero de 2004, haciéndose constar en la carta de despido que era imposible mantener sus servicios por el encarecimiento de su nómina y porque no era necesario mantener el puesto de trabajo por ella desempeñado.

En el mismo acto del despido la empresa reconoció su improcedencia y ofreció a la trabajadora la indemnización legal correspondiente. En el momento del despido la trabajadora se encontraba embarazada. Interpuesta demanda por la trabajadora contra el despido, reclamando la declaración de su nulidad por discriminatorio (subsidiariamente improcedente) el Juzgado *a quo* resolvió rechazando la petición de nulidad del despido, «al no estimar probado que la empresa conociera el estado de embarazo de la trabajadora y, en todo caso, no ser este, sino razones organizativas, el motivo del despido». Recurrída por la demandante contra aquella resolución de la instancia, primero en suplicación y después en casación para la unificación de doctrina, ambos recursos fueron desestimados.

La aludida trabajadora (MJPL) interpuso contra aquellas resoluciones jurisdiccionales recurso de amparo, que fundamentaba en que las decisiones judiciales recurridas vulneraban su derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 C. Esp.) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C. Esp.), al no haber declarado ninguna de ellas la nulidad de un despido motivado por su estado de embarazo y vulnerador, por tanto, de dicho derecho fundamental.

Según la demandante en amparo fue únicamente su embarazo, que ya era perceptible a la fecha del despido, lo que motivó aquella extinción de su contrato de trabajo¹³, desestimando los órganos judiciales su pretensión «por la exigencia de un requisito (la comunicación al empresario del estado de embarazo, cuando este no sea perceptible o el empresario no tenga conocimiento del mismo por otra vía) que no figura en el precepto legal y que puede considerarse desproporcionado y perjudicial para la trabajadora». Bien que la sentencia de casación únicamente se limitara a declarar la inexistencia de la identidad de hechos con la sentencia de contraste alegada.

Destaca la sentencia objeto de comentario que la demandante en amparo «considera, por ello, vulnerados los artículos 14 y 24.1 de la C. Esp., por no haberse aplicado la norma que claramente establece que el despido de una trabajadora embarazada ha de ser declarado nulo, si no fuera procedente, de manera arbitraria, ya que en ningún caso la Ley exige que el empresario tenga conocimiento del estado de gravidez de la trabajadora, y porque el despido de esta por una causa ficticia, estando embarazada, comporta una discriminación en la actuación empresarial, que ni siquiera acudió al procedimiento legal del despido objetivo ni intentó probar la causa alegada, sino que desde un principio reconoció su improcedencia, lo que demuestra que fue su embarazo la verdadera cau-

para unificación de doctrina), de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 17 de enero de 2005 (recurso de suplicación), y del Juzgado de lo social núm. 1 de Badajoz de 24 de marzo de 2004. Asimismo conviene recordar que fue ponente de la sentencia objeto de comentario la Magistrada-Presidenta del Alto Tribunal doña María Emilia Casas Baamonde.

¹³ La falta de relación con causas organizativas estimaba la demandante que se evidenciaba por el hecho de que la empresa reconociera de inmediato la improcedencia del despido, sin tratar siquiera de acreditar sus causas, así como porque había contratado a otro trabajador inmediatamente de haberla despedido.

sa del despido (...) que no se puede exigir a la trabajadora que deba comunicar su estado a la empresa para que entre en juego la garantía de la nulidad, puesto que al hacerlo así, además de imponerle un requisito no exigido por la legislación, se le estarían imponiendo condiciones desproporcionadas, incluso atentatorias de su intimidad, que solo conllevarían que se pudieran adelantar los acontecimientos (es decir, el propio despido) u otro trato degradante o vejatorio por el entorno o por el propio empleador»

II. REGULACIÓN JURÍDICO POSITIVA DEL «DESPIDO DE LA TRABAJADORA EMBARAZADA»

Ha de tomarse en consideración la regulación legal existente respecto de la trabajadora embarazada, tanto en la normativa comunitaria como en la legislación ordinaria española. Asimismo, debe efectuarse alguna consideración sobre la prohibición constitucional de discriminación por razón de sexo.

1. Normativa comunitaria e internacional.

Establece el artículo 8 de la Carta Social Europea ¹⁴, que «garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las trabajadoras a protección», supone para los Estados que la suscriban asumir la obligación siguiente:

«Considerar como ilegal que un empleador despidiera a una mujer durante su ausencia por permiso de maternidad o en una fecha tal que el período de preaviso expire durante esa ausencia».

Teniendo en cuenta que al tenor del mismo precepto se comprometen también a «garantizar a las mujeres, antes y después del parto, un descanso de una duración total de doce semanas, como mínimo, sea mediante vacaciones pagadas, sea por prestaciones adecuadas de la Seguridad Social o por subsidios sufragados con fondos públicos».

El Protocolo adicional a la Carta Social Europea ¹⁵, añade que «con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razones de sexo», es preciso reconocer ese derecho y tomar las medidas adecuadas para garantizar o promover su aplicación en relación con «la protección contra el despido». Además de servir para la promoción de las trabajadoras embarazadas en el acceso al empleo y reinserción profesional; en la orientación y formación profesionales, el reciclaje y readaptación profesional; en las condiciones de empleo y de trabajo, incluida la remuneración y el desarrollo de la carrera profesional, incluido el ascenso. Con la consecuencia de no considerarse

¹⁴ Aprobada en Turín el 18 de octubre de 1961, suscrita y ratificada por España en 1980.

¹⁵ Concluido el 5 de mayo de 1988, suscrito y ratificado por España en 2000.

discriminatorias las disposiciones relativas a la protección de la mujer, en particular por lo que respecta al embarazo ¹⁶.

En el ámbito de la legislación ordinaria comunitaria han de tomarse en consideración tanto la Directiva 76/207 ¹⁷, como la Directiva 92/85, por más que la sentencia objeto de comentario únicamente alude a esta última norma comunitaria. En relación con la primera de ellas, la Directiva 76/207, preciso es destacar que contempla la aplicación, en los Estados miembros, del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres con referencia al acceso al empleo, incluida la promoción, y a la formación profesional, así como a las condiciones de trabajo, lo cual supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar.

Aquella Directiva no obsta a otras disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad, al extremo que la aplicación del principio de igualdad de trato en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, comprendidas las condiciones de despido, implica que se garanticen a hombres y mujeres las mismas condiciones, sin discriminación (directa ni indirecta) por razón de sexo.

La segunda de las normas comunitarias referidas, la Directiva 92/85, atiende concretamente a la regulación de la materia objeto de atención por la sentencia que se comenta, que no es otra que la protección de la seguridad y de la salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o se encuentre en período de lactancia. A tenor de aquella norma comunitaria no se puede desfavorecer a las mujeres que se encuentren en alguno de aquellos estados biológicos, en el mercado de trabajo, ni se debe atentar contra las Directivas en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres ¹⁸, y, además:

«Dado que el riesgo de ser despedida por motivos relacionados con su estado puede tener consecuencias perjudiciales sobre la salud física y psíquica de la trabajadora embarazada ¹⁹, es conveniente establecer una prohibición de despido ²⁰».

Consecuentemente, aquellas normas comunitarias obligan a sus destinatarios naturales, los Estados miembros, a ajustar a su contenido los ordenamientos nacionales correspondientes, en los siguientes términos ²¹:

¹⁶ Al parto y al período postnatal

¹⁷ Norma comunitaria que, como se sabe, por razón de la refundición efectuada por la Directiva 2006/54/CE del Parlamento y del Consejo, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, ha sido derogada, *ex* artículo 34, pero que era aplicable al caso principal, dadas las fechas del supuesto de hecho.

¹⁸ Según resulta de su noveno considerando.

¹⁹ O que haya dado a luz o en período de lactancia.

²⁰ Se indica en su decimoquinto considerando.

²¹ Con arreglo al artículo 12 de la referida Directiva 92/85, recuerda el Alto Tribunal comunitario, que los Estados miembros incorporarán en su ordenamiento jurídico interno las medidas necesarias para que cualquier trabajadora que se estime perjudicada por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de dicha Directiva pueda hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional, además de poder acudir a otras instancias competentes, según las legislaciones y/o las prácticas nacionales.

- Tomando las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras embarazadas ²², desde el comienzo de su embarazo (hasta el final del permiso de maternidad), salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado, admitidos por las legislaciones o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo.
- Estableciendo que cuando se despida a una trabajadora que se encuentre embarazada ²³ el empresario debe dar motivos justificados del despido por escrito.
- Llevando a cabo las medidas precisas para proteger a las trabajadoras embarazadas ²⁴, contra las consecuencias de un despido, que será ilegal si se demuestra su relación con el embarazo o la maternidad de la trabajadora despedida.

Efectivamente, según el artículo 10 de aquella Directiva (titulado «prohibición de despido»), «como garantía para las trabajadoras, (embarazadas), del ejercicio de los derechos de protección de su seguridad y salud», se establece que «los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras (embarazadas), durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad (...), salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo», y que «cuando se despida a una trabajadora (embarazada), durante el período (que va desde el comienzo del embarazo hasta la finalización del período de descanso por maternidad), el empresario deberá dar motivos justificados del despido por escrito».

En aquella Directiva se define y establece qué debe entenderse por «trabajadora embarazada», concepto que es crucial a los efectos del presente comentario. Según define y precisa su artículo 2.1 a), se considera «trabajadora embarazada»:

«Cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales».

Esto es el concepto comunitario, a efectos de la «protección contra el despido», de una trabajadora embarazada, se compone de dos elementos. A saber:

- a) Que se trate de una mujer que se encuentre encinta, preñada o en el estado de gravidez ²⁵.
- b) Que «comunique su estado al empresario».

Como se advierte el concepto de «trabajadora embarazada», a los efectos de su protección frente al despido, no se reconduce simplemente a su significado lingüístico o semántico. En relación con

²² O que hayan dado a luz o en período de lactancia.

²³ O que haya dado a luz o se encuentre en período de lactancia.

²⁴ O que hayan dado a luz o esté en período de lactancia.

²⁵ Según el Diccionario de la Real Academia Española (23 edición), embarazada es «dicho de una mujer preñada», y por preñada, como adjetivo, su primera acepción consiste en «dicho de una mujer, o de una hembra de cualquier especie: Que ha concebido y tiene el feto o la criatura en el vientre». Por gravidez se entiende «embarazo de la mujer».

semejante delimitación del concepto y definición de «trabajadora embarazada», conviene recordar que «lo característico de la acción (que es siempre y en todo caso lo único que regula la norma jurídica) en el derecho es que este no la contempla, como a veces erróneamente suele decirse, sino que la constituye o crea para regularla (...). Ciertamente que se da una referencia a una supuesta realidad natural, pero el ordenamiento lo que hace es acotar su propia realidad, que es la realidad del derecho. Ese acotamiento artificial consiste en constituir dicha realidad jurídica y en, simultáneamente, regularla»²⁶.

En relación con la normativa internacional atinente a la protección de la trabajadora embarazada, baste con efectuar una referencia a que en aquella especial situación de la trabajadora (embarazada) se considera el artículo 5 d) del Convenio núm. 158 de la OIT²⁷ según el cual el embarazo no constituye causa justificada para la terminación de la relación de trabajo. Asimismo, el Convenio núm. 103 de la OIT, establece como principio que la mujer no puede ser despedida durante su embarazo (art. 6). En el mismo sentido se pronuncia el artículo 8 de la Declaración de Derechos de la Mujer Trabajadora de 1975. Según el artículo 4. 1 de la Recomendación núm. 95 de la OIT, el período durante el cual será ilegal para el empleador despedir a una mujer embarazada debería comenzar a contarse a partir del día en que el mismo haya sido conocido por el empresario por cualquier medio.

2. Su régimen y efectos en el ordenamiento jurídico español.

El Derecho español se ha adaptado, con generosidad²⁸, a la normativa comunitaria, en lo que respecta a la protección del embarazo y la maternidad²⁹. Establece el artículo 55.5 del ET³⁰ que será nulo, específicamente, el despido «de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión».

Semejante nulidad opera, salvo que se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo. Esto es, precisa el artículo 55.5 del ET, último párrafo, que aquella nulidad será de aplicación, salvo en los casos en que se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo.

III. LA PROHIBICIÓN COMUNITARIA Y CONSTITUCIONAL DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO

Según reiterada jurisprudencia comunitaria, «los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia, y (...) las exigencias

²⁶ ROBLES MORCHÓN, R., *El derecho como texto. Cuatro estudios de teoría comunicacional del Derecho*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, pág. 39, salvo lo incluido en la parte entre paréntesis que es del autor del presente comentario.

²⁷ OIT = Organización Internacional del Trabajo.

²⁸ Al extremo de tenerse que rechazar planteamientos ante los tribunales de «excesos de transposición». En este sentido, la STSJ de Aragón, Sala de lo Social, de 26 de diciembre de 2001.

²⁹ Adaptación efectuada por Ley 39/1999, de 5 de noviembre, en cuya exposición de motivos conviene detenerse.

³⁰ ET = Estatuto de los Trabajadores.

derivadas de la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario vinculan, asimismo, a los Estados miembros cuando aplican la normativa comunitaria. Por consiguiente, estos están obligados, en lo posible, a aplicar dicha normativa de modo que no se menoscaben tales exigencias»³¹.

