

VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré a la Sentencia dictada en el recurso de amparo avocado a Pleno núm. 3773-2011 y al que se adhieren la Magistrada doña Adela Asua Batarrita y los Magistrados don Luis I. Ortega Álvarez y don Juan Antonio Xiol Ríos.

1. Como tuve oportunidad de manifestar a lo largo de las deliberaciones del presente proceso constitucional, disiento de la decisión mayoritariamente adoptada. Dentro del máximo respeto hacia el parecer de mis compañeros del Pleno, que tiene indudable fundamento y soporte en doctrina previa de este Tribunal, señaladamente en las SSTC 92/2008, de 21 de julio y 124/2009, de 18 de mayo, entiendo que el fallo debió de declarar la vulneración del art. 14 CE, desde el prisma de la tutela antidiscriminatoria, procediendo a apartarse y, consecuentemente, a modificar la doctrina contenida en aquellos precedentes, que no comparto.

En mi opinión, los actos empresariales aquí enjuiciados lesionaron, y las Sentencias impugnadas no tutelaron, el principio de prohibición de discriminación por razón de género, sacrificándolo, por el contrario, con una solución contraria a su contenido esencial y a la recta interpretación de las garantías que del art. 14 CE, segundo inciso, que se derivan para la mujer trabajadora en estado de gestación en el campo de las relaciones laborales.

2. En esta ocasión, mi discrepancia se instala en un terreno exquisitamente doctrinal, pues admito que la *ratio decidendi* de la Sentencia aprobada tiene respaldo en la jurisprudencia constitucional antecedente. Por tanto y a diferencia de otros pronunciamientos de los que he disentido expresamente, ni puedo ni debo calificar el pronunciamiento del Tribunal del que me separo como un retroceso en la tutela de los derechos fundamentales, referido en el caso enjuiciado a la lucha antidiscriminatoria por razón de género. La opinión que me merece el pensamiento jurídico constitucional formulado en las SSTC 92/2008 y 124/2009 la dejo sintetizada del modo siguiente: revela una inteligencia del derecho fundamental concernido que no satisface el parámetro de la máxima irradiación de los contenidos constitucionales que la prohibición de discriminación consiente y, sobre todo, demanda en atención, básicamente, al atributo que a esta distingue y que se sustancia en ser una norma de sistema dotada de una doble propiedad: una inconfundible vocación transformadora de nuestro modelo de convivencia y una indiscutible finalidad de salir al paso de un inaceptable legado, derivado de

factores de muy diversa índole. En atención a su naturaleza de norma de sistema, los derechos vinculados a la proscripción de toda manifestación discriminatoria rebasan y sobrepasan la mera atribución subjetiva del derecho mismo.

Desde una perspectiva teleológica, en efecto, la interdicción de discriminación del segundo inciso del art. 14 CE es una norma parificadora de reacción histórica. Conforme al propósito que la inspira, nuestra Constitución ni extiende de forma subjetivamente ilimitada la tutela del citado pasaje constitucional, ni tampoco la confiere a partir de una atención singularizada de cada sujeto, en sí mismo considerado. Antes al contrario, la prohibición de discriminación, en atención a los factores que el precepto constitucional ampara, persigue una finalidad de parificación frente a situaciones de inferioridad o desventaja estructural de determinados colectivos, situaciones que todavía hoy persisten e, incluso, emergen en nuevos escenarios y respecto de renovados factores de relegación. Es ésta y no otra, a mi parecer, la razón de ser de la regulación constitucional, de manera que la protección del art. 14 CE comprende exclusivamente a grupos de personas situados de manera sistemática en posiciones de desigualdad sustancial. Solo con esa aproximación de sistema, que exige identificar a los colectivos protegidos en situación de postergación social o jurídica y no, por tanto, a una pluralidad de sujetos menoscabados por actos antijurídicos, puede discernirse qué significa y qué y a quién preserva el art. 14 CE en su segundo inciso.

Una exacta comprensión del intenso y denso sentido parificador de la regla constitucional ahora a examen pide, pues, traer a colación y valorar adecuadamente un elemento de matriz supraindividual, consistente en el previo encuadramiento de los sujetos susceptibles de ser protegidos en el grupo afectado; y también demanda el concurso de un perjuicio adverso para el factor preservado. Otra concepción de la regulación constitucional no sólo desnaturalizaría los principios que informan la prohibición de discriminación del art. 14 CE, segundo inciso, sino que, asimismo, vendría a mezclar principios, garantías y derechos diversos, olvidando criterios de delimitación y diferenciación entre ellos que resultan imprescindibles.

