

ARTICULO

14

UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

Boletín de Información
y Análisis Jurídico

NÚM. 37 • SEPTIEMBRE DE 2011

DOCTRINA

- Prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas.

LEGISLACIÓN

- Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas.
- Derecho de Extranjería: víctimas de violencia de género y víctimas de trata de seres humanos.
- Congreso de los Diputados. Voto personal por un procedimiento no presencial.
- Protocolo de actuación frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo en el ámbito en la Administración General del Estado.

JURISPRUDENCIA

- Legitimación de la Delegada Especial del Gobierno contra la violencia para la personación en causa de homicidio por violencia de género.
- Cesión al padre del disfrute del permiso de maternidad cuando la madre no sea trabajadora por cuenta ajena.
- Despido de trabajadora embarazada durante el período de prueba.
- Uniforme obligatorio de las trabajadoras. Discriminación por razón de sexo.



Instituto Andaluz de la Mujer

CONSEJERÍA PARA LA IGUALDAD Y BIENESTAR SOCIAL

ARTÍCULO 14

Junta de Andalucía Instituto Andaluz de la Mujer

Dirección:

Soledad Pérez Rodríguez

Coordinación:

Pilar Gutiérrez

Contenidos:

Área de Derecho Constitucional
de la Universidad de Málaga

Dirección Técnica:

M.ª Luisa Balaguer

Colaboran:

Antonio Javier Trujillo Pérez

Rafael Naranjo de la Cruz

M.ª del Mar Navas Sánchez

M.ª Dolores Cabello Fernández

Montserrat Reyes

*Se permite la reproducción parcial o total de sus textos siempre que se cite su procedencia.
Los artículos doctrinales y comentarios son colaboraciones cedidas a Boletín Jurídico "Artículo 14", que no se identifica necesariamente con las opiniones expresadas en los mismos.*

Edita:

Instituto Andaluz de la Mujer

C/ Doña María Coronel, 6

41071 Sevilla.

Tel.: 954 54 49 10

Fax: 954 54 49 11

Puede consultarse "Artículo 14" en:

[http://www.juntadeandalucia.es/
/institutodelamujer](http://www.juntadeandalucia.es/institutodelamujer)

Diseño y Maquetación:

Fotomecánica Magenta

Imprime:

Tecnographic

Dep. Legal:

SE-2460-01

ISSN:

1696-6988

Sumario:

PRESENTACIÓN

Soledad Pérez Rodríguez. Directora del Instituto Andaluz de la Mujer 3

DOCTRINA

Análisis de la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas y por la que se sustituye la decisión marco 2002/629/JAI del Consejo. Vanessa Casado Caballero. Máster en Género y Políticas Públicas de Igualdad. Profesora Asociada de Derecho Internacional Público en la Universidad Pablo Olavide de Sevilla. 4

LEGISLACIÓN

Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo. 19

Ley Orgánica 10/2011, de 27 de julio, de modificación de los artículos 31 bis y 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. 24

Reforma del Reglamento del Congreso de los Diputados por la que se modifican los artículos 79 y 82. 25

Protocolo de actuación frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo en el ámbito en la Administración General del Estado. Resolución de 28 de julio de 2011, de la Secretaría de Estado para la Función Pública, por la que se aprueba y publica el acuerdo de 27 de julio de 2011 de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado. 26

TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO EN LA LEGISLACIÓN 36

JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) 67/2011, de 16 de mayo de 2011, personación de la Delegada especial del Gobierno contra la violencia sobre la mujer en causa de homicidio por violencia de género. María Luisa Balaguer Callejón, Catedrática de Derecho Constitucional, Universidad de Málaga 40

Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 75/2011, de 19 de mayo de 2011, derecho a la igualdad y principios de protección social de la familia y de mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social que garantice prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad: validez del precepto legal que impide la cesión al padre del disfrute del permiso de maternidad cuando la madre no sea trabajadora por cuenta ajena. María Luisa Balaguer Callejón. 46

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), del 18 de Abril de 2011. Despido de trabajadora embarazada durante el período de prueba. María del Mar Navas Sánchez. Profesora Titular de Derecho Constitucional, Universidad de Málaga. 56

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), del 19 de Abril de 2011. Conflicto colectivo. Auxiliares de clínica. Uniforme obligatorio de las trabajadoras. Uso de falda y no uso de pantalón. Poder de dirección. Discriminación por razón de sexo. Derecho a la dignidad e intimidad. Seguridad e Higiene. María Dolores Cabello Fernández. Profesora Colaboradora de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga. 70

PRESENTACIÓN

La trata de seres humanos con fines de explotación constituye un grave atentado contra los derechos humanos, y es una manifestación extrema de la situación de desigualdad en la que se encuentran las mujeres en muchos lugares del mundo, es una clara expresión de la discriminación y violencia de género, cuyas víctimas son fundamentalmente las mujeres y las niñas, que están más desprotegidas y vulnerables, con mayores riesgos de explotación, pobreza, abuso, malos tratos, y exclusión social.

Dedicamos el presente número de Boletín Jurídico “Artículo 14”, a publicar y analizar la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo. Tiene por objeto, establecer las normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en el ámbito de la trata de seres humanos, e introducir disposiciones comunes, con perspectiva de género, para mejorar la prevención de este delito y la protección de las víctimas. En su considerando inicial dice “ *La trata de seres humanos es un delito grave, cometido a menudo dentro del marco de la delincuencia organizada, constituye una grave violación de los derechos humanos y está prohibida explícitamente por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Evitar y combatir la trata de seres humanos es una prioridad para la Unión y los Estados miembros*”.

También recogemos la Ley Orgánica 10/2011, de 27 de julio, de modificación de los artículos 31 bis y 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, concretamente el artículo 59 bis, respecto a las víctimas de trata de seres humanos la Ley pretende facilitar que éstas cooperen con las autoridades en la investigación e incriminación de quienes cometen esta clase de delitos.

Hay que destacar que se vienen dando importantes pasos para reforzar el marco jurídico que garantice la protección de los derechos de las víctimas de la trata de seres humanos con fines de explotación sexual. Sin embargo, a pesar de estos avances en la legislación, estamos ante una realidad oculta, de graves consecuencias, que exige una intervención con enfoque de género, multidisciplinar, y que la atención integral a las víctimas contemple su recuperación.

El I Plan Estratégico para la Igualdad de Mujeres y Hombres en Andalucía, 2010-2013, establece entre sus objetivos el de “Prevenir y atender a mujeres víctimas de explotación sexual y trata de seres humanos con fines de explotación sexual”, por ello, el Instituto Andaluz de la Mujer conforme a las funciones que tiene encomendadas, fomenta medidas dirigidas a los colectivos de mujeres con necesidades específicas, como son, mujeres prostituidas y víctimas del tráfico de personas con fines de explotación sexual, y cuenta con la importante colaboración de entidades andaluzas sin ánimo de lucro, especializadas, que vienen desarrollando una destacada labor en la prevención, atención e intervención con las víctimas.

Además, es fundamental seguir intensificando las estrategias de sensibilización social que contribuyan a la erradicación de todas las formas de discriminación y violencia de género.

Soledad Pérez Rodríguez
Directora del Instituto Andaluz de la Mujer

ANÁLISIS DE LA DIRECTIVA 2011/36/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 5 DE ABRIL DE 2011, RELATIVA A LA PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA LA TRATA DE SERES HUMANOS Y LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS Y POR LA QUE SE SUSTITUYE LA DECISIÓN MARCO 2002/629/JAI DEL CONSEJO

VANESSA CASADO CABALLERO

Máster en Género y Políticas Públicas de Igualdad

Profesora Asociada de Derecho Internacional Público en la Universidad Pablo Olavide de Sevilla

La trata de seres humanos y, en concreto, la trata con fines de explotación sexual constituye un serio problema en el seno de la Unión Europea, de la que ésta última representa, según algunos estudios, el 84% del total¹. Como categoría delictiva la trata aparece definida como un delito complejo en Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, conocido como Protocolo de Palermo que complementa a la Convención de Naciones Unidas sobre Delincuencia Organizada Transnacional². En este sentido el artículo 3 del mencionado instrumento jurídico establece que:

“Para los fines del presente Protocolo:

- a) Por “trata de personas” se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos;
- b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación que se tenga la intención de realizar descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado;
- c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará “trata de personas” incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo;

Por “niño” se entenderá toda persona menor de 18 años”.

En el mismo sentido se expresa el Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos³ en su artículo cuarto. Por lo demás, la reciente reforma de nuestro Código Penal ha recogido por primera vez el delito de trata de seres humanos en su nuevo Título VII bis y en concreto, en su artículo 177 bis, siguiendo la definición establecida en el conocido Protocolo de Palermo y corrigiendo el error de nuestro anterior texto en el que confundían el tráfico de inmigrantes con la trata de seres humanos⁴.

Se puede decir que la trata y en concreto la trata con fines de explotación sexual, constituye junto a la prostitución forzada, una manifestación de la violencia de género tal y como indica el artículo 2.b de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer⁵.

Más allá de las definiciones legales, la trata y, en particular, la trata con fines de explotación sexual, identifica una realidad en la que millones de personas en el mundo, especialmente mujeres, niñas y niños, son sometidas/os a nuevas formas de esclavitud a través de la servidumbre, los servicios forzados, la prostitución o cualquier otra forma de explotación sexual como los espectáculos eróticos o la industria pornográfica.

En el ámbito regional europeo, entendiendo por tal no sólo al compuesto por los 27 Estados partes de la Unión Europea sino a la totalidad de los 47 países que forman parte del Consejo de Europa, y especialmente aquellos

¹ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Trata de Personas hacia Europa con Fines de Explotación Sexual.

² Convención de Naciones Unidas sobre Delincuencia Organizada Transnacional adoptada en Palermo en el año 2.000. La misma se complementa con el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones contra la Delincuencia Organizada Transnacional y Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire así como el Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones.

³ Convenio nº 197 del Consejo de Europa, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005. , el mismo fue firmado por España el día 9 de Julio de 2.008 y ratificado el día 23 de febrero de 2.009.

DOCTRINA

que se encuentran en una situación económica menos aventajada, como Rumania, Bulgaria o Ucrania constituyen en muchos casos el punto de partida de las víctimas de trata con fines de explotación sexual que tienen como destino algunos de los países más desarrollados de esta área geográfica, como Alemania, Italia o nuestro propio país, que pasó de ser uno de los estados de tránsito de la trata con fines de explotación sexual al resto de Europa, a convertirse en uno de los principales lugares de destino de la misma en la década de los 90, coincidiendo con la despenalización del denominado proxenetismo no forzado en nuestro código penal durante algunos años. Despenalización ésta que convirtió al tradicionalmente conocido como “chulo” o proxeneta en “empresario del sexo” y que cambió de forma radical el perfil tradicional y general de la prostitución en España y la mujer en situación de prostitución pasó de ser fundamentalmente nacional, en situación de exclusión social a ser principalmente extranjera, debido al enorme incremento de la actividad de las redes de trata con fines de explotación sexual en nuestro país a partir de ese momento entre otras cosas.

A pesar de que las cifras de la trata son bastante desconocidas debido a lo oculto del fenómeno, algunos estudios estiman que en el mundo más de 4 millones de mujeres son vendidas anualmente para cualquiera de estos tres fines: prostitución, esclavitud o matrimonio, y que dos millones de niñas son introducidas en el comercio sexual. En concreto se estima que en relación a las víctimas de trata: el 43% es explotada sexualmente, el 32% es explotación laboral y un 25% sufre una mezcla de ambos tipos⁶. También se estima que Europa unas 140.000 de mujeres, aunque otras fuentes señalan cifras mucho más elevadas, son explotadas mediante el empleo de la violencia o la amenaza de ésta contra las mismas o contra sus familiares, la vigilancia y el encierro, las deudas, la retención del pasaporte, promesas realizadas por novios farsantes, ritos de vudú o abuso de una situación de vulnerabilidad⁷. La mayor parte de las víctimas de trata no denuncian su situación por diferentes motivos como el miedo, la falta de recursos reales, el desconocimiento de las instituciones y de sus propios derechos, etc.