Al tenor de aquella jurisprudencia del Tribunal de Justicia comunitario, «cuando una normativa nacional está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia, que conoce de un asunto planteado con carácter prejudicial, debe proporcionar todos los elementos de interpretación necesarios para la apreciación, por el órgano jurisdiccional nacional, de la conformidad de dicha normativa con los derechos fundamentales cuyo observancia garantiza el Tribunal de Justicia»³².

Entre los derechos fundamentales «figura, en particular, el principio general de igualdad y no discriminación», el cual «exige que las situaciones comparables no reciban un trato diferente, a no ser que este se justifique objetivamente»³³. La prohibición de que se traten de manera distinta situaciones comparables, «a menos que este trato esté objetivamente justificado, forma parte de los fundamentos de la Comunidad»³⁴.

Cualquier desigualdad de trato es contraria a los principios que inspiran el estatuto de ciudadano de la Unión, cuya «vocación es convertirse en la condición fundamental de los nacionales de los Estados miembros y permitir a aquellos de dichos ciudadanos que se encuentran en la misma situación obtener, en el ámbito de aplicación *ratione materiae* del Tratado (CE), independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto, el mismo trato jurídico»³⁵.

Ya antes de la adopción de regulaciones comunitarias concretas sobre la aplicación del principio de igualdad y proscripción de discriminaciones (fundamentalmente de la Directiva 2000/78, y otras específicas disposiciones), el Tribunal de Justicia había reconocido la existencia de un principio general de igualdad, «que vincula a los Estados miembros cuando (aplicaban) la normativa comunitaria y que, por tanto, (se) (podía) utilizar para examinar las normativas nacionales que (estaban comprendidas) en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario»³⁶.

³¹ SSTJCE de 24 de marzo de 1994, asunto C-2/92, Bostock, y de 13 de abril de 2000, asunto C-292/97, Karlsson y otros.

³² SSTJCE de 18 de junio de 1991, asunto C-260/89, ERT, y de 19 de noviembre de 1998, asunto C-85/97, SFI.

³³ SSTJCE de 12 de julio de 2001, asunto C-189/01, Jippes, y de 23 de noviembre de 1999, asunto C-149/96, Portugal/Consejo.

³⁴ SSTJCE de 8 de abril de 1976, asunto 43/75, Defrenne, de 29 de junio de 1995, asunto C-56/94, SCAC, de 26 de junio de 2001, asunto C-381/99, Susanna Brunnhofer y Bank der österreichischen Postsparkasse AG, de 17 de septiembre de 2002, asunto C-320/00, Lawrence y otros, y de 3 de octubre de 2006, B. F. Cadman.

³⁵ STJCE de 20 de septiembre de 2001, asunto C-184/99, Grzelczyk,

³⁶ Conclusión 83 de las presentadas por el Abogado General Sr. Antonio Tizzano, el 30 de junio de 2006, en el asunto C-144/04, Mangold, el cual precisa que «ni el artículo 13 CE ni la Directiva 2000/78 reflejan necesariamente que ya se prevea una prohibición de todas las formas de discriminación a las que se refieren. Más bien al contrario, la intención que preside ambos casos es la de dejar al legislador comunitario y a los Estados miembros la tarea de tomar las medidas adecuadas a tal efecto».

En los artículos 20 (igualdad ante la ley) y 21 (no discriminación) de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ³⁷, declarada el 13 de diciembre de 2007 ³⁸, por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, Declarada en Lisboa, con «carácter jurídicamente vinculante» ³⁹, se establece lo siguiente:

- «Todas las personas son iguales ante la ley».
- «Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo».

Según el artículo 23 de aquella Carta de Derechos Fundamentales «la igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución. El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas en favor del sexo menos representado».

El principio de igualdad, según la «Explicación sobre la Carta de los Derechos Fundamentales», antes aludida, «corresponde a un principio general de Derecho que figura inscrito en todas las constituciones europeas y que el Tribunal de Justicia consideró un principio fundamental del Derecho

³⁷ Aprobada mediante Declaración del Parlamento Europeo el 12 de abril de 1989. Ha de considerarse que aquella Declaración fue adoptada, «Vistos los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas; Visto su proyecto de Tratado constitutivo de la Unión Europea, aprobado el 14 de febrero de 1984, (...); Vista su Resolución de 29 de octubre de 1982, sobre el Memorándum de la Comisión relativo a la adhesión de la Comunidad al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales; Vista la Declaración común sobre la protección de los derechos fundamentales; Visto el Preámbulo del Acta Única; Vistos los principios generales comunes del Derecho de los Estados miembros; Vista la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades; Vista la Declaración Universal de los Derechos Humanos; Vistos los Pactos de las Naciones Unidas relativos a los Derechos Civiles y Políticos, y a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Visto el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de Libertades Fundamentales, así como los protocolos correspondientes; Vista la Carta Social Europea y su protocolo (...); Considerando que el respeto de los derechos fundamentales constituye la condición indispensable de la legitimidad comunitaria; (...). Considerando que la identidad comunitaria hace precisa la manifestación de los valores comunes a los ciudadanos europeos; Considerando que el requisito para que exista la ciudadanía europea es que todos los ciudadanos se beneficien por igual de la protección de sus derechos y libertades en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario».

En la «Explicación sobre la Carta de los Derechos Fundamentales» se indica que contenido del artículo 21 de la referida Carta de los Derechos Fundamentales es el siguiente: «El párrafo primero de este artículo se ha basado en el artículo 2 y en el apartado 2 del artículo 3 del Tratado CE, que han sido sustituidos por el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea y el artículo 8 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que imponen como objetivo a la Unión promover la igualdad entre el hombre y la mujer en la Unión, y en el apartado 1 del artículo 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Se inspira en el artículo 20 de la Carta Social Europea revisada, de 3 de mayo de 1996, y en el punto 16 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores. Se basa asimismo en el apartado 3 del artículo 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y en el apartado 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. El párrafo segundo recoge en una fórmula más breve el apartado 4 del artículo 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, conforme al cual el principio de igualdad de trato no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de una actividad profesional o a prevenir o compensar desventajas en sus carreras profesionales. De conformidad con el apartado 2 del artículo 52, el párrafo segundo no modifica el apartado 4 del artículo 157».

³⁸ Publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea 2007/C 303/01.

³⁹ Diario Oficial de la Unión Europea, C 303/6 ES, de 14 de diciembre de 2007.

comunitario»⁴⁰. Afirmando que la no discriminación «se inspira en el artículo 13 del Tratado CE, sustituido ahora por el artículo 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en el artículo 14 del CEDH⁴¹ y en el artículo 11 del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, referente al patrimonio genético. En la medida en que coincide con el artículo 14 del CEDH, se aplica de acuerdo con este»⁴². También respecto de la igualdad entre mujeres y hombres proclamada en aquella Carta y antes referida se dan explicaciones plausibles.

En relación con la intrínseca relación existente entre el principio de igualdad y las distintas prohibiciones de discriminación por motivos concretos, ha de repararse, según indica el Tribunal de Justicia comunitario, en que «las prohibiciones específicas constituyen expresiones particulares del principio general de igualdad, que forman parte de los fundamentos de la Comunidad. Sin embargo, inferir del principio general de la existencia de una prohibición de discriminación por un motivo específico es cosa muy distinta y en absoluto obvia»⁴³.

En el ámbito concreto de la prohibición de discriminación por razón de sexo y la protección de la trabajadora embarazada, no puede dejar de tomarse en consideración lo establecido en la Carta Social Europea⁴⁴, así como que, en aplicación del artículo 13 CE⁴⁵, se aprobó la Directiva 2000/78, de 27 de noviembre de 2000, a tenor de la cual⁴⁶ «se entiende por principio de igualdad de trato la

⁴⁰ SSTJCE de 13 de noviembre de 1984, asunto 283/83, Racke, de 17 de abril de 1997, asunto C-15/95, EARL, y de 13 de abril de 2000, asunto C-292/97, Karlsson.

⁴¹ CEDH = Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

⁴² Según se refiere en la «Explicación sobre la Carta de los Derechos Fundamentales», «no existe contradicción ni incompatibilidad entre el apartado 1 del artículo 21 y el artículo 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que tiene objetivos y alcance diferentes: el artículo 19 confiere competencias a la Unión para adoptar actos legislativos, incluida la armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, con el fin de combatir determinadas formas de discriminación que se especifican de forma exhaustiva en el citado artículo. Dicha legislación podría cubrir la acción de las autoridades de los Estados miembros (así como las relaciones entre los particulares) en cualquier ámbito dentro de los límites de las competencias de la Unión. Las disposiciones del apartado 1 del artículo 21 no confieren, sin embargo, competencias para adoptar leyes con el fin de combatir formas de discriminación en ámbitos de acción de los Estados miembros o en la esfera privada, ni constituyen una prohibición generalizada de la discriminación en dichos ámbitos. Se refieren solamente a las discriminaciones por parte de las instituciones y órganos de la Unión en el ejercicio de las competencias que les confieren los Tratados, y por parte de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión solamente. Por consiguiente, el apartado 1 no modifica el alcance de las competencias conferidas por el artículo 19 ni la interpretación de dicho artículo»; En esta línea se sitúa la STJCE de 23 de septiembre de 2008, asunto C-427/06, Birgit Bartsch y Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH, según la cual «el artículo 13 CE, que faculta al Consejo de la Unión Europea para adoptar, dentro de los límites de las competencias atribuidas por el Tratado CE, las acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos (...), no puede por sí mismo incluir en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, a los efectos de la prohibición de toda discriminación por motivos (...), situaciones que, (...), no entran en el ámbito de las medidas adoptadas con fundamento en dicho artículo, y, en particular, de la Directiva 2000/78, antes de expirar el plazo que esta dispone para la adaptación del Derecho nacional a la misma Directiva».

⁴³ Conclusión 94, de las presentadas por el Abogado General Sr. Ján Mazák, en 15 de febrero de 2005 en el asunto C-411/05, Félix Palacios de la Villa.

⁴⁴ Aprobada en Turín el 18 de octubre de 1961, suscrita y ratificada por España en 1980.

⁴⁵ Según el cual: «Dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar medidas adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo». Bien que la Directiva 2000/78 haya sido adoptada sobre la base del artículo 13 CE, en su versión anterior al Tratado de Niza. La referencia CE = Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, usándose para designar un artículo de la misma su numeración seguida de CE, así por ejemplo «artículo 13 CE».

⁴⁶ Artículo 2, apartado 1.

ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos ⁴⁷ mencionados (en la misma) Directiva» ⁴⁸.

Establece la mencionada Directiva que existe «discriminación directa» cuando una persona sea tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos en la propia norma establecidos ⁴⁹. La «discriminación indirecta» surge según la indicada disposición comunitaria, de disposiciones que, aparentemente, se aplican por igual a hombres y a mujeres, pero que en realidad perjudican a las mujeres, pues entonces cualquier norma «puede considerarse indirectamente discriminatoria».

No obstante, el tratamiento de la discriminación directa e indirecta no se parifica, y las diferencias existentes entre ambos tipos de discriminación se ponen de manifiesto cuando la misma jurisprudencia que rechaza cualquier «discriminación directa» por razón de sexo, sin embargo, admite que pueda haber justificación para la «discriminación indirecta».

Aquella diferenciación entre prohibición de discriminación directa e indirecta por razón de sexo, no obstante constituir en ambos casos una derivación de la cláusula general de igualdad, supone introducir diferencias sustanciales, que se trasladan inevitablemente a la cuestión de la prueba procesal del acto discriminatorio, habiéndose declarado por la jurisprudencia comunitaria que «cuando exista una apariencia de discriminación, corresponde al empresario demostrar que la práctica de que se trata se halla justificada por factores objetivos y ajenos a toda discriminación por razón de sexo» ⁵⁰. La propia normativa comunitaria interfiere en el tratamiento unitario de la prohibición de discriminación ⁵¹ estableciendo sutiles diferencias en las reglas de distribución de la carga de la prueba entre empresario y trabajador/a en aquellos distintos casos de discriminación.

Según el artículo 14 de nuestra Constitución, «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de (...) sexo». También el artículo 9.2 de la C. Esp. alude a la cláusula general de igualdad, en cuanto afirma que «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la (...) la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social». Según la jurisprudencia constitucional, el contenido del artículo 9 de la C. Esp. no es algo diferente del principio establecido en el artículo 14 de la C. Esp., sino que constituye una matización o desarrollo del mismo.

No se contraponen igualdad formal a igualdad material, por más que la Constitución aluda a ellas diferenciándolas, sino que, en puridad, las trata como posibles aspectos teóricos a contemplar desde el mandato constitucional de respeto al principio de igualdad. Extremo de evidencia cierta,

⁴⁷ De religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual.

⁴⁸ STJCE de 16 de octubre de 2007, Asunto C-411/05, Félix Palacios de la Villa.

⁴⁹ *Vid.* artículo 2, apartado 2, letra a, de la Directiva.

⁵⁰ SSTJCE de 27 de junio de 1990, asunto C-33/89, Kowalska., y de 23 de octubre de 2003, asuntos acumulados C-4/02 y C-5/02, Schönheit y Becker.

⁵¹ Artículo 4 de la Directiva 97/80.

pues aquellas diferentes enunciaciones del principio de igualdad altera la raigambre lógica y, consecuentemente, racional, del mismo.

La cláusula general o principio de igualdad se nuclea en el artículo 14 de la C. Esp., que enuncia un derecho subjetivo público. Dicho precepto constitucional ha sido objeto de una concreta interpretación a cuyo tenor:

- a) El artículo 14 de la C. Esp. «contiene en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad, (...) como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas»
- b) No obstante, el mandato de aquel artículo 14 de la C. Esp. «no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el artículo 14 de la C. Esp., sino tan solo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello»⁵².