Frente a ese escenario clásico, el presente recurso de amparo se singulariza por una circunstancia que no debe marginarse: en la lógica de la parte recurrente, la invocación de la prohibición constitucional de discriminación por razón de género tendería a operar *ad intra* del colectivo protegido. El reproche vertido habría nacido del diferente tratamiento jurídico que la ley del Estatuto de los Trabajadores (ET) otorga a distintas mujeres trabajadoras, y no ya a hombres frente a mujeres ante actos unilaterales igualmente extintivos; o, si se prefiere, la

lesión derivaría de la existencia de un régimen jurídico que diferencia la protección entre las mujeres embarazadas en la ruptura de la relación laboral en función de circunstancias contractuales.

Es este un escenario fáctico y jurídico de indiscutible repercusión social, dotado adicionalmente de una innegable novedad temática e interés constitucional al ofrecer la posibilidad de trazar, en estos supuestos de hecho, una diversa noción del mandato constitucional de parificación que, trascendiendo la concepción clásica de parificación *ad extra* con colectivos no relegados, en este caso varones, pasaría a desarrollarse a través de una parificación *ad intra*; esto es, mediante una exigencia de atribución de una idéntica tutela antidiscriminatoria dentro del colectivo protegido.

No obstante y para reconocer una conexión de constitucionalidad directa con el art. 14 CE en los supuestos de embarazo con extinción del contrato de trabajo en periodo de prueba, no es preciso activar esfuerzos adicionales de elaboración y redefinición de conceptos que, en nuestra jurisprudencia, cuentan con un dilatado arraigo. Para alcanzar ese resultado, bastará argumentar que, a diferencia de lo que sostuvieron en su día las tan citadas resoluciones de este Tribunal, las STC 92/2008 y 124/2009, y ahora sigue defendiendo la sentencia aprobada por el Pleno de este Tribunal de la que discrepo, el régimen tuitivo previsto en el ET en caso de despido de embarazadas (art. 55.5 ET), lejos de constituir un mero plus añadido por el legislador, es un imperativo constitucional *ex art. 14 CE*.

3. Estos pronunciamientos parten de la distinción entre tutela intencional y tutela objetiva de la discriminación, situando la primera en el contenido esencial del art. 14 CE y la segunda en una especie de contenido adicional – por manejar un concepto acuñado por la jurisprudencia constitucional en relación con otro derecho fundamental: la libertad sindical -, de creación legal, concluyendo, a partir de esta diferenciación y sin ofrecer la necesaria motivación, que la tutela antidiscriminatoria ante actos que lesionen objetivamente, sin voluntad o *animus* de relegación, el derecho fundamental implicado en estos escenarios discriminatorios ha de calificarse como diferente y de contenido menor o inferior a la tutela intencional.

Con independencia de cuál haya sido la concreción legislativa de la protección que nos ocupa, el art. 14 CE no sólo prohíbe los actos discriminatorios intencionales, que por lo general se acreditarán a través de la dinámica propia de la prueba indiciaria, sino también cualquier perjuicio objetivo contra el factor protegido por el derecho fundamental sustantivo. Nuestra

doctrina clásica, soslayada en la Sentencia del Pleno pese a ser reiterada y constante, creo que avala y ratifica ese punto de partida.

Según los precedentes que la Sentencia ahora discutida hace suyos, el embarazo goza, por decisión del legislador y a pesar del desconocimiento empresarial, de una protección antidiscriminatoria automática y objetiva frente a la extinción en los supuestos del art. 55 ET; pero solo en ellos. Por consiguiente, dicha protección no beneficia a los restantes supuestos extintivos reconducibles, en lo que aquí interesa señalar, al art. 14 ET, al no haberse consumado esa misma opción de política legislativa: la consagración del contenido adicional del art. 14 CE. La tesis alternativa que formulo, en cambio, postula que la regulación del art. 55 ET no es un plus infraconstitucional inspirado por el art. 14 CE; es, muy antes al contrario, la expresión o concreción de un imperativo de ese derecho fundamental. Una recalificación de la tutela antidiscriminatoria como la ahora defendida obliga a afirmar que el legislador, al limitar el alcance del art. 55 ET, ha dejado extramuros de su ámbito objetivo parte de los supuestos en los que la extinción del contrato de trabajo de las trabajadoras embarazadas ha de contar, por mandato directamente deducible del art. 14 CE, de una protección reforzada, entre los que se encuentra, precisamente, la extinción en período de prueba.

Por expresar mi tesis en otras palabras, los desistimientos contractuales decididos por el empresario durante el período de prueba, respecto de las mujeres embarazadas, disfrutan de una tutela directa, sin necesidad de una previa intermediación legislativa ya que aquella nace del contenido esencial del art. 14 CE.