Ante este panorama, los esfuerzos de la Unión Europea por enfrentarse a la trata, se han realizado con carácter general desde un triple enfoque, ya que por una parte su acción se ha centrado en la protección específica de los grupos más vulnerables, como mujeres y menores, por otro se han establecido mecanismos de refuerzo de la cooperación y la coordinación entre las autoridades policiales y judiciales de los Estados miembros y finalmente, se han establecido directrices con la finalidad de introducir un marco común de disposiciones relativas a la tipificación del delito de trata de seres humanos, el régimen de sanciones o las circunstancias agravantes. Al mismo tiempo y a través de la Decisión de la Comisión 2007/675/EC de 17 de octubre, se decidió crear un grupo de personas expertas en la trata de seres humanos compuesto por personal de las administraciones de los Estados miembros, profesionales con un papel activo en la lucha contra la trata tanto del sector intergubernamental como internacional y no gubernamental, socios/as del ámbito de lo social y asociaciones de empresarios/as que operan a nivel europeo, personal de Europol y expertos/as de las universidades públicas y privadas a nivel europeo, para trabajar en la cuestión.

En lo relativo a las directrices, resulta necesario destacar entre otras:

La Acción Común de 21 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva.

La Decisión marco del Consejo de 15 de marzo de 2001 relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal.

La Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos.

La Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares que complementaba otros instrumentos adoptados con el fin de combatir entre otras cuestiones la trata de seres humanos y la explotación sexual de menores.

⁴ La confusión entre el delito de trata y el de tráfico parece venir dada por la propia denominación de ambas categorías delictivas en inglés: “smuggling” para el tráfico de inmigrantes y “trafficking” para la trata de seres humanos. Ambos tipos delictivos pueden confluír pero existen elementos diferenciadores. Un buen catálogo de los mismos aparece en la página web de Cáritas, que indica las siguientes diferencias entre uno y otro:

- En el caso del tráfico ilícito de migrantes el sujeto pasivo (víctima) es el Estado, por cuanto se han burlado sus controles migratorios y la persona en el caso del tráfico agravado.
- En el delito de trata de personas el sujeto pasivo (la víctima) es siempre la persona.
- El bien jurídico tutelado es bien diverso en ambos casos. Mientras que en el delito de tráfico ilícito de migrantes se tutela la soberanía del Estado, por cuanto se han violado sus disposiciones relativas a los requisitos necesarios para ingresar o salir de su territorio, en el caso de la trata de personas estamos en presencia de un bien jurídico diverso. El bien jurídico protegido de la trata de personas variará según los casos, pero en general será: a) la vida; b) la libertad, implícita en la prohibición de la esclavitud y la servidumbre, comprendida la libertad sexual; y c) la dignidad y la integridad física, sexual, emocional, psíquica.
- El momento de la consumación de los delitos también es diverso. En el caso del tráfico ilícito de migrantes, la consumación se da cuando la persona migrante es ingresada o egresada del territorio de manera irregular. Para el delito de trata de personas, la consumación se da cuando se lesiona el bien jurídico tutelado y se prolonga en el tiempo en que dure esta lesión.
- El delito de tráfico ilícito de migrantes es un delito instantáneo, por cuanto se da en el momento en que se consuma el cruce irregular de fronteras. El delito de trata de personas es un delito permanente que subsiste mientras dure la explotación.
- El ámbito espacial también es diferente en ambos casos. En el tráfico ilícito de migrantes su ámbito necesariamente es internacional, la trata puede darse tanto a nivel internacional como nacional entre regiones, ciudades o departamentos de un mismo Estado.

⁵ Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer aprobada por Naciones Unidas, mediante Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993 Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993

⁶ Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA), Informe de septiembre de 2000.

⁷ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Trata de Personas hacia Europa con Fines de Explotación Sexual.

DOCTRINA

La Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos.

La Directiva 2004/81/CE del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes.

La Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular.

Y la Directiva 2011/36 viene a sustituir con la antigua Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo, objeto de análisis en este artículo.

En este sentido la Directiva 2011/36 viene a sustituir a la antigua Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo y su implementación a nivel nacional debe realizarse antes del 6 de abril de 2011 en base a lo establecido en el propio artículo 22 de su texto.

Se puede decir que la misma surge debido a la detección de una serie de puntos débiles dentro del marco de estrategias emprendidas por la Unión Europea en la lucha contra la trata de seres humanos, como la necesidad de establecer indicadores generales comunes para la identificación de las víctimas y de reforzar la cooperación transfronteriza en la persecución de este tipo delictivo, que suele conllevar la existencia de una red organizada de delincuencia transnacional y la importancia de incrementar la colaboración con las organizaciones no gubernamentales que trabajan con víctimas de este delito.

La misma enlaza, por lo tanto, con lo dispuesto en el artículo 82 del **Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea** respecto de la cooperación judicial en materia penal de los Estados miembros, así como con lo dispuesto en el artículo 83 apartados 1 y 2, en lo referente a la posibilidad de articular mediante Directivas, normas mínimas, relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones, en aquellos ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza, derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes. Al mismo tiempo, la Directiva está en sintonía con lo dispuesto en el artículo 5 de la **Carta de los Derechos Fundamentales Unión Europea** que prohíbe la esclavitud y el trabajo forzado y en concreto en su párrafo 3, veta la trata de seres humanos.

En cuanto a la estructura de la Directiva se puede decir que la misma se compone de 25 artículos en los que se establece fundamentalmente una serie de normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las penas en el ámbito de la trata de seres humanos, sí como una serie de disposiciones relativas a la prevención del delito de trata y a la protección de las víctimas del mismo. Además en el articulado también se puede identificar otro tipo de disposiciones relativas a cuestiones relacionadas con la competencia jurisdiccional de los órganos judiciales y a cuestiones de coordinación, control y evaluación.

En el preámbulo de la Directiva se menciona que la misma se inserta en una acción mundial contra la trata de seres humanos. Al respecto, la propia Organización de Naciones Unidas ha establecido que *“el problema de la trata de personas, ya sea a nivel nacional o local, sólo puede abordarse eficazmente si se aplican estrategias globales basadas en los derechos humanos que tengan en cuenta el carácter transnacional del problema, las numerosas actividades delictivas asociadas, la frecuente participación de grupos delictivos organizados y el enorme dolor, miedo y perjuicio que padecen las víctimas”*⁸. La Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa ya mantenía en su **Plan de Acción del año 2003**⁹ que un enfoque global de la lucha contra la trata de personas debía tener por fin principal el enjuiciamiento de quienes cometen este delito, así como la articulación de una serie de medidas preventivas eficaces y de asistencia a las víctimas. Y por ello ya desde finales de los años 90 organismos especializados de Naciones Unidas e investigaciones al respecto proponen un enfoque y abordaje global de esta problemática. En este sentido el preámbulo de la Directiva menciona la necesidad de tener en consideración el enfoque transnacional del problema y la necesidad de adoptar medidas más allá de los países de destino, fundamentalmente de la propia Unión Europea tal y como se puso de relevancia en el «Documento orientado a la acción sobre la intensificación de la dimensión exterior de la Unión en materia de actuación contra la trata de seres humanos: Hacia una acción mundial de la UE contra la trata de seres humanos» adoptado por el Consejo el 30 de noviembre de 2009.

El preámbulo indica que se tendrá en cuenta la perspectiva de género en el abordaje de la trata, sin embargo en la versión española del documento, se hace referencia a la especificidad del fenómeno de la trata en función del

⁸ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Manual para la Lucha contra la Trata de Personas, Programa Mundial contra la Trata de Personas, Nueva York, 2.007.

⁹ Decisión N° 557, Plan de Acción de la OSCE contra la Trata de Personas, 24 de julio de 2003.

DOCTRINA

“sexo”, con las diferencias conceptuales existentes entre uno y otro término. La versión española de nuevo recoge de forma errónea la expresión género, al establecer que se tendrá en consideración la necesidad de adoptar medidas específicas en función del “sexo” o en relación a determinados factores que implican una mayor vulnerabilidad de las víctimas. Sin embargo, más adelante, si se realiza una traducción correcta en el párrafo dedicado a hablar de la necesaria adopción de medidas para disuadir y disminuir la demanda, que estimula todas las formas de explotación, así como medidas destinadas a reducir el riesgo de trata, teniendo en cuenta las especificidades relacionadas con el “género” o los derechos de las personas menores. Resulta cuanto menos llamativo que a pesar de estar incorporado plenamente al lenguaje, aunque no exento de debates muchas veces superfluos, el término género resulte de tan difícil traducción en nuestros documentos oficiales.

El preámbulo de la Directiva realiza posteriormente un breve análisis del compromiso de la Unión Europea con la erradicación y la prevención de la trata, mencionando parte de los instrumentos adoptados a tal efecto e incidiendo precisamente, en aquellas cuestiones que deben ser objeto de desarrollo en las nuevas acciones emprendidas por parte de la Unión y que en parte son el objeto de esta Directiva: elaboración de indicadores generales comunes de la Unión para la identificación de las víctimas de la trata de seres humanos, la cooperación policial entre los estados miembros, la facilitación de las investigaciones y de las actuaciones judiciales en los casos de trata de seres humanos a través de órganos como Europol y Eurojust, la creación de equipos conjuntos de investigación y la aplicación de la **Decisión marco 2009/948/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009**, sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales y el fomento por parte de los Estados de la colaboración con las organizaciones de la sociedad civil que realicen una labor reconocida en la asistencia a víctimas de trata, el fomento de la coordinación entre las organizaciones internacionales con competencias en relación con la acción contra la trata de seres humanos con el fin de evitar la duplicación de trabajos, la aproximación e incremento de las penas, siguiendo lo dispuesto en las **conclusiones del Consejo de los días 24 y 25 de abril de 2002** sobre el enfoque que debe seguirse para la aproximación de las penas y especialmente cuando el delito de trata es cometido contra personas especialmente vulnerables.

Debido a que la Directiva parte de un enfoque global y de derechos humanos también destaca en su preámbulo la **Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004**, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal y que cooperen con las autoridades competentes. Esta última en el caso de España se incorpora en el artículo 59 de la **Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social** según su nueva redacción dada por la **Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre**. El preámbulo también hace mención de la **Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009**, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular, adoptada entre otras cosas, para establecer sanciones más disuasorias a quienes empleen ilegalmente a un número considerable de personas extranjeras de forma reiterada si las mismas han sido objeto de trata y el empleador es consciente de ello. Respecto de ésta última resulta llamativo, además de los múltiples requisitos para que se considere al empleador como sujeto activo de una infracción sujeta a una sanción más o menos importante, el hecho de su propio texto exprese que no tiene la intención de crear obligaciones respecto de la aplicación de dichas sanciones o cualesquiera otros sistemas disponibles para hacer cumplir la legislación en casos individuales, a pesar de que en el mismo se indique que los delitos deban castigarse con sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias.

El preámbulo también destaca que la presente Directiva debe entenderse sin perjuicio del principio de no devolución con arreglo a la **Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados** y de conformidad con lo establecido en la **Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea** cuyos artículos 4 y 19.2, respectivamente prohíben la tortura y los tratos o penas inhumanos, crueles o degradantes e inciden en el principio de no devolución en el mismo sentido que la Convención de Ginebra. Al respecto conviene recordar que especialmente en la última década, aunque existen precedentes anteriores, existen unas directrices muy claras sobre la protección internacional en los supuestos de persecución **por motivos de género en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967**, considerándose la trata de personas para la prostitución o explotación sexual forzada como una forma de persecución, puesto que implican una forma de violencia o abuso por motivos de género que puede llevar incluso a la muerte. La misma puede en ocasiones considerarse como tortura y trato cruel, inhumano o degradante, ya que las mujeres y las/os menores víctimas de la trata pueden sufrir serias repercusiones después de la huida y/o una vez retornados, tales como represalias por parte de los individuos o redes de traficantes, la probabilidad real de volver a ser objeto de la trata de personas, grave ostracismo por parte de la comunidad y la familia o discriminación severa¹⁰.