Según se afirma «el principio de igualdad no solo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida»⁵³, concibiéndose primariamente como igualdad ante o en la Ley, y que no constituye mera formulación de un ideario político, sino que se radica en las bases del pensamiento racional.

Aquel principio es operativo no solo en las relaciones jurídico-públicas (ciudadanos-Estado), sino también en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas o *inter privatos*⁵⁴ (*drittwirkung der Grundrechte* o *state action*), si bien conviene destacar que tal operatividad solo se reconozca reticente y tardíamente por nuestra jurisprudencia constitucional⁵⁵, que tiende a mantenerla en el ámbito de los idearios políticos del iluminismo, del enciclopedismo y de las revoluciones burguesas del XVIII (norteamericana y francesa), matizados por las ideologías subyacentes a los movimientos sociales del XIX, de ahí que su aplicación por nuestra jurisprudencia constitucional resulte, a la postre, imper-

⁵² Siguiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en relación con el art. 14 CEDH).

⁵³ SSTC 22/1981, de 2 de julio; 49/1982, de 14 de julio; 2/1983, de 24 de enero; 23/1984, de 20 de febrero; 209/1987, de 22 de diciembre; 209/1988, de 10 de noviembre; 20/1991, de 31 de enero; 110/1993, de 25 de marzo; 176/1993, de 27 de mayo; 340/1993, de 16 de noviembre, y 117/1998, de 2 de junio.»

⁵⁴ Sobre el tema *Vid.* MARTÍNEZ ROCAMORA, L. G., *Decisiones empresariales y principio de igualdad*, Cedecs Editorial s. l., Barcelona 1998, págs. 101 ss.

⁵⁵ Inicialmente se reconoce aquella operatividad *inter privatos* en Alemania (Nipperdey).

fecta y limitada, al contraponerse, impropia y desacertadamente, a la libertad individual y a su corolario, la autonomía contractual (autonomía privada o de la voluntad).

Se establece como «principio básico»⁵⁶ que «la virtualidad del artículo 14 de la C. Esp. no se agota, sin embargo, en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que a continuación el precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación. Esta referencia expresa a tales motivos o razones de discriminación no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación⁵⁷, pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no solo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 de la C. Esp.»⁵⁸.

Como se precisa en la sentencia objeto de comentario⁵⁹, haciendo recordatorio de la propia jurisprudencia constitucional, «la prohibición de discriminación por razón de sexo tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la mujer, cualificándose la conducta discriminatoria por el resultado peyorativo para la mujer que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución, dado su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano (art. 10.1 C. Esp.)⁶⁰. En consecuencia, la prohibición constitucional específica de los actos discriminatorios por razón de sexo determina que se habrá producido la lesión del artículo 14 de la C. Esp. cuando se acredite que el factor prohibido representó el fundamento de una minusvaloración o de un perjuicio laboral, no teniendo valor legitimador en esos casos la concurrencia de otros motivos que hubieran podido justificar la medida al margen del resultado discriminatorio (...), este tipo de discriminación no comprende solo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada. También engloba estos mismos tratamientos cuando se funden en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca».

Afirmándose por la jurisprudencia constitucional que «bien con carácter general⁶¹ en relación con el listado de los motivos o razones de discriminación expresamente prohibidos por el artículo 14 de la C. Esp., bien en relación con alguno de ellos en particular»⁶², ha de considerarse «la ilegítimi-

⁵⁶ SSTC 39/2002, de 14 de febrero de 2002 y 233/2007, de 5 de noviembre.

⁵⁷ Siguiendo a la STC 75/1983, de 3 de agosto.

⁵⁸ Como exponen las SSTC 128/1987, de 16 de julio; 166/1988, de 26 de septiembre, 145/1991, de 1 de julio y 74/2008, de 23 de junio.

⁵⁹ Que reitera literalmente el contenido de la STC 74/2008, de 23 de junio.

⁶⁰ STC 342/2006, de 11 de diciembre.

⁶¹ Con carácter general respecto al listado del artículo 14 de la C. Esp., *Vid.* SSTC 83/1984, de 8 de febrero; 20/1991, de 31 de enero y 176/1993, de 27 de mayo.

⁶² En relación con el sexo, SSTC 128/1987, de 16 de julio; 207/1987, de 22 de diciembre; 145/1991, de 1 de julio; 147/1995, de 16 de octubre, y 126/1997, de 3 de julio; En relación con el nacimiento, SSTC 74/1997, de 21 de abril; 67/1998, de 18 de marzo, y ATC 22/1992, de 27 de enero. En relación con la edad, SSTC 75/1983, de 3 de agosto y 31/1984, de 7 de marzo.

dad constitucional de los tratamientos diferenciados respecto de los que operan como factores determinantes o no aparecen fundados más que en los concretos motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe, al tratarse de características expresamente excluidas como causas de discriminación por el artículo 14 de la C. Esp.».

No obstante, añade aquella jurisprudencia constitucional que no puede excluirse que «los motivos de discriminación que dicho precepto constitucional prohíbe puedan ser utilizados excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica»⁶³; si bien en tales supuestos el canon de control, al enjuiciar la legitimidad de la diferencia y las exigencias de proporcionalidad, resulta mucho más estricto, así como más rigurosa la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación».

La separación que la jurisprudencia constitucional advierte entre la cláusula general de igualdad y las prohibiciones concretas de discriminación que aparecen en el artículo 14 de la C. Esp., no es más que una consecuencia de su huída o desapego del mundo de la racionalidad estricta para acomodarse al de los «valores», que se pone de manifiesto cuando indica que «a diferencia del principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y solo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, las prohibiciones de discriminación contenidas en el artículo 14 de la C. Esp. implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida *ex constitutione*, que imponen como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que solo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad»⁶⁴.

En relación con la concreta prohibición de discriminación directa por razón de sexo, aduce, según ya se indicó, que aquella exclusión tiene razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la mujer⁶⁵. Por tanto, en contraste con el principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y solo exige la razonabilidad de la diferencia de trato, la prohibición de discriminación entre los sexos impone como fin y generalmente como medio la parificación, de modo que la distinción entre los sexos solo puede ser utilizada excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica de trato entre los varones y las mujeres⁶⁶.

Tal clase de discriminación «comprende sin duda aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no solo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca»⁶⁷. Por ello,

⁶³ En relación con el sexo, SSTC 103/1983, de 22 de noviembre, 128/1987, de 26 de julio; 229/1992, de 14 de diciembre, y 126/1997, de 3 de julio; En relación con las condiciones personales o sociales, SSTC 92/1991, de 6 de mayo y, 90/1995, de 8 de julio. En relación con la raza, STC 13/2001, de 29 de enero.

⁶⁴ SSTC 75/1983, de 3 de agosto, 209/1988, de 10 de noviembre; 229/1992, de 14 de diciembre, y 126/1997, de 3 de julio.

⁶⁵ STC 166/1988, de 26 de septiembre y 74/2008, de 23 de junio.

⁶⁶ SSTC 229/1992, de 14 de diciembre; y 17/2003, de 30 de enero.

⁶⁷ SSTC 173/1994, de 7 de junio; 136/1996, de 23 de julio; 20/2001, de 29 de enero; 41/2002, de 25 de febrero; 17/2003, de 30 de enero; 98/2003, de 2 de junio y 175/2005, de 4 de julio.

la protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de este, y se procura también, en el ámbito estricto del desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, condicionando las potestades organizativas y disciplinarias del empresario evitando las consecuencias físicas y psíquicas que (las) medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora.

La protección de la mujer afianza «todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora al quedar prohibido cualquier perjuicio derivado de aquel estado (embarazo)»⁶⁸. La protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo constituye un supuesto de discriminación directa por razón de sexo⁶⁹. Esto es, un trato menos favorable dispensado a una mujer en relación con su embarazo constituye una discriminación directa por razón de sexo⁷⁰.

Efectivamente, este tipo de discriminación «no comprende solo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada. También engloba estos mismos tratamientos cuando se funden en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca⁷¹. Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres⁷² (de tal manera que) la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo»⁷³.

Precisa la jurisprudencia constitucional «que los tratos desfavorables en el trabajo basados en el embarazo, o motivados por la concurrencia de bajas laborales causadas por el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen una discriminación directa por razón de sexo proscrita por el artículo 14 de la C. Esp. (...). Ciertamente (...) la protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de este, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino que también, en el ámbito estricto del desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empresario evitando las consecuencias físicas y psíquicas que medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora y afianzando, al mismo tiempo, todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora al quedar prohibido cualquier perjuicio derivado de aquel estado»⁷⁴.

⁶⁸ SSTC 17/2003, de 30 de enero; 161/2004, de 4 de octubre y 214/2006, de 3 de julio.

⁶⁹ STC 182/2005, de 4 de julio.

⁷⁰ Conclusión 32 de las presentadas el 15 de marzo de 2007, por la Abogada General Sra. Juliana Kokott, en el asunto C-116/05.

⁷¹ *Vid.*, por todas, SSTC 182/2005, de 4 de julio; 214/2006, de 3 de julio; 17/2007, de 12 de febrero; y 233/2007, de 5 de noviembre.

⁷² SSTC 173/1994, de 7 de junio; 20/2001, de 29 de enero; 41/2002, de 25 de febrero; 17/2003, de 30 de enero; 98/2003, de 2 de junio; 175/2005, de 4 de julio; 214/2006, de 3 de julio; y 342/2006, de 11 de diciembre.

⁷³ SSTC 182/2005, de 4 de julio y 74/2008, de 23 de junio.

⁷⁴ SSTC 17/2007, de 12 de febrero, 17/2003, de 30 de enero y 74/2008, de 23 de junio.

Dado que la discriminación directa por razón de sexo comprende cualesquiera «tratamientos peyorativos» que se funden no solamente en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino que incluye aquellos otros que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca»⁷⁵, con relativa coherencia se distingue entre discriminación directa y discriminación indirecta.

Habiendo tratado sobre la «discriminación directa», resta ahora referirse a la «discriminación indirecta», o «de impacto adverso», que acaece cuando «aun siendo formalmente neutros (los criterios de diferenciación) aplicados, produzcan un resultado adverso para los integrantes de uno y otro sexo»⁷⁶. Esto es, «cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutra afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo salvo que dicha disposición, criterio o práctica resulte adecuado y necesario y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo»⁷⁷.

Ordinariamente la discriminación indirecta por razón de sexo, afecta preponderantemente a las mujeres⁷⁸, y para ponderar las exigencias que el artículo 14 de la C. Esp. despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de las mujeres en el mercado de trabajo, basta con atender a las circunstancias del «embarazo, (que constituye un) elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres»⁷⁹.

Los casos de discriminación indirecta también incluyen supuestos en los que lo que se compara «no son individuos», sino «grupos sociales», en los que se ponderan estadísticamente sus diversos componentes individuales, es decir, grupos entre los que alguno de ellos está formado mayoritariamente por personas pertenecientes a una de las categorías especialmente protegidas por el artículo 14 de la C. Esp.

En conclusión, puede afirmarse⁸⁰ al hilo de la jurisprudencia constitucional⁸¹, que «la específica prohibición de discriminación por razón de sexo consagrada en el artículo 14 de la C. Esp., (...) contiene un derecho y un mandato antidiscriminatorio⁸², comprensivo no solo de la discrimi-

⁷⁵ STC 173/1994, de 7 de junio; 136/1996, de 23 de julio; 20/2001, de 29 de enero; 41/2002, de 25 de febrero y 17/2003, de 30 de enero.

⁷⁶ STC 41/1999, de 22 de marzo.

⁷⁷ Según el artículo 2 de la Directiva 97/80/CE, del Consejo, de 15 de diciembre de 1997. Indicándose por la STC 3/2007, de 15 de enero, que «el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha entendido que no existía discriminación indirecta por razón de sexo, por estar justificadas las diferencias de trato por motivos de política social, en medidas tales como la no inclusión de los trabajadores a tiempo parcial en alguno de los regímenes de la Seguridad Social (STJCE de 14 de diciembre de 1995, asunto Megner y Schffel) o la falta de cobertura de determinadas prestaciones de Seguridad Social (STJCE, de 14 de diciembre de 1995, asunto Nolte).

⁷⁸ STC 3/2007, de 15 de enero.

⁷⁹ Afirma la STC 182/2005, de 4 de julio. Supuestos en los que se puede comprobar, «por datos revelados por la estadística», si es mayor «el número de mujeres que se ven obligadas a dejar el trabajo por esta(s) circunstancia(s) a diferencia de los varones», así como si existe una «mayor dificultad para (que) la mujer con hijos de corta edad (pueda) incorporarse al trabajo o permanecer en él» (STC 128/1987, de 16 de julio).

⁸⁰ Véase nota 78.

⁸¹ STC 240/1999, de 20 de diciembre.

⁸² Citando la STC 41/1999, de 22 de marzo.

nación directa sino también la de la discriminación indirecta». Es decir, no solo (del) «tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable de una persona por razón de su sexo, sino también (de) aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo»⁸³.

IV. JURISPRUDENCIA COMUNITARIA SOBRE EL «DESPIDO DE UNA TRABAJADORA EMBARAZADA»

El «despido de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo», precisa la jurisprudencia comunitaria⁸⁴ la cual también viene entendiendo⁸⁵ que «solo puede admitirse el despido de aquellas trabajadoras en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo»⁸⁶, pues «habida cuenta de los perjudiciales efectos que podría tener el riesgo de despido para la condición física y psíquica de las trabajadoras embarazadas (...), el artículo 10 de la Directiva 92/85/CE (...) ha establecido la prohibición de despido durante el período comprendido entre el inicio del embarazo y el término del permiso de maternidad».