4. Las premisas de toda vulneración del art. 14 CE son las dos siguientes: de un lado, la concurrencia del factor protegido (aquí, el embarazo como realidad biológica enlazada al género, según jurisprudencia constante de este Tribunal) y, de otro, la existencia de un perjuicio asociado (aquí, la extinción del contrato de trabajo).

Pese a la diferente naturaleza existente entre el despido causal y el desistimiento empresarial durante el periodo de prueba, una y otra premisa concurren en ambas modalidades extintivas. Los factores justificativos de una tutela antidiscriminatoria se dan por igual en las extinciones causales y en las no causales, existiendo pues tanto un equivalente imperativo de protección como una identidad del factor protegido en presencia. Los elementos de legalidad que adjetivan de modo distintivo cada instituto jurídico a contraste, al no lograr la dilución de la presencia de esta doble premisa, se encuentran

desprovistos, por tanto, de la necesaria entidad para articular una diferenciación en el tratamiento constitucional de la tutela antidiscriminatoria.

Frente a una conclusión como la expuesta, amparada en un enjuiciamiento constitucional, la Sentencia de la mayoría, dando validez a lo alegado por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en la resolución recurrida, señala que, “mientras que en el despido (tanto disciplinario como por causas objetivas) la ley exige requisitos de forma (por escrito y con expresión de la causa), cuyo incumplimiento acarrea la ilicitud de la decisión extintiva, (...) el desistimiento empresarial durante el periodo de prueba no queda sujeto a requisitos formales (pudiendo incluso ser verbal y sin exteriorización de la causa), pudiendo afirmarse que el periodo de prueba supone una clara atenuación del principio de prohibición de la libre extinción del contrato, si bien, como es obvio, esa facultad de desistimiento empresarial en el periodo de prueba (art. 14 ET) no es omnímoda para el empresario, pues en ningún caso podrá dar lugar a que se produzcan resultados inconstitucionales (SSTC 94/1984, de 16 de octubre, FJ 3 y 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 4)”. Como fundamento de la inexistencia de resultados inconstitucionales, se invocan los perfiles propios del periodo de prueba y las consiguientes diferencias entre los institutos laborales comparados. Y ante semejante argumentación, la pregunta que aflora es esta: ¿cuál es el soporte que consentiría el que esas peculiaridades de la prueba pudieran habilitar un distinto y menos intenso régimen de tutela antidiscriminatoria?. Es este, sin embargo, un interrogante al que no se responde. Seguramente, porque no hay razón que justifique constitucionalmente la conclusión alcanzada. O, por expresar la misma idea desde otro ángulo, por cuanto la única razón invocada queda instalada en un terreno ajeno a la Constitución; es decir, en rasgos de mera legalidad que, por muy objetivamente caracterizadores que sean de las instituciones laborales a contraste, no explican en clave constitucional una tutela dispar. Es precisamente ese giro en el vacío en el que queda atrapada la Sentencia mayoritaria, que termina pasando por alto la identidad de razón de la protección en los casos comparados.

Al reflexionar como lo hace, la Sentencia de la mayoría se apropia y hace suyas dos ideas que, en mi opinión, resultan de todo punto inaceptables desde una perspectiva constitucional. De un lado, asigna una menor protección a la embarazada en periodo de prueba, minusvalorando la vigencia de los derechos fundamentales precisamente en los escenarios contractuales de mayor precariedad laboral, tal y como sucede, precisamente y enunciada la idea en términos relacionales, con el periodo de prueba frente al régimen extintivo ordinario del contrato de trabajo. Es esta una lógica que carece de fundamento

constitucional, encarándose abiertamente con la jurisprudencia constitucional dictada en otras materias, bastando ahora traer a colación, para no razonar en el vacío, la relativa a la exclusión de los contratados temporales del ámbito del convenio colectivo (STC 136/1987, de 22 de julio, FJ 5). De otro, implica subestimar la concurrencia del factor biológico personal tutelado, reduciendo su relevancia constitucional en función de circunstancias ajenas al contenido esencial del derecho, como son los factores contractuales enunciados en la transcripción de la Sentencia que he realizado líneas atrás.