DOCTRINA

En la introducción se indica igualmente que el concepto de trata manejado por la presente Directiva es más amplio que el de la anterior **Decisión marco 2002/629/JAI**, ya que ésta última se centraba en la a trata de seres humanos con fines de explotación laboral o sexual y hacía referencia al trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o la servidumbre, o con el fin de explotar la prostitución ajena o ejercer otras formas de explotación sexual, incluida la pornografía. La nueva Directiva está sin embargo más en sintonía con la definición proporcionada por el Protocolo de Palermo y por lo tanto incluye además de los anteriores actos, tal y como desarrolla en su artículo 2.3 y menciona en su introducción, la explotación de la mendicidad cuando concurren todos los elementos del trabajo o servicio forzoso, o cuando se produce sobre una persona menor, la explotación para realizar actividades delictivas como el carterismo, hurtos en comercios, tráfico de estupefacientes y otras actividades similares que están castigadas con penas e implican una ganancia económica, la extracción de órganos, la adopción ilegal o los matrimonios forzados. Por lo demás, el segundo párrafo del artículo 2 que establece que clarifica aquello que hemos de considerar como estar sometido/a a una situación de vulnerabilidad, como aquella en la que se puede encontrar una persona cuando la misma no tiene más alternativa real o aceptable que someterse al abuso, lo que puede ayudar a clarificar el sentido de la misma expresión empleada en el artículo 177 bis apartado 1 y apartado 4 letra c) del Código Penal, cuando hace alusión al abuso de esta situación dentro de la definición del delito de trata de seres humanos.

En cuanto a la estructura de su articulado, además del artículo primero encargado de definir el objeto y el segundo, que expresa la nueva definición de trata adoptada en este instrumento, ambos ya mencionados con anterioridad, el mismo podría agruparse en los seis siguientes bloques:

Preceptos que establecen normas mínimas en relación a las infracciones y sanciones: artículos 1 a 8.

Disposiciones relativas a la investigación y enjuiciamiento del delito de trata por parte de los Estados: artículos 9 y 10.

Disposiciones relativas a la asistencia y apoyo a las víctimas de trata de seres humanos: artículos 11, 13, 14, 16 y 17.

Disposiciones comunes en materia de protección a las víctimas: artículos 12 y 15.

Disposiciones comunes en materia preventiva: artículo 18.

Medidas de control, evaluación y coordinación: artículos 19, 20 y 23.

En cuanto a los preceptos que establecen **normas mínimas en relación a las infracciones y sanciones**, el artículo tercero refiere simplemente la obligación estatal de considerar como actos punibles la inducción, la complicidad o la tentativa para cometer un delito de trata de seres humanos. Esta opción ha sido recogida por ejemplo nuestro Estado en la reciente reforma del Código Penal cuyo artículo 177 bis apartado 8 castiga la provocación, la conspiración y la proposición.

El artículo 4 de la Directiva señala dos límites máximos, cinco y diez años para el delito de trata y a su vez menciona una agravante en función de la identidad del sujeto activo del mismo. En este sentido el mencionado precepto establece en su primer apartado que los Estados deben castigar el delito de trata con una pena privativa de libertad no superior a cinco años, que no obstante puede convertirse en una pena de prisión con un límite máximo de diez años en aquellos supuestos en los que la víctima del delito sea especialmente vulnerable, por ejemplo en el caso de menores de edad o cuando el delito se haya cometido por una organización delictiva dedicada a la delincuencia organizada, se haya puesto en peligro grave de forma deliberada o por grave negligencia la vida de la víctima, o bien cuando se haya empleado violencia grave o causado a la víctima daños particularmente graves. Por su parte, el apartado tercero del presente artículo establece que se debe considerar como circunstancia agravante el hecho de que el delito de trata se cometa por parte de funcionario público en ejercicio de sus funciones. Finalmente el apartado cuarto establece que en los supuestos de inducción, complicidad o tentativa para cometer el delito de trata, los Estados deben tipificar las infracciones con penas efectivas, proporcionadas y disuasorias que además puedan dar lugar a entrega.

Del artículo llama poderosamente la atención, en primer lugar, la benevolencia con la que se señala un límite máximo de cinco años y excepcionalmente de diez, para un delito que atenta contra derechos tan fundamentales del ser humano como la dignidad, la salud, la vida o la libertad, sólo por mencionar algunos, pero en realidad debemos tener en cuenta que el delito de trata se aplica en concurso con aquellos otros que se pudieran estar cometiendo contra la víctima con ocasión del propio delito de trata, así por ejemplo la prostitución forzada, la detención ilegal, el delito o la falta de lesiones, las agresiones sexuales y los abusos, etc.... En este sentido el Código Penal español en su última reforma señala en el apartado primero del artículo 177 bis una pena de

¹⁰ Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, DIRECTRICES SOBRE PROTECCIÓN INTERNACIONAL: La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967, HCR/GIP/02/01, 7 de mayo de 2002.

DOCTRINA

prisión de entre cinco y ocho años para quienes cometan delito de trata en territorio Español, en tránsito o con destino a nuestro país, recogiendo en su párrafo cuarto, la imposición de la pena superior en grado a la mencionada en los supuestos especificados en el párrafo segundo del artículo cuarto de la Directiva como de especial gravedad punibles con un máximo de diez años, y quedándonos por lo tanto por debajo de ese límite, además de especificar que si concurría más de una circunstancia, la pena se ha de imponer en su mitad superior. Nuestro Código Penal también recoge en el artículo 177 bis apartado quinto, la posibilidad de que el delito sea cometido por funcionario público, en cuyo caso establece que se ha de imponer la pena superior en grado a la prevista, además de la inhabilitación absoluta de seis a doce años, añadiendo la posibilidad de que cuando el delito sea cometido por una organización delictiva se imponga la pena superior en grado a la prevista así como la de inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, todo ello sin perjuicio, como se señala en el párrafo noveno de que se impongan aquellas otras penas correspondan, en su caso, por el delito de tráfico de inmigrantes y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación.

Por otra parte y en relación a este artículo 4 de la Directiva no resulta difícil pensar en aquellas circunstancias que con ocasión del delito de trata, pueden causar un grave perjuicio sobre la salud de la víctima e incluso poner en riesgo su vida, ya se cometa o no por una organización delictiva y se emplee o no la fuerza o la violencia para alcanzar el propósito deseado. En este sentido y sólo por señalar un ejemplo práctico, son numerosas las organizaciones que han puesto de manifiesto la especial violencia y los nefastos resultados de la trata de mujeres con fines de explotación sexual procedentes del África Sub-Sahariana, que realizan un trayecto hasta Europa que puede durar años y para el que a veces abandonan por ejemplo Nigeria siendo niñas para llegar a nuestras costas siendo ya mayores de edad, emprendiendo un viaje en el que son vendidas en más de una ocasión, violadas, agredidas física y psicológicamente, privadas de su libertad deambulatoria y sometidas a condiciones de subsistencia infrahumanas.

En cuanto a los artículos 5 y 6 de la Directiva, se puede decir que los mismos representan una de las novedades más interesantes del derecho internacional en los últimos años, puesto que recoge la obligación de los Estados de sancionar también penalmente, si quiera con multas de tipo penal, a las personas jurídicas cuando el delito de trata se cometa en beneficio de las mismas, ya sea por acción u omisión, es decir, tanto si en la actividad delictiva ha participado una persona a título individual o como parte de un órgano de la persona jurídica en cuestión que ostente un cargo directivo en la misma basado en un poder de representación de dicha persona jurídica, una autoridad para tomar decisiones en nombre de ésta o una autoridad para ejercer control o bien cuando, como si la autoría del delito se debe a la falta de supervisión o control por parte de las mismas. El artículo quinto deja en manos de los Estados la definición de aquello que haya de considerarse persona jurídica y exceptiona a los propios Estados, a los organismos públicos en el ejercicio de su potestad pública y a las organizaciones internacionales públicas de tal consideración.

El artículo 6 incluye dentro del abanico de sanciones, que en todo caso han de ser efectivas, proporcionadas y disuasorias, las multas de carácter penal o de otro tipo, la exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas, la inhabilitación temporal o permanente para el ejercicio de actividades comerciales, el sometimiento a vigilancia judicial la disolución judicial y el cierre temporal o definitivo de los establecimientos utilizados para cometer la infracción.

Por su parte el artículo 7 de la Directiva introduce la obligación de los Estados de incluir entre las medidas a adoptar el embargo y el decomiso de los instrumentos y productos de las infracciones cometidas con objeto del delito de trata de seres humanos.

Respecto de lo anteriormente señalado conviene recordar que si bien la responsabilidad en materia civil de las personas jurídicas que participan de alguna manera en un ilícito penal, ya cuenta una trayectoria histórica innegable en el mundo del derecho, la posibilidad de considerar penalmente responsable a las personas jurídicas por la comisión de ilícitos es menos pacífica y parece que fundamentalmente las teorías se apoyan en la responsabilidad penal derivada de la comisión del ilícito por parte de una persona natural que ostenta algún cargo representativo en la misma. Así por ejemplo, en marzo del presente año, John Ruggie, Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas en materia de Corporaciones transnacionales y otras empresas, elaboró una guía de principios sobre empresas y derechos humanos¹¹ que trataba de establecer un marco relativo a la responsabilidad de las mismas en la comisión de vulneraciones de derechos fundamentales y que ha originado uno de los más interesantes debates en los últimos tiempos sobre la posibilidad de considerar responsables penalmente a las entidades o personas jurídicas por la comisión de este tipo de delitos.

¹¹ HUMAN RIGHTS COUNCIL, Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework, A/HRC/17/31, 21 de Marzo de 2.011.

DOCTRINA

En cualquier caso, el Código Penal español se ha hecho eco de esta posibilidad y en su última reforma ha incorporado un artículo 31 bis que establece que en los supuestos expresamente previstos en el Código Penal, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho. Añadiendo que en los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas anteriormente mencionadas, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso. Es más, según prosigue el artículo 31 bis en sus párrafos 2 y 3, la responsabilidad penal de las personas jurídicas es exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella y la concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En los supuestos de trata de seres humanos, el artículo 177 bis apartado 7 de nuestro Código Penal incluye expresamente la posibilidad de considerar responsables penalmente a las personas jurídicas a las que se les impondrá la pena de multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido y en su caso las penas previstas en las letras b) a g) del apartado séptimo del artículo 33, en su redacción dada por la **Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio**, que incorpora las señaladas en el artículo 6 de la Directiva objeto de análisis, así como otras, pero sin incluir el decomiso y el embargo para cuya aplicación debemos acudir al artículo 127 del Código Penal, fruto de la transposición en nuestro derecho interno de la **Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito**.

El artículo 8 de la Directiva introduce la posible exención de responsabilidad penal de aquellas víctimas de trata por su participación en actividades ilícitas, cuando las mismas se hayan visto obligadas a cometer estos delitos como consecuencia directa de haber sido objeto de trata. En este sentido nuestro Código Penal recoge esta posibilidad en el apartado 11 del artículo 177 bis, si bien añadiendo que para ello debe existir en derecho español una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado. Respecto a éste requisito de proporcionalidad se debe decir que crea una notable incertidumbre para quienes nos dedicamos al asesoramiento jurídico de víctimas de trata, puesto que no es inusual encontrar a personas que en el transcurso de su explotación se han visto obligadas a cometer, entre otras, infracciones como la estancia irregular en el país de destino, o delitos tales como la falsedad documental, la participación en el tráfico de estupefacientes y de consecuencia la comisión de un delito de atentado contra la salud pública, muchas veces para aliviar o mejorar su situación o por verdadero temor a lo que pudiera ocurrirles en caso de negarse, ante lo coactivo de las circunstancias en las que estas víctimas suelen vivir. La adecuación de la proporcionalidad entre la situación vivida por la persona sometida a trata y el delito cometido por la misma depende del criterio de quien juzgue su caso en cuestión, por lo que la exención de la responsabilidad no está siempre y nunca a priori garantizada. En lo referente a las **disposiciones relativas a la investigación y enjuiciamiento del delito de trata** por parte de los Estados, el artículo 9 de la Directiva establece que los Estados deben garantizar que la investigación o el enjuiciamiento en los supuestos de trata de seres humanos no dependan de la deposición o denuncia por parte de la víctima y que el eventual proceso penal, pueda seguir su curso en el supuesto de que la misma se aparte del procedimiento retirando su declaración y para ello los Estados deben adoptar las medidas necesarias para garantizar que las personas, unidades o servicios responsables de la investigación o del enjuiciamiento de este tipo delictivo, reciban la formación adecuada y cuenten con instrumentos de investigación eficaces, tales como los que se utilizan contra la delincuencia organizada y en otros casos de delincuencia grave. En su apartado segundo, el artículo 9 introduce una cuestión importante en materia de prescripción delictiva cuando la trata se ha cometido sobre una persona menor de edad, señalando que los Estados deben adoptar las medidas necesarias para que, cuando así lo exija la naturaleza del acto, se pueda enjuiciar el delito durante un período de tiempo suficiente después de que la víctima haya alcanzado la mayoría de edad. En cuanto a esta última cuestión y a pesar de las mejoras introducidas en la reciente modificación del Código Penal en su artículo 131, los únicos delitos imprescriptibles en nuestra legislación son los de lesa humanidad, de genocidio y los cometidos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado y en este supuesto y dado que la pena máxima señalada para el delito de trata es según el artículo 177 bis de ocho años de prisión, la prescripción se produce a priori a los 10 años.