No obstante, en los casos de enfermedades vinculadas al embarazo, que continúen o aparezcan después de haber agotado la trabajadora los períodos de descanso por maternidad establecidos en las legislaciones nacionales correspondientes, la jurisprudencia comunitaria ha venido manteniendo una posición muy diferente privando a la mujer trabajadora de protección asimilable a la otorgada durante el período que va desde el inicio del embarazo a la finalización del período de descanso de maternidad.

Efectivamente, según el Tribunal de Justicia comunitario⁸⁷, «si se trata de una enfermedad que aparece tras el permiso de maternidad, (...) no procede distinguir la enfermedad que tiene su origen en el embarazo (...) de cualquier otra enfermedad y (...) a tal estado patológico se aplica el régimen general en caso de enfermedad (...) el Derecho comunitario no es contrario a los despidos que son consecuencia de ausencias debidas a una enfermedad causada por el embarazo».

La doctrina del Tribunal de Justicia comunitario no considera la complementariedad de las Directivas 76/207 y 92/85, sino que establece una prelación entre las mismas, otorgando una equivo-

⁸³ Refiriéndose a las SSTC 145/1991, 286/1994 y 147/1995 y 198/1996.

⁸⁴ STJCE de 8 de noviembre de 1990, asunto C-179/88 Handels-og Kontorfunktionerernes Forbunmfi Danmark y Dansk Arbejdsgiverforening.

⁸⁵ STJCE de 8 de septiembre de 2005, asunto C-191/03, North Western Health Board y Margaret McKenna.

⁸⁶ STJCE de 8 de noviembre, asunto C-179/88 Handels-og Kontorfunktionerernes Forbunmfi Danmark y Dansk Arbejdsgiverforening, antes citada.

⁸⁷ STJCE de 8 de septiembre de 2005, asunto C-191/03, North Western Health Board y Margaret McKenna, la doctrina contenida en la de 8 de noviembre de 1990, asunto C-179/88 Handels-og Kontorfunktionerernes Forbunmfi Danmark y Dansk Arbejdsgiverforening, ya citada.

ca preponderancia a la primera sobre la segunda⁸⁸, mostrando así una clara «asimetría» en la protección de la trabajadora embarazada, de las que es ejemplar su afirmación de que «una trabajadora no puede ser despedida durante su permiso de maternidad, por motivos asociados con su embarazo, ni antes de dicho permiso, por motivos relacionados con una enfermedad ligada al embarazo y anterior a ese permiso; Pero puede ser despedida, en su caso, por motivos relacionados con una enfermedad ligada al embarazo⁸⁹ (...) y que aparezca después del permiso por maternidad»⁹⁰.

V. JURISPRUDENCIA (CONSTITUCIONAL Y ORDINARIA) ESPAÑOLA SOBRE EL DESPIDO DE LA TRABAJADORA EMBARAZADA, EXISTENTE A LA FECHA DE DICTARSE LA SENTENCIA OBJETO DE COMENTARIO

Si generosa fue la actitud del legislador en el proceso de adaptación de nuestro ordenamiento interno a la normativa comunitaria, no le fue a la zaga la interpretación efectuada por alguna jurisprudencia de aquella normativa, entendiéndolo, en sus primeras resoluciones, que de la redacción dada «por la Ley 39/1999, que traspuso, a su vez, la Directiva 92/1985, el artículo 55.5 b) del ET declara la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión del contrato por maternidad, riesgo de embarazo, adopción o acogimiento, todo ello siempre que el despido no fuera declarado procedente por motivos no relacionados con el propio embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y exce-

⁸⁸ Así se establece claramente en la exposición de motivos de la Directiva 92/85 cuando indica que «la protección de la seguridad y de la salud de la trabajadora embarazada, (...), no debe desfavorecer a las mujeres en el mercado de trabajo y no debe atentar contra las directivas en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres».

⁸⁹ Según la jurisprudencia comunitaria (STJCE de 30 de junio de 1998, asunto C-394/90, *Mary Brown y Rentokil Ltd*) «el despido de una mujer durante el embarazo no puede fundarse en motivos basados en la incapacidad, derivada de su estado, para desempeñar la actividad laboral a que se comprometió frente a su empresario. Si se acogiera semejante interpretación, la protección que el Derecho comunitario garantiza a la mujer durante el embarazo quedaría reservada únicamente a las trabajadoras embarazadas que pudieran cumplir las obligaciones de su contrato de trabajo, de manera que las disposiciones de la Directiva 76/207 perderían su eficacia. En efecto, si bien el embarazo no puede en absoluto compararse a un estado patológico (...) no es menos cierto que (...) el embarazo en un período durante el cual pueden producirse trastornos y complicaciones que pueden obligar a la mujer a someterse a un control médico riguroso y, en su caso, a guardar reposo absoluto durante todo el embarazo o una parte de este. Dichos trastornos y complicaciones pueden implicar una incapacidad laboral». Concluyendo, no obstante lo acertado de su anterior exposición, de manera no irrefragable, lo siguiente: «Cuando una trabajadora está ausente debida a una enfermedad causada por el embarazo o el parto, en el supuesto de que esa enfermedad haya sido contraída durante el embarazo y se haya prolongado durante y después del permiso de maternidad, dicha ausencia, no solo durante el permiso de maternidad, sino también durante el período comprendido entre el inicio de su embarazo y el inicio del permiso de maternidad, no puede tenerse en cuenta para el cálculo del período que justifica su despido según el Derecho nacional. En cuanto a la ausencia de la trabajadora posterior al permiso de maternidad, podrá tenerse en cuenta en las mismas condiciones que la ausencia de un hombre a causa de una incapacidad laboral de idéntica duración».

⁹⁰ En sentido diferente, alguna jurisprudencia menor ha considerado que aquella modificación del estatus jurídico constituye un atentado a su integridad física, con violación frontal del artículo 15 de nuestra Constitución pues «es evidente que una de las manifestaciones de la particularidad humana es la maternidad», situación protegible, entre otras razones «por el derecho y respeto a la vida que merece la madre», y el recién nacido, de tal manera que cada vez que se conculca, no reconociéndose su especificidad, se está violentando ese derecho fundamental». Así y en el sentido expuesto puede citarse la STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 26 de septiembre de 2002, en sentido contrario se pronuncia la precisa STSJ de Extremadura, Sala de lo Social, de 29 de abril de 2005.

dencias (ha de interpretarse) esta previsión legal en el sentido de su aplicación inmediata». Esto es, determinada jurisprudencia inicialmente interpretó que la nulidad del despido de la trabajadora embarazada operaba:

- «Con independencia de la razón concreta que el empresario haya tenido para la extinción del contrato. Esto es, aun cuando (no) fuera esa situación de embarazo la motivadora de la decisión».
- «Con independencia también de su conocimiento o desconocimiento empresarial»⁹¹.

Precisamente punto especialmente conflictivo de aquella generosa adaptación fue el interpretar si se exigía o no comunicación por la trabajadora al empresario de su estado de gravidez (leitmotiv de la sentencia objeto de comentario), lo que a su vez determinaba la «automaticidad», en su caso, de la nulidad del despido.

Extremo respecto del que, es de recordar, la Directiva 92/85 establece la necesidad de comunicación al empresario de ese estado vinculando tal comunicación al concepto mismo de trabajadora embarazada lo que en buena hermenéutica supone que a falta de aquella comunicación del embarazo, este no tenga trascendencia jurídica frente a ese empresario, bien entendido que la jurisprudencia comunitaria ha eximido a la trabajadora de ese deber de comunicación en determinados supuestos⁹².

En este punto conviene precisar que nuestra legislación no reproduce la normativa comunitaria en lo que hace al deber de la trabajadora de comunicar al empresario su estado de gravidez, con fundamento en que en la instrumentación de ese deber de comunicación la Directiva 92/85 se remitía a las «legislaciones y/o prácticas nacionales». En este sentido se manifestó importante jurisprudencia⁹³, que el mandato legal protegía «a las mujeres embarazadas tal y como (prescribía) la Directiva pero no (limitaba) como esta el nacimiento del derecho, eliminando la condición de comunicar la gestación al empleador, preservando así también el derecho a la intimidad de la mujer que no (tenía) por qué participar su estado para salvaguardar su puesto de trabajo mientras (estuviese) en estado de gestación».

La misma jurisprudencia justificaba aquella posición porque a su entender, el legislador con la redacción dada al precepto estatutario había querido, «por tanto, que fuera indiferente que el empresario conociese o no el embarazo e incluso que lo supiese la trabajadora, en el momento del despido», y que, consiguientemente, resultaba irrelevante el móvil del empresario, que podía obedecer o no a

⁹¹ SSTSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, de 5 de marzo de 2002, 7 de marzo de 2003 y 15 de febrero de 2005, siguiendo a esta última.

⁹² Como recuerda la STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 30 de junio de 2005, «no debe olvidarse que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha reconocido el carácter discriminatorio por razón de sexo del despido de trabajadoras embarazadas en pronunciamientos reiterados, eximiendo a estas de la obligación de poner en conocimiento del empresario su estado de embarazo, no solo en supuestos de despido (STJE 109/2000, caso Tele Danmark, apartado 20), sino también en todos aquellos supuestos en los que sus condiciones se ven modificadas por decisiones empresariales adoptadas cuando concurre la situación de embarazo».

⁹³ STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, de 30 de junio de 2005, según la cual la modificación del artículo 55.5 del ET «se amparaba en el artículo 14 de la C. Esp., Directiva 92/85/CE (...) y Directiva 96/34/CE».

causas discriminatorias, por cuanto se estaba ante una calificación de nulidad objetiva, derivada del hecho del embarazo y no subjetiva, no teniéndose en cuenta los motivos que hubieran conformado la decisión de despedir, siendo la finalidad de la ley entre otras, el aseguramiento de la continuidad del puesto de trabajo de la trabajadora embarazada, impidiendo su despido, cualquiera que hubiera sido la causa por el que se efectuase, siempre que no fuera disciplinaria por un incumplimiento grave y culpable por su parte.

Según aquella doctrina no era el objetivo de la ley la protección de los derechos fundamentales de la persona sino que esta norma trataba de desarrollar en el ámbito laboral, el artículo 39.1 de la C. Esp., asegurando la conservación por las embarazadas de su puesto de trabajo, prohibiendo la extinción de la relación laboral, salvo causas justificadas, impidiendo así la salida de mujeres encintas del mundo laboral, dadas las evidentes dificultades que tenían, para acceder al mismo, y la importancia de la maternidad, de manera que más bien podía afirmarse que estábamos ante un fin social y no individual, aunque lógicamente en la norma se otorgasen, para conseguirlo derechos a las personas que integraban la familia.

Ciertamente, en la redacción de la norma estatutaria no se efectúa referencia alguna al deber de comunicación al empresario del estado encinta, y la norma comunitaria que acude al mecanismo, siempre ambiguo, de la remisión a los derechos y prácticas nacionales, generó dudas en relación con la vinculación entre la nulidad del despido de la trabajadora embarazada y el deber de esa trabajadora de comunicar al empresario su embarazo⁹⁴ o, al menos, si debe ser conocido el estado de gravidez por el empresario, resultando, en tal caso, indiferente que la trabajadora no se lo hubiese comunicado.

Frente a la jurisprudencia antes aludida otra jurisprudencia calificó los despidos de «improcedentes» a falta de aquella comunicación⁹⁵, indicando que si bien «la norma (era) clara en tanto en cuanto estas situaciones de embarazo que conlleva despido supondrían un despido nulo, (...) también es verdad que (...), si la (...) Empresa desconocía esta causa (el embarazo de la trabajadora) en el momento del despido, difícilmente se puede hablar de discriminación y de que la decisión empresarial estuviera motivada en ella», admitiéndose también la legalidad, sin más, de la extinción durante el período de prueba⁹⁶.

⁹⁴ En los supuestos de maternidad se daba insistentemente la comunicación al empresario dado el funcionamiento de nuestro sistema de Seguridad Social.

⁹⁵ STSJ de Canarias, Sala de lo Social, de 17 de febrero de 2004, recogiendo jurisprudencia de otros TSJ, y cuyo texto completo relevante al efecto es el siguiente: «Efectivamente, la norma que se dice infringida es clara en tanto en cuanto estas situaciones de embarazo que conllevan despido supondrían un despido nulo, pero también es verdad que fue en el acto de conciliación cuando la actora manifiesta estar embarazada y que este hecho, (...), se desconocía tanto por la Empresa como por la trabajadora. De esta manera, si la referida Empresa desconocía esta causa en el momento del despido, difícilmente se puede hablar de discriminación y de que la decisión empresarial estuviera motivada en ella, por lo que reconocida la improcedencia del despido, esta será la calificación del mismo, fijándose la indemnización en los términos previstos en el artículo 56 del ET, (...), criterio este mantenido, entre otras, por la sentencia del TSJ de Andalucía con sede en Granada de 8 de enero de 2003 y del TSJ de Madrid de 28 de enero de 2003».