Por lo demás, el criterio mayoritario afluye en un efecto paradójico, de indefendible encaje constitucional: a pesar de que el acto legislativo no puede en modo alguno confinar el alcance de la cobertura constitucional, pues es ésta la que permite contradecir la validez de la norma infraconstitucional adoptada, en el caso enjuiciado se hace depender el ámbito de imputación de la tutela antidiscriminatoria de la intervención normativa decidida por el legislador ordinario. Desde esta perspectiva, la Sentencia de la mayoría, aunque se instale en la misma senda de los precedentes en que se apoya, aparece velada en su mirada; velada por una indagación de los contenidos propios del derecho fundamental desde el texto legal, siendo así que esa operación es incorrecta en general, y también inasumible *ad casum*, ya que la premisa de que la regulación infraconstitucional (art. 55 ET) no es expresión de un imperativo constitucional no aparece debidamente motivada.

Por toda argumentación, la Sentencia mayoritaria, al aludir a aquellos precedentes, razona afirmando que “la garantía frente al despido del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas no exige, necesariamente, un sistema de tutela objetiva como el previsto por el legislador en la Ley 39/1999. Serán posibles, desde esta perspectiva, otros sistemas de protección igualmente respetuosos con el art. 14 CE como, en particular, el que estaba en vigor en el momento de la reforma legal”. El interrogante que emerge y que no es dable eludir es, entonces, éste: ¿cuáles son los razonamientos jurídico-constitucionales que permiten concluir que otros diseños de protección menos intensos o, incluso, la no extensión o la supresión potencial del definido en el art. 55 ET son compatibles con el contenido esencial del art. 14 CE?. A pesar de plantear un escenario no por hipotético menos preocupante, la Sentencia de la que discrepo no ofrece respuesta alguna a este grueso interrogante, quedando así el alegato, dado su intenso tono apodíctico, desprovisto de toda fuerza persuasiva.

Razonado que en el desistimiento no causal del contrato de trabajo de las mujeres embarazadas durante el período de prueba el factor protegido está afectado en los mismos términos que en las extinciones causales o, mejor aún, se encuentra afectado, incluso, en mayor medida por existir una situación de mayor precariedad laboral, la segunda línea de razonamiento, como ya anticipé, se centra en el análisis de los tipos de lesión que puede sufrir un derecho fundamental; o, si se prefiere, en la tipología de actos lesivos.

En este orden de consideraciones, constituye reiterada doctrina constitucional afirmar que los derechos fundamentales pueden vulnerarse tanto por lesiones intencionales como por lesiones objetivas, no intencionales. Por decirlo en los términos, entre otras, de la STC 225/2001, de 26 de noviembre, la violación de derechos fundamentales "no queda supeditada a la concurrencia de dolo o culpa en la conducta del sujeto activo, a la indagación de factores psicológicos y subjetivos de arduo control. Este elemento intencional es irrelevante" (FJ4). Puede haber, por tanto, lesiones del derecho fundamental objetivas, aunque no haya ánimo de discriminar. El desconocimiento del embarazo, así, no es un elemento que, por sí mismo, excluya el reproche discriminatorio. Ni lo descarta en general, ni lo hace en el curso ordinario del contrato, en la fase precontractual o en el momento extintivo, como acontece en el ejercicio empresarial del desistimiento en período de prueba. Es esta una lógica derivación de la doctrina general sobre la lesión de derechos fundamentales.

Desde esta segunda premisa, tampoco se percibe diferencia alguna entre despido causal y cese en periodo de prueba. Ni de la CE ni de la jurisprudencia constitucional se infiere que ese criterio uniforme y estándar, que es el que define la doble tipología de lesiones, tenga excepciones, o en particular que pudiera integrarlas en actos no causales como los regulados en el art. 14 ET. Muy antes al contrario, pues este Tribunal ha afirmado con insistencia que los derechos fundamentales operan también frente a decisiones no causales del empresario (por todas, STC 74/2008, de 23 de junio, FJ 2; y, en particular sobre el periodo de prueba, entre otras SSTC 94/1984, de 16 de octubre, o 17/2007, de 12 de febrero).

No me parece de recibo que, existiendo una protección constitucional directa y generalizada para lesiones de derechos fundamentales, tanto intencionales como objetivas, pueda hacerse depender la que proceda frente a lesiones objetivas de un acto de intermediación legislativa. Es sencillamente un canon infundado e inconsistente, que se proyecta sin explicación solvente por la resolución mayoritaria a una realidad contractual

caracterizada por un especial desequilibrio y por la singular desprotección de la trabajadora en periodo de prueba; en una situación en la que el riesgo de discriminación acrece. La cobertura constitucional es única y se extiende sobre cualquier acto generador de un perjuicio al factor protegido, sea intencional o no. La fuente de la protección, concurriendo el factor, es la CE, de modo que carece de todo respaldo en nuestra doctrina, por tanto, el que en esta materia concreta, en la del desistimiento empresarial en periodo de prueba, se formule una excepción, afirmándose que el ámbito de imputación de la protección en casos de embarazo desconocido por el empresario dependerá del alcance de la regulación legal, sustituyendo así y sin justificación la cobertura ordinaria del art. 14 CE. No encuentro en el texto de la resolución aprobada una tesis razonable –ni irrazonable siquiera– que pueda dotar a esa conclusión de soporte argumental. Esta lógica, implícita en las SSTC 92/2008 y 124/2009, es contraria a nuestra reiterada elaboración sobre lesiones intencionales y objetivas, ambas prohibidas directamente por la CE, sean o no especificadas por la norma infraconstitucional.