Respecto a la formación específica y a la dotación de medios suficientes a las/os profesionales con una especial

DOCTRINA

implicación en los supuestos de trata, parece que tras el lanzamiento del Plan Integral de Lucha contra la Trata con Fines de Explotación Sexual, se han impulsado las actividades de formación y sensibilización en el ámbito judicial y penal pero aún resultan insuficientes. Por otra parte y en cuanto a los medios técnicos resulta relevante que tan solo sea recientemente cuando se haya creado una base de datos específica para los delitos de trata, que sin duda puede facilitar la labor de quienes se dedican a la persecución, prevención y estudio de esta actividad delictiva.

Finalmente, la Directiva señala en su artículo 10 cuestiones relativas a la competencia de los Estados miembros, señalando que los mismos deben adoptar las medidas necesarias para establecer su competencia en materia de la trata de seres humanos cuando la infracción se haya cometido, total o parcialmente, en su territorio, o bien el autor de la infracción sea uno de sus nacionales. Según prosigue el artículo en su segundo apartado, en aquellos supuestos en los que un Estado decida ampliar su competencia al respecto porque la infracción se haya cometido contra uno de sus nacionales o una persona que tenga su residencia habitual en su territorio, la misma se haya cometido en beneficio de una persona jurídica establecida en el mismo, o bien el autor de la infracción tenga su residencia habitual en ese Estado en cuestión, debe informar a la Comisión. Finalmente el artículo añade en su apartado tercero que en cuanto al enjuiciamiento del delito de trata fuera del territorio del Estado miembro de que se trate, cada Estado miembro debe adoptar, para los casos a los que el autor sea nacional del mismo, y podrá adoptar, para los supuestos mencionados con anterioridad, las medidas necesarias para garantizar que su competencia no esté supeditada a que los hechos constituyen una infracción penal en el lugar donde se llevaron a cabo, o a que la acción judicial solo pueda iniciarse tras la presentación de una deposición por parte de la víctima en el lugar donde se cometió la infracción, o de una denuncia del Estado del lugar en cuyo territorio se cometió la infracción.

Respecto de las **disposiciones relativas a la asistencia y apoyo a las víctimas de trata de seres humanos**, un análisis pormenorizado de las mismas excedería con mucho la finalidad de este artículo, debido a que para garantizar la efectividad de éstas, el compromiso por parte de los Estados miembros desborda la mera modificación legal, e implica además una dotación de medios económicos importantes y una formación y sensibilización efectiva de quienes deben identificar a las posibles víctimas de trata y asistirles. Por otra parte, las medidas de asistencia y apoyo aproximan aún más esta cuestión al ámbito de los derechos humanos, pero es innegable que aunque muchos Estados parten de este enfoque a la hora de elaborar políticas para prevenir y erradicar la trata, cuestiones administrativas como las relativas a la legalidad o ilegalidad de la residencia de la víctima en el territorio de los Estados miembros, hacen que la primera perspectiva se vea muchas veces limitada, obstaculizada e incluso desplazada por la legislación en materia de extranjería y por las políticas de control de fronteras y de flujos migratorios no sólo a nivel nacional sino a nivel comunitario.

En este sentido, el artículo 11 de la Directiva establece claramente en su párrafo primero que los Estados deben adoptar las medidas necesarias para garantizar la asistencia y el apoyo a las víctimas antes, durante y por un período de tiempo adecuado después de la conclusión del proceso penal, a fin de que puedan ejercer los derechos establecidos en la **Decisión marco 2001/220/JAI relativa al estatuto de la víctima en el derecho penal** y en la Directiva objeto de análisis en este artículo. De estos dos instrumentos legales se pueden destacar entre otros: el derecho al respeto a su dignidad personal y al reconocimiento de sus derechos e intereses legítimos en particular en el marco del proceso penal, derecho a un trato específico para las víctimas especialmente vulnerables, derecho de ser oída durante las actuaciones y de facilitar elementos de prueba, derecho a tener acceso desde el primer contacto con las fuerzas policiales a toda la información relevante para la protección de sus intereses, garantías de comunicación a lo largo del proceso penal, derecho, en su caso, a la asistencia jurídica gratuita, así como a que le sean reembolsados los gastos que le haya ocasionado su participación legítima en el proceso penal, derecho a la protección, a la indemnización y a la posible mediación en el marco del proceso penal, y derecho a que en el supuesto de encontrarse en un Estado miembro diverso de aquel en el que se haya cometido la infracción, los países velen porque las autoridades competentes estén en condiciones de tomar las medidas necesarias para paliar las dificultades derivadas de este hecho.

En los apartados segundo y cuarto, el artículo 11 establece la obligación estatal de adoptar las medidas necesarias para garantizar que se presten asistencia y apoyo en cuanto las autoridades competentes tengan indicios razonables para suponer que una persona en cuestión pueda haber sido objeto de trata, así como a implementar los mecanismos apropiados dirigidos a la identificación, la asistencia y el apoyo tempranos a las víctimas, en cooperación con las organizaciones de apoyo pertinentes. Señalándose que estas medidas deben comprender, como mínimo, en base a lo dispuesto en el párrafo quinto del mencionado artículo, un nivel de vida capaz de asegurar la subsistencia, por ejemplo, mediante la prestación de un alojamiento apropiado y seguro, la asistencia material, tratamiento médico necesario, incluida asistencia psicológica, asesoramiento e información y servicios de traducción e interpretación, en su caso. Por su parte, el mencionado derecho a la información al

DOCTRINA

que tiene derecho la víctima incluye, según indica el párrafo sexto de este artículo, información sobre un período de reflexión y recuperación con arreglo a la **Directiva 2004/81/CE relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal**, que cooperen con las autoridades competentes, e información sobre la posibilidad de otorgamiento de protección internacional con arreglo a la **Directiva 2004/83/CE Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional** y al contenido de la protección concedida y a la **Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado**, o en virtud de otros instrumentos internacionales u otras normas nacionales similares. Por su parte, las víctimas que tengan necesidades especiales, derivadas en particular, de que se encuentren en estado de gestación, debidas a su estado de salud, de una discapacidad, trastorno psíquico o psicológico, o bien por haber sufrido violencia psicológica, física o sexual grave, deben encontrar medidas de apoyo y asistencia específicas adoptadas por los Estados miembros, según dispone el último párrafo del artículo 11. Pero, lo que resulta más importante aún, es que la propia Directiva expresa en su apartado tercero, que los Estados miembros no deben supeditar las medidas de asistencia y apoyo a la voluntad de la misma de cooperar en la investigación penal o la instrucción o el juicio, sin perjuicio de lo dispuesto en la Directiva 2004/81/CE o en normas nacionales similares.

Pues bien, visto lo anterior se puede decir que tal vez en este punto es donde los Estados aún tienen una larga tarea pendiente. En cuanto a la identificación temprana de las víctimas de trata y el derecho a que las mismas sean informadas sobre el derecho a gozar de un período de reflexión, el artículo 59 bis de la **Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social**, reformada mediante **LO 2/2009, de 11 de diciembre**, indica que las autoridades competentes deben adoptar las medidas necesarias para la identificación de las víctimas de la trata de personas conforme a lo previsto en el artículo 10 del **Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos**, de 16 de mayo de 2005 y habla de concurrencia de motivos razonables para considerar que un extranjero en situación irregular es víctima de trata. A tal efecto la Fiscalía habla del mencionado artículo 10 del Convenio del Consejo de Europa (Varsovia) para referirse a “aquel “ proceso por el que la víctima, en presencia de las fuerzas de seguridad o de organismos de apoyo, vence su resistencia y se reconoce como tal, consintiendo la aplicación de las medidas dispuestas en el art. 59 bis LOEX y la separación de sus explotadores” y señala, respecto de la trata con fines de explotación sexual, que las funciones inspectoras de las brigadas de documentación cuando realizan registros en el interior de clubes, domicilios, pisos u otros locales en los que se ejerce la prostitución y el alterne a pesar de ser frecuentes, “reportan poco éxito en el proceso de identificación de las víctimas” y señala la importancia de la creación de las llamadas unidades de rescate, indicando como ejemplo, la creada a través de la Resolución 2149/2008 del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos en Argentina que crea en el ámbito de la Jefatura de Gabinete del Ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, la Oficina de Recate y Acompañamiento a las Personas Damnificadas por el Delito de Trata, que estará integrada por un equipo interdisciplinario conformado por las divisiones específicas de las Fuerzas de Seguridad, psicólogos, trabajadores sociales y abogados¹².

Este punto sigue siendo especialmente controvertido y quienes trabajamos directamente con las víctimas hemos comprobado como raramente se acude por parte de las FCSE a la batería de indicios o indicadores que suelen concurrir en las víctimas de trata (generales, relativos al entorno en el que la misma se desenvuelve, conductuales no verbales, verbales, en su salud física y especialmente en su salud sexual y reproductiva, en la salud mental de la misma y otros como los itinerarios), recayendo de nuevo un peso excesivo sobre la propia víctima que se ve obligada a proporcionar datos relativos al delito de trata para poder disfrutar del período de reflexión, es decir, antes de poder disfrutar de ese período en el cual debe decidir si colabora o no en la investigación del delito cometido sobre su persona, con el temor de verse inmersa en un procedimiento de expulsión o en una expulsión en sí, cuando la misma, lo que ocurre en muchísimas ocasiones, carece de residencia regular en nuestro Estado.

A este resultado han contribuido, no sólo lo dispuesto en la **Instrucción SES 1/2010 sobre concesión del ‘período de reflexión’** desarrollada en su momento a falta de un reglamento que concretara lo dispuesto en las nuevas modificaciones de la Ley de Extranjería para la aplicación transitoria del art. 59 bis, sino por la propia interpretación administrativa que se ha hecho de ambas disposiciones.

Desde un punto de vista práctico, la identificación de una persona como víctima de trata en nuestro país implica los siguientes pasos:

¹² Informe de la Fiscalía General del Estado sobre Lucha Internacional contra la Trata de Seres Humanos y la Inmigración Ilegal.