⁹⁶ Así lo hace la STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, de 20 de marzo de 2001 y la STSJ de Aragón, Sala de lo Social, de 18 de julio de 2003, en términos de esta última, «en esencia, reiterado lo ya anticipado, se sigue sustentando que la determinación de la empresa de cesar a la actora dentro del período de prueba (que ya no se niega haber sido pactado) es una reacción discriminatoria y fraudulenta (que conduce a la pretendida nulidad) que se adoptó al conocer el estado de embarazo de la recurrente. Pero tal argumentación quiebra al estar acreditado que la empresa, absolutamente desconocedora con anterioridad del incipiente embarazo, la primera noticia que tuvo –por el esposo de la recurrente– fue la del aborto, por lo que no puede invocarse que se ha discriminado a la actora por un estado de even-

Llegando a plantearse así una situación jurisprudencial contradictoria. Semejante situación de «esquizofrenia jurisprudencial» se puso de manifiesto en reiteradas resoluciones judiciales⁹⁷, señaladamente de los órganos jurisdiccionales que generan la denominada jurisprudencia menor o impropia⁹⁸.

tual riesgo en el embarazo; ni la situación enervaba la posibilidad de hacer uso del pactado período de prueba, cuando lo único que la empresa conoció realmente fue una situación de no embarazo (tras el aborto, sin haber llegado a conocer el previo estado de gestación), lo que no afectaba a la facultad empresarial de decidir el cese dentro del plazo de 15 días establecido, ni hay indicio alguno reactivo que se haya tratado de encubrir apelando a tal período probatorio».

⁹⁷ Según la STS de 26 de febrero de 2004: «La interpretación del artículo 55.5 del ET ha de acometerse partiendo de la letra y del espíritu de la norma misma, y del contexto en el que se ha promulgado, sin olvidar la Directiva comunitaria que ha traspuesto a nuestro ordenamiento interno. La Directiva 92/85/CEE, del Consejo es bien explícita en cuanto al objeto a que se aplica y a su alcance; se refiere, como su texto explica, a la "aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo", no de todas las mujeres en general, sino de las trabajadoras embarazadas, (...) y para tales supuestos, el artículo 10 de la Directiva encomienda a los Estados miembros que tomen las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras a que se refiere el artículo 2 de la norma comunitaria, es decir, "durante el período comprendido entre el comienzo de un embarazo y el final del permiso de maternidad a que se refiere el apartado 1 del artículo 8, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo"; cuando se despida a una trabajadora, "el empresario deberá dar motivos justificados de despido por escrito". La remisión que en el artículo 10 se hace al artículo 2 supone que, a estos efectos, por mujer embarazada ha de entenderse "cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a la legislación y/o prácticas nacionales". Es evidente por tanto, que con la reiteración normativa sobre los mismos conceptos, lo que en realidad se protege en este caso no es la igualdad de sexos, sin más, sino la maternidad, poniendo a la mujer a salvo de decisiones empresariales motivadas, directa o indirectamente, por su embarazo, evitando con ello la finalización de su relación laboral en conexión con su estado de gravidez. Por tanto, (...), no es procedente plantear el problema que se puede suscitar por el desconocimiento por la empresa del embarazo, (...). Se dice en el hecho probado vigésimo tercero que el día (...), "el superior jerárquico de la demandante comentó a don M. que la actora se encontraba embarazada". De este hecho no se puede deducir, en buena lógica, como lo hace la sentencia recurrida, que la empresa ignoraba el verdadero estado de la actora, cuando consta probado que su superior jerárquico en la empresa ya tenía noticia de ello dos días antes del despido, (...). Si, tal como consta, la demandante prestaba servicios como oficial de 1.ª administrativo y su superior jerárquico tuvo conocimiento anticipado del embarazo, era de esperar que esa noticia conocida en el departamento de administración llegara al área de los RR.HH., que fue la que decidió después el despido (...). No sería razonable, en tal caso, exigir a la trabajadora que prestaba servicios para una sociedad anónima con una plantilla de 420 trabajadores, que diera conocimiento de su estado al jefe del Departamento de RR.HH. o al Consejo de Administración de la sociedad, siendo suficiente con que la noticia llegara al jefe superior de la actora. Partiendo de esa realidad, debe entenderse que la demandante quedó al amparo de lo previsto en los artículos 2 y 10 de la Directiva 92/1985, para ser considerada como trabajadora embarazada y gozar de las garantías que esa norma y el artículo 55.5 del ET le dispensan, precepto este violado por la sentencia recurrida al no declarar la nulidad del despido, tal como se solicita en petición principal en la demanda. Es cierto que en la comunicación escrita del despido se imputan unos hechos que, aparentemente, no guardaban conexión con el embarazo, (...). En definitiva, y puesto que la trabajadora fue despedida por la empresa que conocía su estado de embarazo, y excluida la posibilidad de calificar el despido de procedente, con la aplicación de lo dispuesto en el artículo 55.5 del ET, tal despido es nulo».

⁹⁸ Así la STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 15 de febrero de 2005, indica: «El TS ha dictado sentencia el 26 de febrero de 2004 (...), resolviendo un recurso de casación para unificación de doctrina frente a una sentencia del TSJ de Madrid que declaró que para que entre en juego la protección reforzada que frente al despido brinda el precepto precitado, es preciso que la empresa conozca el estado de embarazo (...). La citada sentencia no termina de resolver la cuestión suscitada, consistente en determinar si para activar el juego del artículo 55.5 b) del ET es o no preciso el conocimiento por la empresa del estado de gravidez de la trabajadora. En efecto, en dicha sentencia, se presume que la empresa conoció el embarazo de la trabajadora (...), pero no responde (...) a la cuestión suscitada acerca de si es o no necesario el conocimiento del embarazo por la empresa para que el despido sea calificado de nulo, o si esa garantía legal opera o no en todo caso, con independencia del conocimiento por la empleadora del estado de la trabajadora, siendo indiferente en todo caso el propósito discriminatorio o no con que haya actuado». Continuando la meritada resolución jurisdiccional indicando que «en definitiva, no existe línea jurisprudencial ordinaria, ni constitucional, que permitan resolver la litis de manera contundente. Es por ello que esta Sala seguirá los precedentes de que dispone, en línea con otras resoluciones de otros Tribunales Superiores de Justicia. Se trata de reiterar que, para que la trabajadora embarazada goce de

Aquella contradictoria situación jurisprudencial se resolvió finalmente mediante la adopción de una clara jurisprudencia unificada. Parte la nueva posición jurisprudencial de que el tenor del artículo 55.5 b) del ET según el cual «será nulo» el despido de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la fecha del comienzo del período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, constituye, ni más ni menos, que la transposición a la legislación española del artículo 10 de la Directiva 92/85, la cual, en términos muy parecidos a los de dicho precepto, establece «como garantía para las trabajadoras» la «prohibición» del despido «durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad», y tras las siguientes importantes consideraciones:

- a) «El conocimiento por el empresario del estado de gestación como ingrediente del despido nulo de la mujer embarazada se apoya (...) en el principio de "seguridad jurídica" (art. 9.3 C. Esp.), lo que no sucede con la tesis contraria. El principal ingrediente de la seguridad jurídica es la certeza (DRAE: "conocimiento seguro y claro de algo") del derecho. Pues bien, la certeza del derecho se sacrifica en la tesis de la nulidad objetiva más allá de lo que parece razonable e inevitable en la vida jurídica, en cuanto que la calificación de nulidad del despido, reservada a conductas empresariales merecedoras de un reproche especialmente severo, se hace depender en los supuestos de despido de mujeres en edad de procrear del dato totalmente azaroso del estado de gestación, imposible de conocer durante un cierto tiempo incluso por la propia mujer embarazada».
- b) «Una razón adicional (...) combina un argumento de interpretación histórica con un argumento de interpretación conforme a Derecho Comunitario (pues siendo) una de las fuentes de inspiración de la Ley 39/1999 (...) la Directiva 92/85 (resulta que) esta disposición comunitaria enfoca también la "prohibición de despido" de la trabajadora embarazada (art. 10) como una norma cuyo propósito es no "desfavorecer a las mujeres en el mercado de trabajo" y evitar que se atente contra la "igualdad de trato entre hombres y mujeres"».
- c) «La regulación de la Directiva 92/85 exige por la vía indirecta de una definición *ad hoc* una garantía reforzada del conocimiento del embarazo por parte del empresario, que es el deber de comunicación de la propia trabajadora embarazada. Así resulta de la "definición" de "trabajadora embarazada" que incluye el artículo 2 a) de la citada Directiva: "A efectos de la presente Directiva se entenderá por: a) trabajadora embarazada: cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales"».

Concluyó que «la exigencia de que el empresario conozca el embarazo para que se pueda calificar como nulo el despido de la mujer embarazada, aparte de ser consustancial a la caracterización de este supuesto particular como despido discriminatorio, no desvirtúa en absoluto la eficacia protectora del artículo 55.5 b) del ET. Este precepto proporciona a las mujeres en estado de gestación una ventaja procesal muy poderosa para la defensa de su puesto de trabajo, que es la presunción legal *uris et de iure* (art. 385.3 LEC ⁹⁹) del móvil discriminatorio».

la protección que brinda el artículo 55.5 b) respecto del despido, calificándolo de nulo si no es procedente, no es preciso el conocimiento empresarial de tal estado ni el ánimo discriminatorio en la decisión de extinguir el contrato».

⁹⁹ LEC = Ley de Enjuiciamiento Civil.

La expuesta protección a la trabajadora embarazada no padece, indicaba la misma jurisprudencia constitucional, porque tenga que comunicar, su estado de gravidez al empleador o empresario, o al menos ser conocido por este. Como advierte esa misma jurisprudencia, «a diferencia del supuesto genérico de despido discriminatorio, en que el trabajador ha de acreditar un panorama discriminatorio respecto de un *tertium comparationis*, en esta modalidad específica de despido discriminatorio la trabajadora solo tiene que probar que el empresario conocía su estado de gestación. Pero, como toda presunción, la establecida en el artículo 55.5 b) del ET ha de apoyarse en un "hecho indicio" puesto que si no hay "hecho indicio" no puede haber presunción (art. 385.1 LEC). En el caso del artículo 55.5 b) del ET el hecho indicio no es otro que el conocimiento del empresario de la situación de embarazo. Sobre esta base se sustenta el hecho presunto (irrebatible porque se trata de una presunción legal *iuris et de iure*) del móvil discriminatorio»¹⁰⁰.

Habiendo precisado y matizando aquella jurisprudencia, que nuestro ordenamiento no exigía la «comunicación» al empresario del estado de embarazo. Bastando con que aquel tuviese conocimiento del mismo, bien porque fuera apreciable a simple vista bien porque el hecho fuera conocido en el centro de trabajo, para que correspondiese automáticamente la calificación de nulidad, siempre y cuando no concurriesen razones que justificasen la calificación de procedencia.

VI. LA DOCTRINA ESTABLECIDA EN LA STC 92/2008

La sentencia objeto de comentario atiende a una sola cuestión sustancial consistente en la posible discriminación por razón de sexo, obviando todo cuestionamiento de la posible vulneración del derecho a la vida y a la integridad física de la «madre (trabajadora embarazada) y del ser humano que va a nacer (feto o *nasciturus*)». Además, se ocupa de otras cuestiones de orden procedimental, una de ellas consistente en si es necesario, para que exista el «despido de una trabajadora embarazada», el previo conocimiento por el empresario del estado de gravidez de la trabajadora y si esta ha de comunicárselo al empresario, que a la postre se convierte en la cuestión principal de la sentencia.

También se abordan por la sentencia otras cuestiones relativas a aquel despido, tanto sustanciales¹⁰¹ como de orden procesal estricto. Entre estas últimas se sitúa la referente al objeto mismo del recurso de amparo interpuesto, pues como manifestó el Fiscal la cuestión de fondo deducida en la demanda, lo que en ella se planteaba, no era otra cosa que el control o examen de la interpretación que del artículo 55.5 b) del ET (redacción de la Ley 39/1999) habían hecho los órganos jurisdiccionales ordinarios.

¹⁰⁰ *Vid.* STC 74/2008, de 23 de junio; Me remito a mi trabajo «La prueba indiciaria (Comentario a la STC, Sala Primera, de 30-1-2003, núm. 17/2003), publicado en esta *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 243, junio 2003, págs. 115-132.

¹⁰¹ Analiza también la sentencia objeto de comentario, la cuestión debatida desde la perspectiva del artículo 24.1 en relación con el artículo 14 CE, y tras referirse al canon de constitucionalidad (reforzado) que conlleva el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, que es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos (SSTC 112/1996, de 24 de junio; 87/2000, de 27 de marzo), indica que «analizadas con el anterior canon de enjuiciamiento las resoluciones judiciales recurridas (...), resulta evidente que ninguna de dichas resoluciones judiciales (lo) satisfacen».

Aquella circunstancia cuestionaba la jurisdicción y competencia del Tribunal Constitucional para entrar en el conocimiento de la pretensión deducida. Esto es, como también destacaba el Fiscal, se planteaba «la dificultad para establecer con la suficiente claridad la línea que, en relación con el imperio de los derechos fundamentales, separa los ámbitos respectivos que corresponden a los órganos de la jurisdicción ordinaria y al Tribunal Constitucional, lo que obliga(ba) a identificar los supuestos de hecho en los que un determinado derecho fundamental resulta(ba) directamente concernido».