5. A lo largo de las discusiones que precedieron a la aprobación de la sentencia de la que me aparto, propuse, sin éxito como puede advertirse, un *overruling* dirigido a enunciar una protección integral del embarazo frente a la extinción del contrato de trabajo. La única excepción a dicha protección, aplicable por igual a despidos, todos ellos basados en justa causa, y a desistimientos vendría dada por la verificación de una causa que desvincula el acto extintivo del factor protegido; esto es, por la concurrencia debidamente acreditada de una causa laboral que justifique el cese en periodo de prueba o de una causa disciplinaria que determine la procedencia del despido en los casos regulados en el art. 55 ET.

Con esta reconstrucción de nuestra doctrina, el canon utilizable en los supuestos de ceses contractuales de mujeres embarazadas no sería el del art. 24.1 reforzado con el art. 14 CE, como en la Sentencia de la mayoría acontece, sino el canon propio del derecho sustantivo. No me resisto a indicar que, en no pocas ocasiones, los planteamientos que encuadran la tutela en un esquema del art. 24.1 CE reforzado, pese a su apariencia tuitiva, no hacen sino desligar del derecho sustantivo la cobertura constitucional, introduciendo el riesgo latente de una minoración de la protección. La mera lectura del FJ 5 de la Sentencia aprobada así lo confirma. El uso recurrente de este canon, el reforzado del art. 24 CE, dota de un exceso de protagonismo a la intermediación judicial no reparadora frente a la

infracción del derecho sustantivo concernido, cuya vulneración originaria reside en el acto empresarial no anulado en el proceso. Parecen meros matices pero son cambios de fondo, decisivos para los derechos fundamentales, sobre todo cuando debo reconocer que comienzan a detectarse con preocupante continuidad.

Las claves del canon constitucional deberían de haber sido esta vez, por lo tanto, las propias del art. 14 CE: concurrencia del perjuicio, afectación del factor protegido a un miembro del colectivo tutelado, equiparación de la protección en todas las situaciones asimilables en el que aquel factor se presente y, en fin, generalización de una idéntica cobertura a lesiones objetivas o intencionales.

Concluyendo: es verdad que, como dejó escrito la STC 182/2005, de 4 de julio, el art. 14 CE no consagra la promoción de la maternidad o de la natalidad; pero no es menos verdad que sí excluye, como también recordaba ese pronunciamiento, toda distinción o trato peyorativo a la mujer en la relación laboral fundado en dichas circunstancias. Las determinaciones normativas, los actos empresariales o las interpretaciones que diferencien la tutela antidiscriminatoria entre situaciones que precisen, por razón de embarazo, la misma protección, serán, en suma, contrarias al art. 14 CE por imperativo constitucional. Solo así se asegura el contenido esencial del derecho en la máxima irradiación que exige una norma de sistema, como es la interdicción de discriminación, cuyos presupuestos conceptuales se entrelazan de manera inescindible con la noción de igualdad sustancial, al responder a un propósito de reequilibrio y superación en nuestro Estado social de Derecho de ciertos tratamientos peyorativos que sufren grupos o colectivos en razón de un elemento que los caracteriza, y cuya vulneración atenta contra los valores de la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes (art. 10 CE).

6. La presente Sentencia constitucional responde, así pues, a un concepto de las relaciones laborales que, con todo el respeto que me merece la decisión del Pleno del Tribunal, no se corresponde con mi concepción del modelo constitucional y democrático que las informa; lo que no sólo repercute esta vez en la efectividad de los derechos fundamentales, sino que, adicionalmente, puede incrementar la situación de precariedad laboral en la que se encuentran las trabajadoras embarazadas sometidas a un periodo de prueba.

A la luz del art. 14 CE, la estimación del recurso era la única respuesta posible. En consecuencia, debería haberse otorgado el amparo solicitado, declarando la nulidad de las resoluciones judiciales impugnadas, confirmatorias de la regularidad del desistimiento decidido por el empresario, y el derecho de la demandante a reincorporarse a su puesto de trabajo.

Madrid, a diez de octubre de dos mil trece.