DOCTRINA

1.- Contacto con la misma por parte de las Brigadas de Extranjería. A tal efecto, nuestra legislación expresa que cuando se tenga conocimiento de la existencia de una persona extranjera en situación irregular que pudiera ser víctima de trata de seres humanos, sin perjuicio de procurar a la víctima la asistencia y protección que precise de forma inmediata, de instruir las oportunas diligencias de investigación y de realizar las demás actuaciones previstas en los protocolos policiales correspondientes. En esta fase de contacto la Brigada de Extranjería debería mantener una entrevista con la víctima para conocer su situación, detectar la existencia de indicios acreditativos de su condición de víctima de trata y asesorarla sobre sus derechos y la posibilidad de denunciar, así como orientarla hacia entidades o servicios especializados que puedan darle asistencia, informar a la misma, por escrito y en un idioma que comprenda, sobre las previsiones del artículo 59.bis de la LOEX y los demás derechos a los que puede acogerse y elevar, en el plazo más breve posible, al Delegado o Subdelegado del Gobierno, para su resolución, la oportuna propuesta motivada sobre la concesión de un período de restablecimiento y reflexión. A la vista de la documentación y propuesta recibidos, el Delegado o Subdelegado del Gobierno debe decidir, con la mayor brevedad y mediante resolución motivada, si procede o no la concesión del referido período de reflexión, así como la duración del mismo y en la misma resolución en la que se conceda el período de reflexión, debe acordar:

1. La suspensión temporal de los expedientes sancionadores que pudieran haberse incoado al interesado en aplicación de la LOEX sobre los que tenga competencia para resolver.
2. La suspensión temporal de la ejecución de las órdenes de devolución o expulsión que esa misma Delegación o Subdelegación del Gobierno hubiera dictado contra el/la interesado/a.
3. La puesta en libertad inmediata de la víctima, si se encontrara en un Centro de Internamiento de Extranjeros.

Todo ello teniendo siempre en cuenta que el/la Delegado/a o Subdelegado/a del Gobierno podrá denegar o revocar el período de restablecimiento y reflexión por motivos de orden público o cuando la condición de víctima se haya invocado de forma indebida.

Por lo demás, tanto en España como en la mayoría de los países de la Unión Europea, siguen siendo las entidades no lucrativas especializadas en la asistencia a víctimas de trata de seres humanos quienes, de alguna manera, han desarrollado programas para garantizar la subsistencia de las mismas, quedando aún un largo camino por recorrer a nuestro Estado en tal sentido.

Por su parte, los artículos 13 y 14 de la Directiva, se centran en las medidas de asistencia y apoyo a las víctimas de trata menores de edad, estableciendo en el primero de los mencionados, que el interés superior del menor constituye una consideración primordial en el marco de toda la Directiva, es decir, algo así como un principio inspirador de ésta y que en caso de duda sobre la minoría o la mayoría de edad de la víctima, los Estados aplicarán las disposiciones específicas en materia de asistencia, apoyo y protección de menores diseñadas por esta norma. Por su parte, el artículo 14 desarrolla un poco más el carácter que han de tener esas medidas específicas que los Estados están obligados a desarrollar en relación a las/os menores víctimas de trata, indicando en su párrafo primero que las mismas deben estar destinadas a prestar una asistencia y apoyo a corto y largo plazo, persiguiendo la finalidad de una recuperación tanto física como psico-social de las/os menores, atendiendo a las circunstancias específicas de cada caso y teniendo en cuenta la propia voluntad, necesidades e intereses del/la menor. Al mismo tiempo el primer párrafo indica que los Estados están obligados a facilitar el acceso a la educación de estas víctimas menores de edad, así como a las hijas e hijos de las que son mayores de edad cuando las últimas estén recibiendo asistencia y apoyo. El párrafo segundo del artículo incorpora la obligación estatal de designar un/a tutor/a o representante legal del/la menor víctima de trata, desde el momento en el que sea identificado/a como tal por parte de las autoridades competentes, en aquellos casos en los que en virtud del Derecho nacional, exista un conflicto de intereses con el menor que impida a quienes detentan la responsabilidad parental defender el interés superior del/la mismo/a o representarlo/a. El artículo señala igualmente en su párrafo tercero, que en la medida de lo posible, la asistencia y el apoyo se deben extender a la familia de los/as menores víctimas de la trata de seres humanos, cuando la misma se encuentre en el territorio del Estado miembro y que en particular, los Estados miembros deben aplicar, siempre que sea posible y conveniente, el artículo 4 de la **Decisión marco 2001/220/JAI relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal**, en lo relativo al derecho a recibir información.

El artículo 16 incide de nuevo en la figura de los/as menores víctimas de trata de seres humanos especificando la de aquellos que no están acompañados. En este sentido el precepto señala la obligación por parte de los Estados miembros de adoptar medidas de asistencia, apoyo y protección concretas, haciendo especial hincapié en el nombramiento de un/a tutor/a que vele por sus intereses y en la designación de una persona representante para garantizar de nuevo esos intereses a lo largo de las investigaciones y/o procesos penales. En su párrafo segundo, señala con mucho acierto que las medidas que los Estados miembros deben adoptar deben

DOCTRINA

ser las necesarias para hallar una solución duradera basada en la evaluación individual del interés superior del/a menor.

Finalmente, el artículo 17 establece que los Estados están obligados a garantizar que las víctimas de la trata de seres humanos tengan acceso a los regímenes existentes de indemnización a las víctimas de delitos violentos cometidos intencionadamente. Esta expresión es más limitada que la de reparación que conlleva además de la indemnización, las garantías de no repetición y la rehabilitación de quienes han sufrido un perjuicio. En nuestro derecho, además de las posibilidades que admiten tanto el derecho penal como el civil, cuando además de un daño personal se causa un daño patrimonial, en algunos de los supuestos de trata se podría aplicar, en base a lo dispuesto por este artículo 17 la Ley 35/1995, de 11 de Diciembre, de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, ya que el objeto de la misma es establecer un sistema de ayudas públicas en beneficio de las víctimas directas e indirectas de los delitos dolosos y violentos, cuando los mismos tienen un resultado de muerte, o de lesiones corporales graves, o de daños graves en la salud física o mental, y de ayudas públicas a las víctimas de los delitos contra la libertad sexual aun cuando éstos se perpetraran sin violencia, pero evidentemente su ámbito es más reducido que el que representa el enorme espectro que comprende la categoría de víctima de trata y especialmente si tenemos en cuenta lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 35/1995 que establece que pueden ser beneficiarias de estas ayudas, sólo las personas que, en el momento de perpetrarse el delito, sean españolas o nacionales de algún otro Estado miembro de la Unión Europea o quienes, no siéndolo, residan habitualmente en España o sean nacionales de otro Estado que reconozca ayudas análogas a las personas españolas en su territorio.

Respecto de las **disposiciones comunes en materia de protección a las víctimas de trata de seres humanos**, el artículo 12 de la Directiva establece en primer lugar, que en lo relativo a la protección de las víctimas de la trata de seres humanos en las investigaciones y los procesos penales, las medidas de protección contenidas en la propia Directiva son de aplicación concurrente junto a lo dispuesto en la ya mencionada **Decisión marco 2001/220/JAI**. Posteriormente en artículo desarrolla algunas de las obligaciones estatales en relación a derechos ya mencionados con anterioridad y que reiteran lo dispuesto, en gran medida, por la Decisión marco sobre el estatuto de la víctima en el proceso penal, como por ejemplo, el acceso directo de la víctima al asesoramiento jurídico, a la representación legal, incluso a efectos de reclamar una indemnización, al asesoramiento jurídico y la representación legal gratuitos, cuando la víctima no tenga suficientes recursos económicos. Por su parte, los apartados tercero y cuarto del artículo 12 establecen que los Estados miembros deben asegurar que las víctimas de la trata de seres humanos reciben una protección apropiada sobre la base de una evaluación individual del riesgo, adoptando medidas como, dado el caso, la protección de testigos u otras similares, de conformidad con los criterios definidos por la legislación o los procedimientos nacionales, y que, sin perjuicio de los derechos de defensa, y con arreglo a una evaluación individual de las circunstancias personales de la víctima por parte de las autoridades competentes, los Estados miembros deben velar por que las víctimas de la trata reciban un trato especial destinado a prevenir la victimización secundaria, evitando, en la medida de lo posible y de conformidad con los criterios establecidos por el Derecho nacional y las normas relativas al poder discrecional, a la práctica o a las orientaciones de los tribunales:

- a) repetir innecesariamente interrogatorios durante la investigación, la instrucción o el juicio;
- b) el contacto visual entre víctimas y demandados incluso durante la prestación de declaración mediante medios apropiados como el uso de tecnologías de la comunicación adecuadas;
- c) testificar en audiencia pública, y
- d) preguntar sobre la vida privada de la víctima cuando no sea absolutamente necesario.

Al respecto, en nuestro país, la protección de las víctimas de trata de seres humanos a lo largo de procedimiento judicial depende de la correcta aplicación de la “trasnochada”¹³ y del todo insuficiente Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales. Esta norma permite que la víctima obtenga una “especial protección” como testigo protegido cuando colabora con la administración de justicia en los procesos penales, ayudando en la investigación de algún delito. Sin embargo, en ocasiones, desde el ámbito judicial se llega a considerar que la aplicación de la misma conlleva la imposibilidad de que la víctima se personase como acusación particular, lo que resulta claramente incompatible con lo dispuesto en la **Decisión marco 2001/220/JAI**. La representación letrada en los casos de trata sigue siendo por lo demás, insuficiente, y la defensa de las mismas suele quedar en manos del Ministerio Fiscal, pero aún en el supuesto en que se logre esa representación letrada, la propia personación puede ser denegada en base a explicaciones como que *“no es posible admitir la personación como acusación particular de un testigo protegido puesto que un mínimo respeto al derecho de defensa que el art 24 CE consagra para el imputado implica que el mismo tenga derecho a conocer de inmediato la identidad de*

¹³ Término empleado en el propio Informe de la Fiscalía sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos y la Inmigración Ilegal

DOCTRINA

las personas físicas o jurídicas que a título particular ejercitan acciones penales o civiles en su contra”¹⁴ y todo ello a pesar de que exista una jurisprudencia ya abundante en el sentido contrario y que claramente indica que “ a tenor de lo dispuesto en la Ley Orgánica 19/1999” no se encuentra “motivo alguno para que quien tiene la condición de testigo protegido no pueda a su vez personarse en la causa ejerciendo la acusación particular”¹⁵.

Por otra parte, la insuficiencia de medios en el ámbito judicial y la aún deficitaria preparación de los/as profesionales de este ámbito respecto del delito de trata de seres humanos, hace que en muchas ocasiones la condición de testigo protegido no se otorgue en el momento oportuno o no se evite que la propia víctima sea perfectamente identificada en sede judicial, cuando no se ha previsto una declaración de la misma mediante el uso de tecnologías adecuadas y es citada en el juzgado sin que pueda permanecer en dependencias específicas donde no ser individualizada por la parte contraria que representa a quienes la explotaron, es decir, contraviendo lo dispuesto en el artículo 12 de la Directiva.

Por su parte, el artículo 15 establece la obligación estatal de adoptar medidas específicas de protección de menores víctimas de la trata de seres humanos en las investigaciones y procesos penales, especificando en concreto en su párrafo tercero que sin perjuicio de los derechos de defensa, los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para garantizar que en las investigaciones y los procesos penales en los supuestos de trata de menores, no implican demoras injustificadas en relación a los interrogatorios estos/as, y que los mismos se celebran en locales asignados o adaptados a tal efecto, están dirigidos, en caso necesario, por o a través de profesionales con formación adecuada a tal efecto, que siempre que sea posible, serán las mismas personas quienes dirijan todos los interrogatorios del menor víctima y el número de estos sea el menor posible y sólo se celebren cuando sea estrictamente necesario para los fines de las investigaciones y procesos penales, garantizándose en todo caso que el/la menor víctima esté acompañado por su representante o, en su caso, por una persona adulta elegida por él/ella, salvo que por decisión motivada se haya excluido a esta persona. Los párrafos cuarto y quinto establecen que los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para garantizar que, en esas investigaciones judiciales, todos los interrogatorios de víctimas o, en su caso, de testigos que sean menores, puedan ser grabados en vídeo y que estas grabaciones puedan ser admitidas como pruebas en el proceso penal, de conformidad con las normas de su Derecho nacional, indicándose de nuevo alguna de las medidas de protección a lo largo del proceso penal enunciadas en el artículo 12.4 de la Directiva que por lo demás es aplicable en estos supuestos.

En lo relativo a las **disposiciones comunes en materia preventiva**, el art. 18 resulta particularmente relevante puesto que incide en la desincentivación de la demanda, mencionando algunas medidas posibles, para disminuir la trata, al considerarse la misma como factor favorecedor de todas las formas de explotación. Por ello, el propio artículo indica en su párrafo segundo que los Estados deben adoptar medidas apropiadas, incluidas medidas en Internet, destinadas a concienciar y reducir el riesgo de trata de seres humanos, en cooperación con las organizaciones de la sociedad civil, a través de campañas de información y previendo la posibilidad de tipificar penalmente el uso de servicios que son objeto de explotación a través de la trata cuando el mismo se realiza a sabiendas de que la persona es víctima de este delito, siguiendo en este sentido el criterio ya adoptado por el párrafo 5 del artículo 9 del Protocolo de Palermo, entre otros.