En el supuesto objeto de atención por la sentencia objeto de comentario, al tratarse de una trabajadora que había sido despedida hallándose embarazada, procedía determinar la pertinencia constitucional y aplicabilidad al caso del artículo 14 de la C. Esp., siendo así que aquel supuesto de hecho se correspondía con el de la norma contemplada en el artículo 55.5 del ET, precepto que, según precisaba el Fiscal, llevando a cabo la transposición de las Directivas 92/85/CEE y 96/34/CE, constituía el reflejo de «una acción positiva» en defensa de la no discriminación por razón de sexo, siendo por lo tanto su finalidad exclusiva la protección y garantía del derecho a la igualdad del artículo 14 de la C. Esp. Todo lo cual obligaba a efectuar un análisis dual del citado supuesto de hecho:

- En primer lugar, desde la estricta óptica del artículo 14 de la C. Esp.
- En segundo, desde la correspondiente al precepto de legalidad ordinaria como aplicación concreta y específica de ese derecho a la no discriminación del artículo 14 de la C. Esp.

La consecuencia inmediata de este doble análisis resultaba ser, según el Fiscal, la de la autoridad, competencia y jurisdicción del Tribunal Constitucional no solo para efectuar una aplicación genérica del artículo 14 de la C. Esp. al supuesto estudiado, sino también para la directa interpretación del artículo 55.5 de la LET, en la medida en que dicho precepto integra una norma que concierne directamente al derecho a la igualdad. Se afirma al respecto por el Tribunal Constitucional en la sentencia objeto de comentario, que «en el ejercicio de la función constitucional que le es propia, a este Tribunal corresponde interpretar la constitucionalidad de la ley en todo tipo de procesos de que conoce, juicio de constitucionalidad que, con autoridad suprema, le está reservado, al igual que la delimitación de su propia jurisdicción y la fijación de los límites entre la constitucionalidad y la legalidad».

Semejante argumentación suscita fundadas dudas, pudiendo incluso considerarse un sofisma, pues lo cierto es que todas las decisiones (normas y actos) que componen el ordenamiento jurídico pueden considerarse desde la Constitución, y específicamente enjuiciarse a la luz del principio de igualdad, recogido en el artículo 14 de aquella norma fundamental, al constituir la clave de bóveda de los sistemas jurídicos occidentales, desde las revoluciones burguesas del siglo XVIII (norteamericana y francesa). Ciertamente ese juicio de adecuación a la Constitución es pertinente llevarlo cabo en todos los casos, pero corresponde hacerlo a los Jueces y Tribunales que componen el poder judicial, no al Tribunal Constitucional.

Abundando en aquel no irreprochable razonamiento jurídico se aduce, por el Fiscal *a quo* con la conformidad del Tribunal Constitucional, que debe efectuarse el análisis directamente desde la

óptica del precepto de legalidad ordinaria, como aplicación concreta y específica del derecho a la no discriminación, cometido que no resulta en modo alguno extraño a los propios del Tribunal Constitucional, conforme ha ido perfilando la jurisprudencia constitucional a lo largo del tiempo «cuando ha tenido que analizar un determinado derecho fundamental a través del desarrollo de su concreto contenido efectuado a través de una Ley orgánica, como prevé el artículo 81.1 de la C. Esp., suponiendo la posibilidad de interpretar por parte del Tribunal los preceptos de esta», pues «de no permitirse al Tribunal enmendar la labor interpretativa efectuada sobre el precepto en cuestión por los órganos de la jurisdicción ordinaria, se estarían negando sus facultades para la conceptualización del derecho fundamental».

La cuestión está en que el precepto legal cuestionado, artículo 55.5 del ET (en la redacción dada por la Ley 39/1999), pertenece a una Ley ordinaria y no a una Ley Orgánica, precisamente porque no es desarrollo de un derecho fundamental. Es más si se considerase desarrollo del artículo 14 de la C. Esp., entonces el órgano jurisdiccional ordinario debería haber planteado la pertinente cuestión de inconstitucionalidad (por propia iniciativa o a instancia de parte) y el Tribunal Constitucional, habría de expulsar al artículo 55.5 del ET inmediatamente del ordenamiento jurídico, en su función de legislador negativo, por violar patentemente la Constitución.

Para salvar semejante objeción el Tribunal Constitucional no duda en admitir una argumentación dudosamente constitucional del Fiscal, y así indica que el asunto objeto de atención «puede asimilarse (a los de normas contenidas en Ley Orgánica), aun cuando no se trate del precepto de una Ley Orgánica, pues, al margen de diferencias formales, es lo cierto que la justificación material de este artículo 55.5 presenta una clara analogía con las normas que desarrollan los derechos fundamentales, permitiendo una interpretación directa por el Tribunal del precepto de legalidad ordinaria que supere en tal labor el canon de la mera razonabilidad o no arbitrariedad y estableciendo, ante las interpretaciones alternativas del precepto, aquella que resulte más adecuada en orden a la protección del derecho fundamental». Se plantea así, en toda su intensidad, una cuestión esencial para la existencia y pervivencia misma del Estado de Derecho.

1. La consideración del despido de una trabajadora embarazada como un acto de discriminación directa ¹⁰² por razón de sexo.

Indica el Tribunal Constitucional, en la sentencia objeto de comentario y reiterando doctrina, que «la prohibición de discriminación por razón de sexo tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la mujer ¹⁰³, cualificándose la conducta discriminatoria por el resultado peyorativo para la mujer que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia de un factor cuya virtualidad

¹⁰² «El despido de una trabajadora durante su embarazo (...) por razones conexas con el embarazo (...) constituye una discriminación directa por razón de sexo contraria a los artículos 2, apartado 1, y 5, apartado 1, de la Directiva 76/207» (STJCE de 11 de octubre de 2007, asunto C-460/06, Nadine Paquay y Société d'architectes Hoet + Minne SPRL).

¹⁰³ Por todas, STC 17/2003, de 30 de enero.

justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución, dado su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano (art. 10.1 C. Esp.)».

En consecuencia, continúa destacando el Alto Tribunal, «la prohibición constitucional específica de los actos discriminatorios por razón de sexo determina que se habrá producido la lesión del artículo 14 de la C. Esp. cuando se acredite que el factor prohibido representó el fundamento de una minusvaloración o de un perjuicio laboral, no teniendo valor legitimador en esos casos la concurrencia de otros motivos que hubieran podido justificar la medida al margen del resultado discriminatorio».

Reiterando su doctrina general, en torno a la discriminación por razón de sexo, efectúa el Tribunal Constitucional las siguientes consideraciones:

- a) Que «este tipo de discriminación no comprende solo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada»
- b) Que «también engloba estos mismos tratamientos cuando se funden en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca¹⁰⁴. Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres»¹⁰⁵.
- c) Que «la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo»¹⁰⁶.

2. Exclusión de la necesidad del «conocimiento del embarazo» de la trabajadora por el empresario y consiguiente eliminación de toda obligación de su «declaración previa» al mismo.

Resultando inequívoco, conforme a la jurisprudencia constitucional, que un despido motivado por el embarazo de la trabajadora¹⁰⁷ constituye una discriminación por razón de sexo, recuerda el Alto Tribunal que «la cuestión relativa al conocimiento o no por la empresa de la situación de embarazo ha centrado en buena medida el debate en la vía judicial». Su importancia, precisa el Tribunal Constitucional:

¹⁰⁴ Por todas, recogiendo la doctrina precedente, SSTC 182/2005, de 4 de julio; 214/2006, de 3 de julio; 17/2007, de 12 de febrero; y 233/2007, de 5 de noviembre.

¹⁰⁵ *Vid.* SSTC 173/1994, de 7 de junio; 20/2001, de 29 de enero; 41/2002, de 25 de febrero; 17/2003, de 30 de enero; 98/2003, de 2 de junio; 175/2005, de 4 de julio; 214/2006, de 3 de julio; y 342/2006, de 11 de diciembre.

¹⁰⁶ STC 182/2005, de 4 de julio.

¹⁰⁷ Así como por la concurrencia de bajas laborales causadas por el embarazo, *Vid.* STC 17/2007, de 12 de febrero.

«Viene determinada por el hecho de que, para entender vulnerado por la empresa el derecho de la trabajadora a la no discriminación por razón de sexo, no basta con el hecho de que la trabajadora haya sido despedida hallándose embarazada», pues «al hecho del embarazo y a la circunstancia concurrente del despido será preciso añadir otros elementos que pongan indiciariamente en conexión lo uno (el factor protegido, el embarazo) con lo otro (el resultado de perjuicio que concretaría la discriminación, la extinción contractual), por cuanto que el estado de gestación constituye únicamente, en principio, un presupuesto de la posibilidad misma de la lesión del artículo 14 de la C. Esp., pero no un indicio de vulneración que por sí solo desplace al demandado la obligación de probar la regularidad constitucional de su acto».

Recordando su doctrina anterior en torno a la cuestión del despido de la trabajadora embarazada y la necesidad o no de conocimiento por el empresario de tal circunstancia, recuerda el Tribunal Constitucional su jurisprudencia anterior a la establecida en la sentencia objeto de comentario, desprendiéndose de la misma:

- a) Que «para la inversión de la carga de la prueba¹⁰⁸ no bastaba con que la trabajadora estuviese embarazada y demostrase tal dato objetivo, sino que, a partir de tal constatación, era preciso alegar circunstancias concretas en las que fundamentar la existencia de un presumible trato discriminatorio. En la medida en que no bastaba la mera alegación, sino la muestra de un panorama indiciario, no podía apreciarse una valoración incorrecta de la carga de la prueba por parte de los órganos judiciales por el hecho de que la empresa no hubiese probado la existencia de una causa real suficiente y seria de extinción que (acreditaba) que el despido (era) ajeno a un motivo discriminatorio»¹⁰⁹.
- b) «Que el conocimiento por parte de la empresa del estado de embarazo de la trabajadora (constituía) un requisito necesario para fundamentar la existencia de un presumible trato discriminatorio en relación con el despido»¹¹⁰.

¹⁰⁸ La jurisprudencia constitucional viene reiterando, desde la STC 38/1981, de 23 de noviembre, que, cuando se prueba indiciariamente que una decisión empresarial puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales, incumbe al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate. Para ello es preciso que el trabajador aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigido a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia y que debe permitir deducir la posibilidad de su concurrencia. Solo una vez cumplida esta primera e inexcusable carga recaerá sobre la parte demandada la de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada, *Vid.* SSTC 29/2002, de 11 de febrero; 30/2002, de 11 de febrero; 17/2003, de 30 de enero y 342/2006, de 11 de diciembre.

¹⁰⁹ SSTC 41/2002, de 25 de febrero y 17/2003, de 30 de enero.

¹¹⁰ Así, en la STC 41/2002, de 25 de febrero, analizando un supuesto en el que constaba acreditado en hechos probados el desconocimiento por parte de la empresa del estado de la trabajadora, se indicó que «si se afirma que la causa del despido es el embarazo habrá de consignarse la existencia de tal embarazo y el conocimiento o desconocimiento de la empresa demandada, por lo que, constando expresamente en los hechos probados que la empresa demandada no conocía el embarazo, resulta difícil imputar tal vulneración a la decisión extintiva empresarial y entender que la empresa ha basado su decisión en dicha circunstancia». En el caso de la STC 17/2003, de 30 de enero, pese a que ni el conocimiento ni el desconocimiento del embarazo por el empresario figuraban expresamente acreditados en los hechos probados de las resoluciones recurridas, el Tribunal consideró que estaba fuera de controversia el conocimiento de dicho estado «en el centro de trabajo» y, en todo caso, apreció que el silencio de los hechos probados sobre esa circunstancia no era por sí solo suficiente para rechazar la existencia de un panorama indiciario de la lesión del derecho fundamental, ante la concurrencia

Sin ambages precisa el Alto Tribunal su posición anterior en relación con el tema objeto de atención, en los siguientes términos:

- «Nuestra doctrina ha considerado necesario el conocimiento por parte de la empresa del estado de embarazo de la trabajadora para apreciar la existencia de un panorama indiciario de la lesión del derecho fundamental, bien porque conste dicho conocimiento en los hechos probados de las resoluciones recurridas, bien porque, aun no constando expresamente, existan otros datos que permitan deducir la probabilidad de la lesión. En efecto, difícilmente puede apreciarse la existencia de un tratamiento peyorativo basado en el embarazo de la trabajadora cuando no haya quedado acreditado el conocimiento por la empresa de dicho embarazo o de cualquier otra situación o circunstancia que pudiera entenderse conectada con el mismo, ni existan otros datos de los que, pese a la falta de constancia expresa del conocimiento, pueda deducirse la probabilidad de la lesión».
- Por tanto, «la decisión de las resoluciones judiciales recurridas de no considerar acreditada la existencia de un despido "motivado" por el embarazo es, por tanto, conforme con nuestra doctrina, en los términos en que ha quedado expuesta, al no haber aportado la trabajadora al proceso –como le incumbía– indicios de la vulneración de su derecho fundamental».

En el supuesto de hecho objeto de atención por la sentencia que se comenta, reconoce paladinamente el Tribunal Constitucional, que «ni consta tal conocimiento ni existen otros datos indiciarios de los que pudiera deducirse la probabilidad de la lesión. Atendiendo a los hechos probados de las resoluciones recurridas, cuya invariabilidad nos impone el artículo 44.1 b) de la LOTC ¹¹¹, dado que la revisión del *factum* judicial está vedada a nuestra jurisdicción, (...) ¹¹², los únicos datos acreditados son los relativos a la inexistencia de causa legal para el despido de la trabajadora –admitida por la propia empresa al reconocer desde el primer momento su carácter improcedente– ¹¹³ y el hecho de que la trabajadora se encontraba embarazada en la fecha del despido, datos estos insuficientes para operar la inversión de la carga probatoria, conforme a nuestra doctrina».

Pero semejante circunstancia no impide al Tribunal Constitucional, resolver en contra de su propia doctrina anterior y sentar una nueva, no irreprochable ni plenamente justificada desde una perspectiva constitucional. Efectivamente, el Alto Tribunal, tras describir el iter histórico del artícu-

de otros datos que permitan deducir su probabilidad. Por su parte, (...) la STC 62/2007, de 27 de marzo, (...) la existencia de una lesión –en ese caso del art. 15 de la C. Esp.– tomando en consideración el hecho de que, aun no estando acreditado el conocimiento por la Administración autora de la pretendida lesión del hecho del embarazo en el momento en que adoptó la decisión impugnada, sí constaba tal conocimiento en un momento inmediatamente posterior, de manera que «la inactividad administrativa a partir del conocimiento de dicho dato, permaneciendo pasiva desde aquella fecha sin ocuparse de anular el acto previo o de dictar uno que lo sustituyera en cumplimiento de la normativa aplicable, dio como resultado la lesión de los derechos fundamentales».

¹¹¹ LOTC = Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

¹¹² Desde las SSTC 2/1982, de 29 de enero, y 11/1982, de 29 de marzo.

¹¹³ Afirmación sorprendente, pues la jurisprudencia ordinaria únicamente vincula el reconocimiento de la improcedencia del despido al no devengo o limitación de los salarios de tramitación, sin que en absoluto lo considere un allanamiento del empresario, sino que, muy al contrario, el proceso por despido a pesar de ese reconocimiento continúa su curso.

lo 55.5 del ET, afirma que «la modificación que introdujo la Ley 39/1999 consistió en añadir, a la precedente cláusula de nulidad de los despidos discriminatorios o con vulneración de derechos fundamentales, diversos supuestos de nulidad relacionados con el embarazo (...). Dichas modificaciones se introdujeron por el legislador, como señala expresamente la exposición de motivos de la Ley, con objeto de completar la trasposición a la legislación española de las directrices marcadas por diversas normas internacionales y comunitarias (...)»¹¹⁴, superando los niveles mínimos de protección previstos en las mismas. La propia exposición de motivos enmarca dichas medidas en los derechos y principios contenidos en los artículos 14, 39.1 y 9.2 de la Constitución». Apostillando que «en función de la citada nueva redacción del precepto legal lo que se discute (...) es la interpretación (...) del precepto legal en virtud de la cual para declarar la nulidad del despido de la trabajadora embarazada resulta necesaria la concurrencia de un ánimo empresarial discriminatorio y, por tanto, el conocimiento previo del estado de embarazo».

Continuando su discurso, en términos no de constitucionalidad sino de legalidad ordinaria, en los siguientes términos, «la cuestión así planteada no ha sido analizada hasta la fecha por este Tribunal. En nuestras SSTC 41/2002, de 25 de febrero, y 17/2003, de 30 de enero, (...), se analizó por este Tribunal la exigencia o no de un previo conocimiento empresarial del estado de embarazo de la trabajadora para apreciar la existencia de un despido discriminatorio por razón de embarazo, en función de la aplicación del único supuesto de nulidad del despido disciplinario establecido en la redacción del artículo 55.5 del ET vigente en la fecha de los hechos, anterior a la ahora considerada. La nueva dualidad de causas de nulidad del despido introducida por la reforma fue, sin embargo, contemplada de forma indirecta en nuestra STC 342/2006, de 11 de diciembre, resolviendo una demanda de amparo en la que se reclamaba que se considerara nulo por discriminatorio por razón de embarazo en función del párrafo primero del artículo 55.5 del ET un despido que había sido declarado ya nulo por aplicación del nuevo párrafo segundo del precepto, siendo otorgado el amparo por el Tribunal tras entender acreditado el conocimiento por parte de la empresa de su estado de embarazo y por aplicación de nuestra doctrina general en materia de prueba indiciaria», concluyendo el Alto Tribunal lo siguiente:

«Nada en el artículo 55.5 b) del ET permite apreciar que el legislador haya establecido como exigencia para la declaración de nulidad de los despidos no procedentes efectuados durante el período de embarazo de una trabajadora la acreditación del previo conocimiento del embarazo por el empresario que despide y, menos aún, el requisito de una previa notificación por la trabajadora al empresario de dicho estado. Antes al contrario, todos los criterios de interpretación gramatical, lógica y teleológica aplicables (art. 3.1 del Código civil) además del criterio último y superior, que es el de interpretación conforme a la Constitución, conducen a considerar que, (...), la nulidad del despido tiene en el artículo 55.5 b) ET un carácter automático, vinculado exclusivamente a la acreditación del embarazo de la trabajadora y a la no consideración del despido como procedente por motivos no relacionados con el mismo.

¹¹⁴ Con cita expresa de las Directivas del Consejo 92/85/CEE, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, 96/34/CE, del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, y la Declaración de los Estados reunidos en la IV Conferencia mundial sobre las mujeres, celebrada en Pekín en septiembre de 1995.

Afirmación que apoya el Alto Tribunal en las siguientes consideraciones ¹¹⁵:

- a) «Tanto el sentido propio de las palabras, al enunciar un nuevo supuesto de nulidad adicional al previsto en el párrafo primero (del art. 55.5 del ET), al no contemplar otra excepción o condición a la declaración de nulidad que la procedencia del despido (ni siquiera la acreditación de una causa real, suficiente y seria, no discriminatoria, aun improcedente) y al delimitar el ámbito temporal de la garantía por referencia a «la fecha de inicio del embarazo» (ni siquiera a la fecha en que el embarazo sea conocido por la propia trabajadora, menos aún por el empresario), como la interpretación contextual del precepto en su relación con el párrafo primero –inmodificado– del mismo y la referida a la necesaria finalidad de innovación del ordenamiento jurídico que debe perseguir toda reforma legal, conducen a una interpretación del precepto como configurador de una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero (del art. 55.5 del ET) y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación».
- b) «Frente a semejante claridad interpretativa, no puede oponerse el hecho de que la Directiva comunitaria prevea expresamente la necesidad de comunicación del estado de embarazo; antes al contrario, es manifiesto el apartamiento por el legislador nacional del texto de la Directiva en este aspecto concreto, cuya transposición omite íntegramente, advirtiéndose en la propia exposición de motivos que la transposición se efectúa "superando los niveles mínimos de protección" previstos en la Directiva. Es cierto que la propia exposición de motivos, al explicar la medida, hace referencia al "despido motivado" por razón de embarazo, pero dichos términos no imponen necesariamente una conclusión contraria a la obtenida. Es evidente que la finalidad esencial de la norma es la de combatir los despidos discriminatorios, los despidos "motivados" por razón de embarazo, lo que constituye, como decíamos, uno de los principales desafíos a los que ha de hacer frente el derecho a la no discriminación por razón de sexo en las relaciones laborales, y es lógico que así lo resalte el texto en el que se exponen los motivos de la norma. Pero que sea esa la finalidad última

¹¹⁵ Afirma el Tribunal Constitucional, en la sentencia objeto de comentario, que «invariablemente» ha venido declarando «que un despido motivado por el embarazo de la trabajadora debe considerarse nulo, por discriminatorio, lo que en la regulación legal precedente (...) recibió cobertura mediante la declaración como nulos en el artículo 55.5 del ET de los despidos que tuvieran por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o que se produjeran con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. En aplicación de la doctrina de la prueba indiciaria (...), los Tribunales de Justicia y este Tribunal Constitucional en amparo han venido declarando la nulidad de aquellos despidos en los que, tras haberse aportado por la trabajadora un indicio razonable de vulneración de su derecho fundamental, no se hubiera acreditado por el empresario la existencia de una causa real suficiente y seria de extinción que acreditara que el despido era ajeno a un motivo discriminatorio, habiéndose exigido, para entender aportado por la trabajadora el referido panorama indiciario, que se acreditara el conocimiento por la empresa del estado de embarazo, pues, como anteriormente señalábamos, difícilmente puede considerarse que posee un móvil discriminatorio aquel despido en el que quien despide desconoce la concurrencia del factor de diferenciación en que consiste la discriminación. Pues bien, es sobre este panorama legislativo y jurisprudencial consolidado sobre el que actuó la reforma del legislador de la Ley 39/1999, denominada "de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras". Y lo hizo, añadiendo al supuesto de nulidad ya contemplado en el artículo 55.5 del ET para el caso de despidos discriminatorios o con vulneración de derechos fundamentales, un nuevo supuesto que, (...), declara también la nulidad ("será también nulo" dice la Ley) del despido de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del período de suspensión, salvo que se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo. Y lo hace sin contemplar requisito específico alguno ni de comunicación previa del embarazo al empresario (a diferencia de lo que contempla la Directiva comunitaria), ni de conocimiento previo por parte de este, por cualquier otra vía, del hecho del embarazo».

no implica que el instrumento elegido por el legislador para su articulación no pueda consistir en una garantía objetiva y automática, que otorgue la protección al margen de cualquier necesidad de prueba del móvil discriminatorio».

Como fundamento último de la nulidad objetiva que estima establecida por el artículo 55.5 del ET, aduce el Tribunal Constitucional que «la regulación legal de la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas constituye una institución directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo proclamado en el artículo 14 de la C. Esp., por más que puedan igualmente hallarse vínculos de la misma con otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos: así, con el derecho a la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas, por cuya garantía deben velar los poderes públicos conforme al artículo 40.2 de la C. Esp. (...), que constituye particularmente el fundamento de la regulación establecida en la Directiva 92/85/CEE; o con el aseguramiento de la protección de la familia y de los hijos al que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 39 de la C. Esp.».

Apostilla aquellas justificaciones el Tribunal Constitucional, en la sentencia objeto de comentario, con una observación cuya voluntariedad es manifiesta. Efectivamente, según el Alto Tribunal «se configura así por el legislador un mecanismo de garantía reforzada en la tutela de las trabajadoras embarazadas, reforzamiento que posee, además, una clara relevancia constitucional»:

- En primer lugar «desde la perspectiva prioritaria del derecho a la no discriminación por razón de sexo, que se ve reforzado al dispensar a la trabajadora de una prueba que en ocasiones puede ser enormemente complicada y cuya exigencia limitaría la eficacia del derecho fundamental».
- Eximiéndose con ello, además, «de la necesidad de demostrar el conocimiento por un tercero de un hecho que pertenece a la esfera más íntima de la persona y que la trabajadora puede desear mantener, legítimamente, fuera del conocimiento de los demás y, en particular, de la empresa, por múltiples razones, incluida la del deseo de preservar un puesto de trabajo que puede entender amenazado como consecuencia del embarazo».

Porque «exonerar de esta prueba del conocimiento del embarazo y, con ella, de toda obligación de declaración previa, sustituyéndola por la prueba en caso de despido de un hecho físico objetivo como es el embarazo en sí, constituye, sin duda, una medida de fortalecimiento de las garantías frente al despido de la trabajadora embarazada, al tiempo que plenamente coherente con el reconocimiento de su derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 C. Esp.)»¹¹⁶.

En una última reflexión, siempre de legalidad ordinaria que no de orden estrictamente constitucional, precisa el Tribunal Constitucional, que «la garantía frente al despido del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas no exige necesariamente un sis-

¹¹⁶ «Del mismo modo que, por definición, constituye también un reforzamiento de las restantes finalidades constitucionales a las que sirve la medida no directamente relacionadas con la tutela antidiscriminatoria, ya sean estas las relacionadas con la protección de su salud y seguridad a las que alude la Directiva comunitaria, ya sean las referidas a la protección de la familia y de los hijos, amparando la libre determinación de la trabajadora en favor de su maternidad con una "garantía de indemnidad" reforzada", apostilla el Tribunal Constitucional.

tema de tutela objetiva como el previsto por el legislador en la Ley 39/1999. Serían posibles, desde esta perspectiva, otros sistemas de protección igualmente respetuosos con el artículo 14 de la C. Esp. como, en particular, el que estaba en vigor en el momento de la reforma legal. Sin embargo, una vez que el legislador ha optado por un desarrollo concreto del artículo 14 de la C. Esp., que incrementa las garantías precedentes conectándolas con una tutela también reforzada de otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos, no puede el órgano judicial efectuar una interpretación restrictiva y ajena a las reglas hermenéuticas en vigor que prive al precepto legal de aquellas garantías establecidas por el legislador y con las que la trabajadora podía razonablemente entenderse amparada en su determinación personal, pues con ello se estaría impidiendo la efectividad del derecho fundamental de acuerdo con su contenido previamente definido».

VII. SOBRE SI EL «DESPIDO DE UNA TRABAJADORA EMBARAZADA» SIMPLEMENTE CONSTITUYE UNA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO, O LA «BANALIDAD» DEL DESPIDO DE UNA «TRABAJADORA EMBARAZADA»

Decíamos en otro lugar que, en un plano abstracto y general, podía afirmarse que la protección debida a una trabajadora embarazada «va más allá de la prohibición de la discriminación por razón de sexo, pues se trata del derecho a la vida y a la integridad física de la trabajadora y del feto, *nasciturus*, y, traslativamente, de la supervivencia misma de la sociedad occidental ante la alarmante caída demográfica»¹¹⁷.

Si la protección frente al despido de una «trabajadora embarazada» se limitara a una cuestión de discriminación por razón de sexo, sería tanto como decir que se protege a la trabajadora que es despedida por ser mujer, equivalente a un despido de un trabajador por ser hombre. Discriminación ciertamente de todo punto de vista inadmisibles, pero es que la protección frente al despido de una trabajadora embarazada no tiene por finalidad la protección de una ideología (propia de la cultura occidental) ante los «diferentes sexos», sino que tiene un objetivo mucho más trascendente que no es ni más ni menos que el de la defensa del bien ontológico y jurídicamente, e incluso de la realidad física, más esencial, la vida y la integridad física del ser humano.