En su párrafo tercero, el precepto establece que los Estados deben invertir en formación periódica de los funcionarios, incluidos los funcionarios de policía de primera línea, que puedan estar en contacto con las víctimas reales y las posibles víctimas de la trata de seres humanos, con la finalidad de que los mismos posean herramientas que facilite la identificación de las víctimas.

Respecto de las medidas de desincentivación de la demanda, esta ha sido una cuestión ampliamente debatida desde hace tiempo por parte del movimiento feminista y desde otros ámbitos doctrinales, en especial cuando se discute sobre políticas reglamentaristas, abolicionistas y prohibicionistas en relación a la prostitución. En cuanto a esas medidas de desincentivación la abolicionista Ley sueca de 1999 constituye el referente europeo, ya que la prostitución se considera una manifestación de la violencia de género y se penaliza la compra de servicios sexuales y despenaliza la venta de éstos, implementándose una serie de medidas para que las mujeres en situación de prostitución puedan abandonarla y reintegrarse en el mercado laboral. Esta legislación consiguió en un año, la reducción del 70% de la prostitución callejera y el 50% de la prostitución en clubs y en la actualidad, el porcentaje de reducción de la prostitución de calle se eleva al 90%, la cantidad de mujeres prostituidas se ha reducido en más de dos tercios y la de clientes en un 80%.

La diferencia de resultados en las políticas contra la trata con fines de explotación sexual, según el modelo político que se adopte por parte del gobierno en cuestión y el efecto real en la reducción de este problema que impli-

¹⁴ Extracto de un auto denegatorio de un Juzgado de Instrucción en 2.009.

¹⁵ Auto nº 518/05 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimosexta. El auto además continuaba diciendo que “En el presente caso, el hecho de que los testigos-víctima de un supuesto delito de prostitución se amparen en la condición de protegidos a fin de que se tutelen sus derechos fundamentales, no impide que se mantenga el equilibrio entre esta condición de los testigos y el derecho a un proceso con todas las garantías para los imputados...”

DOCTRINA

can la penalización y/o la adopción de otras medidas de desincentivación del cliente, se pueden observar en un amplio estudio llevado a cabo por la Universidad Metropolitana de Londres en el año 2.003¹⁶, en el que además se recoge, que las políticas reglamentaristas o legalizadoras de los países analizados en el estudio, supusieron un drástico aumento en todas las facetas de la industria del sexo, un marcado incremento en el involucramiento del crimen organizado en la industria del sexo, un dramático aumento en la prostitución infantil, una explosión en la cantidad de mujeres y niñas extranjeras objeto de trata hacia la región, así como indicaciones de un incremento en la violencia contra las mujeres.

En nuestro país el **Plan Integral de Lucha contra la Trata con Fines de Explotación Sexual** prevé en el área dedicada a las medidas de sensibilización, prevención e investigación, en su objetivo 4, *“Informar y sensibilizar sobre la Trata de Seres Humanos a empresas, instituciones y organizadores de eventos públicos y profesionales”*, la realización de jornadas y seminarios dirigidos a los diferentes sectores empresariales y profesionales, incidiendo en la prevención y en la reducción de la demanda, y promoviendo actitudes de autorregulación y control, con la finalidad de evitar cualquier manifestación de turismo sexual, desde o hacia nuestro país pero han sido las corporaciones locales, que ha elaborado planes específicos contra la trata o bien reglamentos y ordenanzas relativas a la prostitución, quienes han adoptado medidas más claras en este sentido, aunque muchas veces de manera totalmente opuesta. Así por ejemplo y sin abandonar una misma comunidad autónoma, la ciudad de Sevilla elaboró en el año 2.010 un **Plan de Acción Integral para Promover la Erradicación de la Trata, la Prostitución y otras formas de Explotación Sexual**, en el que se adoptó la perspectiva abolicionista y de derechos humanos de la Ley sueca y en el que se hace mención al papel del cliente en la perpetuación de formas de explotación sexual. Este Plan de Acción fue seguido en el año 2.011 por una **Ordenanza del Ayuntamiento de Sevilla de 29 de abril para luchar contra la prostitución y la trata con fines de explotación sexual en la ciudad de Sevilla**¹⁷ que establece una serie de medidas de desincentivación de la demanda que comprenden un régimen de sanciones para los clientes de prostitución, en el capítulo de atentados contra la dignidad de las personas en situación de explotación sexual, así como contra la publicidad de la misma. En sentido contrario, Granada aprobó en el año 2.009 la llamada **Ordenanza de la Convivencia**, dirigida entre otras cosas a erradicar la prostitución en las vías públicas, en la que las medidas de presión fueron dirigidas tanto contra los clientes como las mujeres en situación de prostitución que pueden llegar a pagar multas de hasta 3.000 euros.

Las posibilidades de una mayor implicación de las autoridades estatales respecto de la desincentivación de la demanda en los términos propuestos por la Directiva objeto de análisis, debería sin duda ser tomada en consideración analizando los resultados de otros países que han emprendido medidas semejantes y teniendo en cuenta que en España, según algunos estudios existe un mercado prostitucional similar al alemán con una gran demanda de prostitución, parte de la cual lo es de mujeres que han sido objeto de trata con fines de explotación sexual. La necesidad de que nuestro Estado avance al respecto fue ya puesta en evidencia en la Consideraciones realizadas a nuestro país por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en el año 2.004¹⁸.

Respecto de las **medidas de control, evaluación y coordinación**, el artículo 19 de la Directiva establece que los Estados miembros deben adoptar medidas necesarias para establecer ponentes nacionales o mecanismos equivalentes cuyo cometido incluirá la evaluación de las tendencias de la trata de seres humanos, la cuantificación de los resultados de las acciones de la lucha contra la trata, incluida la recopilación de estadísticas en estrecha cooperación con las correspondientes organizaciones de la sociedad civil presentes en este ámbito, y la información. En este sentido el propio Plan Integral contra la Trata con Fines de Explotación Sexual adoptado por España prevé en su Área V, dentro de las medidas de coordinación y cooperación, por un lado, la elaboración de una herramienta estadística específica sobre trata de seres humanos, armonizada en el contexto europeo, para poder dimensionar y estudiar el fenómeno de la trata de seres humanos en nuestro país, siguiendo criterios armonizados en el contexto de Europol a cuyo efecto se ha elaborado la denominada Base de Datos de Trata ya mencionada con anterioridad. Por otra parte, el Área de Atención a la Ciudadanía de la Secretaría de Estado de Igualdad del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, hace alusión a que nuestro país ya existía la figura enunciada en el artículo 19 de la Directiva analizada, toda vez que la Presidencia Checa ya había organizado la primera Conferencia de la Unión Europea de Relatores Nacionales (RN) de trata de seres humanos durante el primer semestre de 2009. Así pues, según el mencionado órgano, en España la Relatora Nacional era la Secretaria General de Políticas de Igualdad, y el **Real Decreto 263/2011, de 28 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad**, atribuye a la

¹⁶ BINDEL, Julie y KELLY, Liz, A Critical Examination of Responses to Prostitution in Four Countries: Victoria, Australia; Ireland; the Netherlands; and Sweden, Child and Woman Abuse Studies Unit, London, Metropolitan University, 2003

¹⁷ BOLETÍN OFICIAL DE LA PROVINCIA DE SEVILLA, núm. 119, de 26 de mayo de 2.011.

¹⁸ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones Finales del Comité sobre el Quinto Informe Periódico presentado por España, Spain. 18/08/2004. A/59/38(SUPP), párrafo 337.

DOCTRINA

Secretaría de Estado de Igualdad, a través de la Delegación del Gobierno para la Violencia de género, en el artículo 3, el impulso y coordinación del Plan integral de lucha contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual, así como la propuesta de actuaciones y medidas en dicho ámbito, por lo que se ha decidido que el Relator Nacional sea el actual Delegado del Gobierno para la Violencia de Género.

El artículo 20 de la Directiva determina que con objeto de contribuir a una estrategia coordinada y consolidada de la Unión Europea en su lucha contra la trata de seres humanos, los Estados miembros deben facilitar la labor de un Coordinador de la UE para la lucha contra la trata de seres humanos, remitiendo a quienes ejerzan las funciones de coordinación, la información a que hace referencia el artículo anterior, sobre cuya base se efectuará su contribución a los informes que cada dos años elaborará la Comisión sobre el progreso en la lucha contra la trata de seres humanos.

Y finalmente, el artículo 23 indica que antes del 6 de abril de 2015, la Comisión presentará al Parlamento Europeo y al Consejo un informe en el que se evaluará en qué medida los Estados miembros han adoptado las disposiciones necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Directiva, y antes del 6 de abril de 2016, la Comisión presentará al Parlamento Europeo y al Consejo un informe de evaluación de la incidencia de la legislación nacional vigente que tipifica penalmente el uso de servicios que son objeto de explotación relacionada con la trata de seres humanos, en la prevención de la trata de seres humanos, acompañado, si es necesario, de las propuestas oportunas.

Pues bien, analizada la Directiva será muy interesante leer ese informe de la Comisión de evaluación de la implementación de la misma en los sistemas nacionales de los Estados miembros, así como el relativo a la propia incidencia de la legislación sobre el uso de servicios fruto de la explotación de seres humanos a través de la trata, pero en tanto también lo será el análisis de la jurisprudencia de los tribunales nacionales y supranacionales. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuyo ámbito geográfico de competencia es superior al compuesto por los 27 Estados que conforman la Unión Europea, pues todos los países que conforman el Consejo de Europa reconocen su jurisdicción resulta de obligada referencia, aún con los límites respecto de la materia objeto de litigio que debe forzosamente estar recogida en alguno de los preceptos del Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus Protocolos. Este órgano ya se ha pronunciado sobre la trata en dos ocasiones recientes, en el caso de *Siladin contra Francia*¹⁹ y en el Caso de *Rantsev contra Chipre y Rusia*²⁰.

En ambos supuestos las víctimas de trata eran mujeres, pero en el primero de ellos estamos ante un caso de servidumbre en el que el estado francés fue condenado por infringir el artículo 4 de Convenio Europeo de Derechos Humanos que prohíbe la esclavitud y el trabajo forzado, ya que la legislación penal francesa no proporcionó un remedio suficiente y efectivo que protegiera a una mujer togolesa, que había estado sirviendo en el servicio doméstico durante varios años, incluso siendo menor de edad en un inicio, sin ser pagada y con su pasaporte confiscado. No obstante, a pesar del avance que supuso este caso para los/as defensores/as de derechos humanos, resultó frustrante que el Tribunal se quedase únicamente en el concepto de trabajo forzado sin llegar a definir esa servidumbre doméstica como esclavitud, lo que hubiera sido deseable.

El segundo de los casos mencionados, es el de una joven rusa de 20 años de edad, Oxana Rantseva, víctima de trata con fines de explotación sexual en Chipre, donde finalmente muere sin que las autoridades hicieran nada por protegerla o asistirle como ahora veremos con más detalle. En el supuesto se pone en evidencia como las medidas enunciadas por la Directiva deben ser absolutamente implementadas por parte de los Estados, si no queremos encontrarnos con más casos como este y dentro de nuestras propias fronteras, en el que por lo demás, Chipre fue finalmente condenada por vulnerar el mencionado artículo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, declarando el Tribunal que los Estados tienen una obligación positiva de investigar las alegaciones de trata y de implementar medidas para prevenir y proteger a las personas que son objeto de trata de seres humanos.

El caso *Rantsev* resulta de enorme importancia porque no sólo se vio expuesto a la justicia, el país de destino de la víctima de trata, sino el de origen, Rusia, debido a las obligaciones que respecto de la erradicación de la misma tienen todos los estados parte del Consejo de Europa y debido a las obligaciones que estos estados han asumido contra el trabajo forzado, la esclavitud y la servidumbre a las que el Tribunal la equipara.