La protección frente al despido que otorga la Constitución a la trabajadora embarazada y procuran los tratados y textos internacionales, empezando por la Declaración Universal de Derechos Humanos, extravasa ampliamente la concreta prohibición de discriminación por razón de sexo, situándose en un plano o posición superior, más trascendente, tanto desde un punto de los valores esenciales que informan los ordenamientos jurídicos occidentales, como desde el plano del pensamiento racional (ajustado a los axiomas, principios y leyes de la lógica)¹¹⁸. Se trata de la protección de la

¹¹⁷ En mi trabajo, «El desconocimiento, por el empresario, del embarazo de la trabajadora despedida, razonablemente elimina el carácter discriminatorio, por razón de sexo, del acto del despido. Comentario a la STC, Sala segunda, de 25 de febrero de 2002, núm. 41/2002», en esta *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 230, mayo 2002, pág. 176.

¹¹⁸ Ejemplar es la siguiente observación, de GUDEJ, D., en *El teorema del loro. Novela para aprender matemáticas*, Anagrama, Barcelona, 2000, pág. 75, que expone en forma de diálogo y que, de seguido, transcribo:
«Max dibujó una caja.

vida misma (jurídicamente formulada como el derecho a la vida y a la integridad física y moral de los seres humanos).

Dice el artículo 15 de la C. Esp.: «Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral», «Presupuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible», y «valor superior del ordenamiento jurídico constitucional», como la propia doctrina constitucional se ha cuidado de indicar ¹¹⁹.

La sentencia que se comenta obvia toda referencia al «derecho a la vida y a la integridad física» de la trabajadora embarazada lo cual llama poderosamente la atención, pues únicamente en una consideración muy superficial de la problemática atinente al despido de una mujer en ese estado biológico puede omitirse las consideraciones referentes a su impacto sobre la integridad física y moral, e incluso sobre su vida.

Semejante preterición no tiene fácil explicación, salvo si se repara en el «nudo gordiano» de la cuestión, que no es otro que si la sentencia hubiera hecho referencia al derecho a la vida y a la integridad física de la «trabajadora embarazada», necesariamente, por simple coherencia y so pena de inconsistencia, habría de considerar los mismos posibles efectos del despido sobre la vida y la integridad física y moral de la persona humana que va a nacer, el feto o *nasciturus*.

La falta de una referencia fundada a los posibles efectos del acto del despido sobre la integridad física y moral de la trabajadora embarazada no es de recibo. Pero resulta de todo punto inadmisibles el clamoroso silencio de la sentencia objeto de comentario acerca de los posibles efectos, no indirectos, sino directos, bien que mediados por la madre, sobre la vida y la integridad física y moral de la persona humana que va a nacer (feto, *nasciturus*), lo que constituye sin duda el aspecto más reprochable de la sentencia objeto de comentario.

Con aquel «clamoroso y pavoroso» silencio la sentencia que se comenta no hace más que ahondar en el mar de confusión y contradicciones en que se mueven algunas sociedades y las ideologías al uso. Estado de confusión ética y moral que se traslada inevitable y necesariamente al plano de la legalidad, como ha ocurrido en otros momentos históricos de odiosa memoria ¹²⁰. Para comprobar ese estado de «desorientación», contradicciones e incoherencias legales, basta con reparar

Perrette preguntó por qué la Estadística no estaba en la lista.

Ruche arguyó que era un poco demasiado empírica para ser admitida como una subdivisión de las matemáticas. ¿Rechazada?

- ¿Sabe que se ha olvidado de la LÓ-GI-CA? – inquirió Perrette.
- En absoluto –dijo Ruche con plomo–, no la he olvidado. La lógica forma parte de la filosofía. Aristóteles, su fundador, era un filósofo, no un matemático, que yo sepa.
- Si no hay lógica en matemáticas, me pregunto dónde la hay.
- ¿En el pensamiento, Perrette?
- Y en el razonamiento en particular. Y no hay matemáticas sin razonamiento.»
- Ni Derecho ni... nada sin razonamiento, añadimos nosotros.

¹¹⁹ STC 154/2002.

¹²⁰ Me remito a GOLDHAGEN, D. J., *Los verdugos voluntarios de Hitler. Los alemanes corrientes y el holocausto*, Taurus, Madrid 1997; BUBER-NEUMANN, M., *Prisionera de Stalin y de Hitler. Un mundo en la oscuridad*, Círculo de Lectores-Galaxia Gutenberg, Barcelona 2005. Así como a la numerosa literatura histórica existente sobre el particular.

cómo frente a ese olvido en la interpretación por la jurisprudencia constitucional de la normativa (ordinaria) referente al despido de la trabajadora embarazada de los aspectos atinentes a la protección de su vida y de la persona que va a nacer (feto, *nasciturus*), otra legalidad ordinaria en otros ámbitos laborales se ocupa diligentemente de aquellas personas. Efectivamente, basta con reparar en el artículo 26 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales para advertir la justificada preocupación por la «naturalidad, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo (...), procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico», y las medidas que ha de adoptar el empresario en tales casos, protegiendo y defendiendo en los aspectos vitales esenciales tanto de la trabajadora embarazada como de la persona que va a nacer (feto, *nasciturus*), con la imposición de importantes deberes, cargas y deducción de graves responsabilidades para el empresario que desatienda semejante mandato legal protector¹²¹.

VIII. CONSIDERACIONES CRÍTICAS. A MODO DE CONCLUSIÓN

La sentencia objeto de comentario merece una crítica negativa sin paliativos, porque en ella el Tribunal Constitucional se mantiene en línea con su jurisprudencia anterior (en este punto también merecedora de una crítica muy desfavorable) de limitar la inconstitucionalidad del «despido de la trabajadora embarazada» a la vigencia de la prohibición constitucional de discriminación por razón de sexo, con un patente, clamoroso y pavoroso olvido de los derechos de la trabajadora embarazada y del ser humano que va a nacer (feto o *nasciturus*) a la vida y a la integridad física y moral, que sin duda pueden ser dañados por un acto tan injusto e inhumano como irracional del despido por razón del embarazo.

También merece una consideración negativa por la variación que introduce en su propia jurisprudencia anterior sobre la necesidad de conocimiento por el empresario y consiguiente declaración

¹²¹ Al extremo que «cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultase posible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto, y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora, esta deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado. El empresario deberá determinar, previa consulta con los representantes de los trabajadores, la relación de los puestos de trabajo exentos de riesgos a estos efectos. El cambio de puesto o función se llevará a cabo de conformidad con las reglas y criterios que se apliquen en los supuestos de movilidad funcional y tendrá efectos hasta el momento en que el estado de salud de la trabajadora permita su reincorporación al anterior puesto. En el supuesto de que, aun aplicando las reglas señaladas en el párrafo anterior, no existiese puesto de trabajo o función compatible, la trabajadora podrá ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente, si bien conservará el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen (...). Si dicho cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, contemplada en el artículo 45.1 d) del Estatuto de los Trabajadores, durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado (...). Las trabajadoras embarazadas tendrán derecho a ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, previo aviso al empresario y justificación de la necesidad de su realización dentro de la jornada de trabajo».

por la trabajadora de su estado de embarazo, para que pueda despedirse a una «trabajadora embarazada». Efectivamente, como establecía la propia doctrina constitucional anterior, el conocimiento (por el empleador o empresario) de una determinada situación previa constituye un presupuesto de la realización (por el empleador o empresario) de un determinado acto jurídico (voluntario) basado en esa situación previa (es preciso que el empresario conozca el embarazo de la trabajadora cuando adopta la decisión de despedirla precisamente por razón del embarazo), pues «el despido es un acto naturalmente causal (racional) y no arbitrario (irracional) del empresario»¹²².

Semejante requisito racional o lógico era proclamado por la anterior jurisprudencia constitucional en la materia, bajo la exigencia, un tanto eufemística, de constituir una exigencia de «seguridad jurídica». No resulta pertinente, para pretender alterar semejante conclusión, porque no la altera en absoluto, la referencia continuada de la sentencia al «hecho objeto objetivo» del embarazo.

Se añade a esa circunstancia que al conceptuarse el despido disciplinario, supuesto considerado en la sentencia objeto de comentario, como un acto sancionador consecuente al poder disciplinario/*ius puniendi* del empresario¹²³, la intención de sancionar el embarazo conforma parte del acto

¹²² STSJ de Navarra de 15 de abril de 2005.

¹²³ «La naturaleza del despido como sanción disciplinaria exige la subsistencia de la relación laboral a fin de que la empresa pueda ejercer la potestad que le faculta para extinguir el contrato al amparo del artículo 54.1.º de la Ley de Procedimiento Laboral» (STS de 18 de diciembre de 2007). «El empleador que actúa el despido de un trabajador lo hace en base a su poder resolutorio; aun si no existió incumplimiento por el trabajador, o su entidad fue mínima y no tipificadora de la causa legal de despido, el empleador tiene, a su arbitrio, la facultad de ejercitar el poder de resolución», indica DE LA VILLA, L. E., «La formalización (carta y expediente) del despido disciplinario», en *Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil. Homenaje a su 50 años de dedicación universitaria* (PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., coordinadores), Estudios Financieros, Madrid 2006, pág. 1.075; Una parte de la doctrina académica sostiene que el despido no es sino una sanción privada, consecuencia bien de un *ius puniendi* con el que la ley inviste al empresario o bien derivado del contrato de trabajo mismo, frente a otra parte de la doctrina que concibe el despido como una resolución del contrato por incumplimiento; MONTAÑA MELGAR, A., «La buena fe en el Derecho del Trabajo» (Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, leído el día 18 de junio de 2001), Madrid 2001, pág. 40 indica que «la singular circunstancia de que el incumplimiento de la prestación laboral no constituya una causa expresa de despido (...) explica la razones de la tan frecuente invocación de la genérica trasgresión de la buena fe como causa de despido», con lo que parece adscribirse la tesis que consideran al despido como una resolución contractual por incumplimiento, sin embargo en un sentido diferente, en su *Derecho del Trabajo*, Madrid 1999, pág. 464, señala «en suma, el despido disciplinario se configura como una sanción (privada, contractual) consistente precisamente en la disolución de la relación laboral»; Según esta última posición doctrinal, la ruptura del vínculo la lleva a efecto el empresario conforme a las reglas generales en la materia y que, al tenor de la moderna jurisprudencia, no requiere de la decisión judicial para la ruptura del vínculo contractual, salvo que exista discrepancia de la contraparte, el trabajador, en cuyo caso si es precisa la resolución judicial, bien confirmando la ruptura del nexo contractual por el acto empresarial de despido, bien llevándola a cabo. La denominación misma de «despido» parece semánticamente estar aludiendo a un *ius puniendi* privado; En todo caso, ha de llamarse la atención sobre la inconsistencia de la noción misma de «despido». Efectivamente, en el artículo 49 k) del ET, se especifica que la terminación del contrato de trabajo puede producirse «por despido del trabajador», sin calificarlo ni concebirlo como «sanción/disciplinario», pues con tal alusión únicamente al despido individual por incumplimiento contractual puede referirse, al señalar el mismo precepto como otras causas de extinción del contrato de trabajo, en su letra i, el «despido colectivo(...)», y en su letra l, la extinción «por causas objetivas legalmente previstas», sin embargo, y en un sentido diametralmente opuesto, los artículos 54 y 55 del ET adjetivan el «despido individual» de disciplinario y lo conciben como la imposición de una «pena/sanción privada» (lo consideran «sancionador/disciplinario»). Así pues, la inconsistencia de nuestra legislación laboral resulta de que de la misma puede inferirse válidamente una afirmación y su negación (A y no A). Esto es, de aquella legislación laboral se deduce que el despido es «consecuencia del ejerci-

sancionador por lo que su conocimiento por el empresario es determinante para que pueda imponer semejante sanción. La pretensión que puede deducirse de la sentencia objeto de comentario de objetivar la responsabilidad empresarial no es de recibo, pues simplemente elimina la posibilidad del despido procedente¹²⁴, convirtiendo la protección contra el despido de la trabajadora embarazada en una especie de «patente de corso» de esta última, ajena por completo a cualquier razonable y recto entender de la institución protectora.

Por último, la sentencia objeto de comentario simplemente infringe el Derecho comunitario en cuanto que desconoce el concepto de «trabajadora embarazada». Como indicaba la jurisprudencia constitucional anterior, aquel concepto se refiere a «cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales», por lo que la trabajadora en estado de gravidez que no se lo comunique a su empresario, cuando sea despedida no puede erguir frente a su empresario que ha adoptado la decisión de despedirla su condición de trabajadora embarazada.

cio de una acción resolutoria por incumplimiento» y «no es consecuencia del ejercicio de una acción resolutoria por incumplimiento». De la misma legislación también resulta que el despido es «consecuencia del ejercicio de un *ius puniendi* atribuido al empresario» y «no es consecuencia del ejercicio de un *ius puniendi* atribuido al empresario». No obstante, aquella inconsistencia del ordenamiento (todo ordenamiento jurídico, a la altura de los tiempos que nos ha tocado vivir, es incompleto e inconsistente), la jurisprudencia ha optado por considerar al despido «disciplinario» como «la más grave sanción prevista por el ordenamiento jurídico» (STCT de 12 de diciembre de 1980).

¹²⁴ *Vid.* STSJ de La Rioja de 18 de junio de 2006.