Este caso resulta también destacable, por la analogía que puede existir con muchos países de la Unión Europea en los que se permite o al menos se tolera la prostitución en algunos recintos, en los que de hecho se pueden encontrar muchas víctimas de trata con fines de explotación sexual. En el caso de Chipre, la prostitución se ejerce en los llamados Cabarets y es algo perfectamente conocido por las autoridades, como puso de manifiesto el informe del Informe Mundial del Departamento de Estado de los Estados Unidos de América del año 2.008, la investigación realizada *ex officio* por parte de la Defensora del Pueblo chipriota tras la muerte de Oaxana y los

¹⁹ *Siladin v. France* Application no. 73316/01, Council of Europe: European Court of Human Rights, 26 July 2005, Final 26 de Octubre de 2.005.

²⁰ *Rantsev v. Cyprus and Russia*, Application no. 25965/04, Council of Europe: European Court of Human Rights, 7 de Enero de 2010.

DOCTRINA

informes del Comisionado de Derechos Humanos del Consejo de Europa en su visita a Chipre de 12 de febrero de 2.004, el 26 de marzo de 2.006 y el 12 de diciembre de 2.008, todos ellos mencionados en la sentencia. La situación es verdaderamente denigrante para muchas mujeres víctimas de trata que acaban en estos locales, pues las mismas básicamente obtienen un permiso de residencia y trabajo en Chipre como “artistas” que se condiciona a la petición del empleador para ello y que cesa en el momento en el que las mismas se niegan o tratan de salir de abandonar ese “empleo”. Así en el caso de Oaxaca, la misma tras decidir volver a Rusia es expulsada del domicilio que compartía con otras mujeres en situación de prostitución y la policía es advertida por su controlador de que ha dejado de ser una trabajadora en Chipre por lo que es detenida y su “empleador” contactado para que se la lleve y la vuelva a llevar a las oficinas policiales para una ulterior investigación sobre la situación administrativa de la misma pues en caso contrario quedaría en libertad, ya que la ilegalidad administrativa que produce la residencia ilegal en Chipre tan sólo tiene lugar 15 después de la denuncia formal. Esa misma noche, la víctima fue encontrada muerta en el suelo de la calle bajo el balcón del edificio en cuya quinta planta sus “responsables” o “empleadores” la habían recluido, tras haber recibido una brutal paliza, según reveló el informe de la autopsia realizada en Rusia.

Estos casos junto a otros ya seguidos ante tribunales nacionales de estados miembros de la propia Unión Europea, como el caso de Tailandia contra el Secretario de Estado del Departamento de Interior Británico²¹ en un supuesto de trata con fines de explotación sexual en el que el Tribunal de Apelación consideró que la víctima, conocida como AZ, nacional de Tailandia y víctima de trata con fines de explotación sexual en el Reino Unido a la que se le había abierto un expediente de expulsión, debía sin embargo haber sido concesionaria de un permiso de asilo en aplicación de lo dispuesto por el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que prohíbe la tortura y los tratos o penas degradantes. O el caso Sneep²² en el que los tribunales holandeses condenaron a una red de trata de mujeres con fines de explotación sexual por delitos como el confinamiento ilegal, la violación o el aborto forzado imponiendo multas de hasta 50.000 euros. Todos estos casos demuestran como la trata de seres humanos es un fenómeno tristemente persistente, que además en la situación actual de crisis mundial financiera parece que lejos de disminuir se está agravando y que las medidas propuestas por la última Directiva de la Unión Europea mediante políticas que enfoquen la cuestión desde una perspectiva integral, global y de derechos humanos en los países de destino, a las que se sumen acciones a medio y largo plazo en los países de origen y tránsito, pueden ser las únicas vías para conseguir que en pleno siglo XXI esta esclavitud sea erradicada en el viejo continente.

²¹ Thailand v. Secretary of State for the Home Department, Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber), AZ (Trafficked women) Thailand CG [2010] UKUT 118 (IAC).

²² Sneep Case, LJN: BD6972, Almelo District Court, 08/963001-07, 11 de julio de 2.008.

LEGISLACIÓN

DIRECTIVA 2011/36/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 5 ABRIL DE 2011 RELATIVA A LA PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA LA TRATA DE SERES HUMANOS Y A LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS Y POR LA QUE SE SUSTITUYE LA DECISIÓN MARCO 2002/629/JAI DEL CONSEJO²³

Artículo 1 Objeto

La presente Directiva establece normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en el ámbito de la trata de seres humanos. También introduce disposiciones comunes teniendo en cuenta la perspectiva de género para mejorar la prevención de este delito y la protección de las víctimas.

Artículo 2 Infracciones relacionadas con la trata de seres humanos

1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que sean punibles las conductas siguientes cuando se cometan intencionadamente:

La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, incluido el intercambio o la transferencia de control sobre estas personas, mediante la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona, con el fin de explotarla.

2. Existe una situación de vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa real o aceptable excepto someterse al abuso.

3. La explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena, u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, incluida la mendicidad, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre, la explotación para realizar actividades delictivas o la extracción de órganos.

4. El consentimiento de una víctima de la trata de seres humanos para su explotación, prevista o consumada, no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios contemplados en el apartado 1.

5. Cuando la conducta a que se hace referencia en el apartado 1 afecte a un niño, constituirá infracción punible de trata de seres humanos aun cuando no se haya recurrido a ninguno de los medios contemplados

en el apartado 1.

6. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por «menor» cualquier persona menor de dieciocho años.

Artículo 3 Inducción, complicidad y tentativa

Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de la inducción, la complicidad o la tentativa en la comisión de las infracciones contempladas en el artículo 2.

Artículo 4 Penas

1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las infracciones contempladas en el artículo 2 se castiguen con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos cinco años.

2. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las infracciones contempladas en el artículo 2 se castiguen con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos diez años cuando la infracción:

- a) se cometió contra una víctima particularmente vulnerable, la cual, en el contexto de la presente Directiva, incluirá como mínimo a los menores;
- b) se cometió en el marco de una organización delictiva a tenor de lo dispuesto en la Decisión marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, sobre la lucha contra la delincuencia organizada;
- c) puso en peligro de forma deliberada o por grave negligencia la vida de la víctima, o
- d) se cometió empleando violencia grave o causó a la víctima daños particularmente graves.

3. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se considere circunstancia agravante el hecho de que alguna de las infracciones mencionadas en el artículo 2 haya sido cometida por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

4. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las infracciones contempladas en el artículo 3 sean castigadas con penas efectivas, proporcionadas y disuasorias, que puedan dar lugar a entrega.

Artículo 5 Responsabilidad de las personas jurídicas

1. Los Estados miembros adoptarán las medidas ne-

²³ DOUE L, 101, 15.04.2011. La parte expositiva y los Considerandos de la Directiva pueden consultarse en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:101:0001:0011:ES:PDF>.

LEGISLACIÓN

cesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de las infracciones contempladas en los artículos 2 y 3, cuando estas infracciones sean cometidas en su beneficio por cualquier persona que, actuando a título individual o como parte de un órgano de la persona jurídica, ostente un cargo directivo en su seno, basado en:

- a) un poder de representación de dicha persona jurídica;
- b) una autoridad para tomar decisiones en nombre de dicha persona jurídica, o
- c) una autoridad para ejercer control dentro de dicha persona jurídica.

2. Los Estados miembros se asegurarán asimismo de que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables cuando la falta de supervisión o control por parte de una de las personas a que se refiere el apartado 1 haya hecho posible que una persona sometida a su autoridad cometa una de las infracciones contempladas en los artículos 2 y 3 en beneficio de la persona jurídica.

3. La responsabilidad de las personas jurídicas en virtud de los apartados 1 y 2 se entenderá sin perjuicio de las acciones penales que puedan emprenderse contra las personas físicas que sean autores, inductores o cómplices de alguna de las infracciones contempladas en los artículos 2 y 3.

4. A efectos de la presente Directiva se entenderá por «persona jurídica» cualquier entidad que tenga personalidad jurídica con arreglo al Derecho aplicable, con excepción de los Estados o de otros organismos públicos en el ejercicio de su potestad pública y de las organizaciones internacionales públicas.

Artículo 6 Sanciones a las personas jurídicas

Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que a la persona jurídica considerada responsable en virtud de lo dispuesto en el artículo 5, apartados 1 o 2, le sean impuestas sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, que incluirán multas de carácter penal o de otro tipo, y podrán incluir otras sanciones como, por ejemplo:

- a) exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas;
- b) inhabilitación temporal o permanente para el ejercicio de actividades comerciales;
- c) sometimiento a vigilancia judicial;
- d) disolución judicial;
- e) cierre temporal o definitivo de los establecimientos utilizados para cometer la infracción.

Artículo 7 Embargo y decomiso

Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que sus autoridades competentes puedan embargar y decomisar los instrumentos y productos de las infracciones a que se refieren los artículos 2 y 3.

Artículo 8 No enjuiciamiento o no imposición de penas a la víctima

Los Estados miembros adoptarán, de conformidad con los principios básicos de sus respectivos ordenamientos jurídicos, las medidas necesarias para garantizar que las autoridades nacionales competentes puedan optar por no enjuiciar ni imponer penas a las víctimas de la trata de seres humanos por su participación en actividades ilícitas que se hayan visto obligadas a cometer como consecuencia directa de haber sido objeto de cualquiera de los actos contemplados en el artículo 2.

Artículo 9 Investigación y enjuiciamiento

1. Los Estados miembros garantizarán que la investigación o el enjuiciamiento de las infracciones contempladas en los artículos 2 y 3 no dependan de la deposición o denuncia de la víctima, y que el proceso penal pueda seguir su curso aunque la víctima retire su declaración.

2. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que, cuando así lo exija la naturaleza del acto, se puedan enjuiciar las infracciones contempladas en los artículos 2 y 3 durante un período de tiempo suficiente después de que la víctima haya alcanzado la mayoría de edad.

3. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las personas, unidades o servicios responsables de la investigación o del enjuiciamiento de las infracciones contempladas en los artículos 2 y 3 reciben una formación adecuada.

4. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las personas, unidades o servicios responsables de la investigación o del enjuiciamiento de las infracciones contempladas en los artículos 2 y 3 dispongan de instrumentos de investigación eficaces, tales como los que se utilizan contra la delincuencia organizada y en otros casos de delincuencia grave.

Artículo 10 Competencia

1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para establecer su competencia respecto de las infracciones contempladas en los artículos 2 y 3 cuando:

- a) la infracción se haya cometido, total o parcialmente, en su territorio, o
- b) el autor de la infracción sea uno de sus nacionales.

2. Un Estado miembro informará a la Comisión cuando decida ampliar la competencia respecto de las infracciones contempladas en los artículos 2 y 3 cometidas fuera de su territorio entre otras cosas cuando:

- a) la infracción se haya cometido contra uno de sus nacionales o una persona que tenga su residencia habitual en su territorio;
- b) la infracción se haya cometido en beneficio de una

LEGISLACIÓN

persona jurídica establecida en su territorio;

c) el autor de la infracción tenga su residencia habitual en su territorio.

3. En cuanto al enjuiciamiento de las infracciones contempladas en los artículos 2 y 3 cometidas fuera del territorio del Estado miembro de que se trate, cada Estado miembro adoptará, para los casos a los que se refiere el apartado 1, letra b), y podrá adoptar, para los casos a que se refiere el apartado 2, las medidas necesarias para garantizar que su competencia no esté supeditada a las condiciones siguientes:

a) los hechos constituyen una infracción penal en el lugar donde se llevaron a cabo, o

b) la acción judicial solo puede iniciarse tras la presentación de una deposición por parte de la víctima en el lugar donde se cometió la infracción, o de una denuncia del Estado del lugar en cuyo territorio se cometió la infracción.

Artículo 11 Asistencia y apoyo a las víctimas de la trata de seres humanos

1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la asistencia y el apoyo a las víctimas antes, durante y por un período de tiempo adecuado después de la conclusión del proceso penal, a fin de que puedan ejercer los derechos establecidos en la Decisión marco 2001/220/JAI y en la presente Directiva.

2. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se presta a una persona asistencia y apoyo en cuanto las autoridades competentes tengan indicios razonables para suponer que puede haber sido objeto de alguna de las infracciones contempladas en los artículos 2 y 3.

3. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que la asistencia y el apoyo a la víctima no se supediten a la voluntad de esta de cooperar en la investigación penal, la instrucción o el juicio, sin perjuicio de lo dispuesto en la Directiva 2004/81/CE o en normas nacionales similares.

4. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para establecer mecanismos apropiados dirigidos a la identificación, la asistencia y el apoyo tempranos a las víctimas, en cooperación con las organizaciones de apoyo pertinentes.

5. Las medidas de asistencia y apoyo contempladas en los apartados 1 y 2 se proporcionarán a la víctima con su acuerdo y conocimiento de causa, e incluirán al menos un nivel de vida capaz de asegurar su subsistencia mediante medidas como, por ejemplo, la prestación de un alojamiento apropiado y seguro y asistencia material, tratamiento médico necesario, incluida asistencia psicológica, asesoramiento e información y servicios de traducción e interpretación, en su caso.

6. La información a que se refiere el apartado 5 abarcará, cuando proceda, información sobre un período de reflexión y recuperación con arreglo a la Directiva 2004/81/CE, e información sobre la posibilidad de otorgamiento de protección internacional con arreglo a la Directiva 2004/83/CE Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatus de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida y a la Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, o en virtud de otros instrumentos internacionales u otras normas nacionales similares.

7. Los Estados miembros asistirán a las víctimas que tengan necesidades especiales, derivadas en particular, de que se encuentren en estado de gestación, de su salud, de una discapacidad, trastorno psíquico o psicológico que tengan, o de haber sufrido violencia psicológica, física o sexual grave.

Artículo 12 Protección de las víctimas de la trata de seres humanos en las investigaciones y los procesos penales

1. Las medidas de protección mencionadas en el presente artículo se aplicarán además de los derechos establecidos en la Decisión marco 2001/220/JAI.

2. Los Estados miembros garantizarán que las víctimas de la trata de seres humanos tengan acceso inmediato al asesoramiento jurídico y, de acuerdo con el estatuto de la víctima en su correspondiente ordenamiento jurídico, a la representación legal, incluso a efectos de reclamar una indemnización. El asesoramiento jurídico y la representación legal serán gratuitos cuando la víctima no tenga suficientes recursos económicos.

3. Los Estados miembros se asegurarán de que las víctimas de la trata de seres humanos reciban una protección apropiada sobre la base de una evaluación individual del riesgo, por ejemplo dándoles acceso, si procede, a programas de protección de testigos u otras medidas similares, de conformidad con los criterios definidos por la legislación o los procedimientos nacionales.

4. Sin perjuicio de los derechos de defensa, y con arreglo a una evaluación individual de las circunstancias personales de la víctima por parte de las autoridades competentes, los Estados miembros velarán por que las víctimas de la trata de seres humanos reciban un trato especial destinado a prevenir la victimización secundaria, evitando, en la medida de lo posible y de conformidad con los criterios establecidos por el De-

LEGISLACIÓN

recho nacional y las normas relativas al poder discrecional, a la práctica o a las orientaciones de los tribunales:

- a) repetir innecesariamente interrogatorios durante la investigación, la instrucción o el juicio;
- b) el contacto visual entre víctimas y demandados incluso durante la prestación de declaración, como en el interrogatorio y las preguntas de la parte contraria, mediante medios apropiados como el uso de tecnologías de la comunicación adecuadas;
- c) testificar en audiencia pública, y
- d) preguntar sobre la vida privada de la víctima cuando no sea absolutamente necesario.

Artículo 13 Disposición general sobre las medidas de asistencia, apoyo y protección a los menores víctimas de la trata de seres humanos

1. Los menores víctimas de la trata de seres humanos recibirán asistencia, apoyo y protección. En la aplicación de la presente Directiva el interés superior del menor será una consideración primordial.
2. Los Estados miembros garantizarán que, cuando la edad de una persona que haya sido víctima de la trata de seres humanos sea incierta y existan razones para creer que es un menor, sea considerada como tal a fin de que pueda recibir inmediatamente asistencia, apoyo y protección de conformidad con los artículos 14 y 15.

Artículo 14 Asistencia y apoyo a las víctimas que son menores

1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las medidas específicas destinadas a prestar asistencia y apoyo a los menores víctimas de la trata de seres humanos, a corto y largo plazo, en su recuperación física y psicosocial, se emprendan tras una evaluación individual de las circunstancias específicas de cada una de ellas y teniendo debidamente en cuenta sus opiniones, necesidades e intereses con vistas a encontrar una solución duradera para el menor. Dentro de un plazo razonable, los Estados miembros facilitarán el acceso a la educación, a las víctimas que son menores y a los hijos de las víctimas que reciban asistencia y apoyo con arreglo al artículo 11, de conformidad con su Derecho nacional.
2. Los Estados miembros designarán un tutor o representante legal del menor víctima de la trata de seres humanos a partir del momento en que las autoridades nacionales lo identifiquen como tal, cuando, en virtud del Derecho nacional, un conflicto de intereses con el menor impidiera a los titulares de la responsabilidad parental defender el interés superior del menor, o representarlo.
3. Siempre que sea posible y conveniente, los Estados miembros adoptarán medidas destinadas a prestar

asistencia y apoyo a la familia de los menores víctimas de la trata de seres humanos cuando aquella se encuentre en el territorio del Estado miembro. En particular, los Estados miembros le aplicarán, siempre que sea posible y conveniente, el artículo 4 de la Decisión marco 2001/220/JAI.

4. El presente artículo se aplicará sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 11.

Artículo 15 Protección de los menores víctimas de la trata de seres humanos en las investigaciones y procesos penales

1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que en las investigaciones y procesos penales, de acuerdo con el estatuto de la víctima en su correspondiente ordenamiento jurídico, las autoridades competentes designen un representante del menor víctima de la trata de seres humanos en el supuesto de que el Derecho interno retire la representación del menor a los titulares de la responsabilidad parental a causa de un conflicto de intereses entre estos y el menor.
2. Los Estados miembros garantizarán, de acuerdo con el estatuto de la víctima en su correspondiente ordenamiento jurídico, que las víctimas que son menores tengan acceso inmediato al asesoramiento jurídico gratuito y a la representación legal gratuita, incluso a efectos de reclamar una indemnización, salvo si disponen de recursos económicos suficientes.
3. Sin perjuicio de los derechos de defensa, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que en las investigaciones y los procesos penales relacionados con cualquiera de las infracciones contempladas en los artículos 2 y 3:
 - a) los interrogatorios del menor víctima se celebren sin demoras injustificadas tras la comunicación de los hechos a las autoridades competentes;
 - b) los interrogatorios del menor víctima tengan lugar, en caso necesario, en locales asignados o adaptados a tal efecto;
 - c) los interrogatorios del menor víctima estén dirigidos, en caso necesario, por o a través de profesionales con formación adecuada a tal efecto;
 - d) las mismas personas, siempre que ello sea posible y conveniente, dirijan todos los interrogatorios del menor víctima;
 - e) el número de interrogatorios sea el menor posible y solo se celebren cuando sea estrictamente necesario para los fines de las investigaciones y procesos penales;
 - f) el menor víctima esté acompañado por su representante o, en su caso, por un adulto elegido por él, salvo que por decisión motivada se haya excluido a esta persona.
4. Los Estados miembros adoptarán las medidas ne-

LEGISLACIÓN

cesarias para garantizar que, en las investigaciones judiciales relacionadas con cualquiera de las infracciones contempladas en los artículos 2 y 3, todos los interrogatorios de víctimas o, en su caso, de testigos que sean menores, puedan ser grabados en vídeo y que estas grabaciones puedan ser admitidas como pruebas en el proceso penal, de conformidad con las normas de su Derecho nacional.

5. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que en los procesos penales relativos a cualquiera de las infracciones contempladas en los artículos 2 y 3 pueda ordenarse que:

- a) la audiencia se celebre a puerta cerrada, y
- b) la víctima que sea menor pueda ser oída sin estar presente en la sala, mediante la utilización de las tecnologías de la comunicación adecuadas.

6. El presente artículo se aplicará sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12.

Artículo 16 Asistencia, apoyo y protección a los menores no acompañados víctimas de la trata de seres humanos

1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las medidas específicas destinadas a prestar asistencia y apoyo a los menores víctimas de la trata de seres humanos, a que se refiere el artículo 14, apartado 1, tengan debidamente en cuenta las circunstancias personales y particulares del menor no acompañado víctima de dicha trata.

2. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para hallar una solución duradera basada en una evaluación individual del interés superior del menor.

3. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que, cuando proceda, se nombre un tutor para cada menor no acompañado víctima de la trata de seres humanos.

4. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que en las instrucciones y procesos penales, de acuerdo con el estatuto de la víctima en su correspondiente ordenamiento jurídico, las autoridades competentes designen un representante cuando el menor no vaya acompañado o haya sido separado de su familia.

5. El presente artículo se aplicará sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 14 y 15.

Artículo 17 Indemnización a las víctimas

Los Estados miembros garantizarán que las víctimas de la trata de seres humanos tengan acceso a los regímenes existentes de indemnización a las víctimas de delitos violentos cometidos intencionadamente.

Artículo 18 Prevención

1. Los Estados miembros adoptarán medidas apropiadas, como la educación y la formación, para desalentar y disminuir la demanda, que es el factor que

favorece todas las formas de explotación relacionadas con la trata de seres humanos.

2. Los Estados miembros adoptarán medidas apropiadas, incluso por medio de Internet, como campañas de información y concienciación, programas de educación e investigación, cuando proceda, en cooperación con las correspondientes organizaciones de la sociedad civil y otras partes interesadas, destinadas a concienciar y reducir el riesgo de que las personas, especialmente los menores, sean víctimas de la trata de seres humanos.

3. Los Estados miembros fomentarán la formación periódica de los funcionarios, incluidos los funcionarios de policía de primera línea, que puedan estar en contacto con las víctimas reales y las posibles víctimas de la trata de seres humanos, con el objeto de que puedan identificar a esas víctimas y posibles víctimas y ocuparse de ellas.

4. Con objeto de hacer más eficaz la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos desalentando la demanda, los Estados miembros estudiarán la adopción de medidas para tipificar penalmente el uso de servicios que son objeto de explotación a los que se hace referencia en el artículo 2, a sabiendas de que la persona es víctima de una de las infracciones contempladas en dicho artículo.

Artículo 19 Ponentes nacionales o mecanismos equivalentes

Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para establecer ponentes nacionales o mecanismos equivalentes. El cometido de tales mecanismos incluirá la evaluación de las tendencias de la trata de seres humanos, la cuantificación de los resultados de las acciones de la lucha contra la trata, incluida la recopilación de estadísticas en estrecha cooperación con las correspondientes organizaciones de la sociedad civil presentes en este ámbito, y la información.

Artículo 20 Coordinación de la estrategia de la Unión contra la trata de seres humanos

Con objeto de contribuir a una estrategia coordinada y consolidada de la Unión Europea en su lucha contra la trata de seres humanos, los Estados miembros facilitarán la labor de un Coordinador de la UE para la lucha contra la trata de seres humanos. Concretamente, los Estados miembros remitirán a dicho Coordinador la información a que hace referencia el artículo 19, sobre cuya base el Coordinador efectuará su contribución a los informes que cada dos años elaborará la Comisión sobre el progreso en la lucha contra la trata de seres humanos.

Artículo 21 Sustitución de la Decisión marco 2002/629/JAI

Queda sustituida la Decisión marco 2002/629/JAI, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos

LEGISLACIÓN

para los Estados miembros que participan en la adopción de la presente Directiva, sin perjuicio de las obligaciones de los Estados miembros en lo que se refiere a los plazos para la transposición de dicha Decisión marco en sus ordenamientos jurídicos. Para los Estados miembros que participan en la adopción de la presente Directiva, las referencias a la Decisión marco 2002/629/JAI se entenderán hechas a la presente Directiva.

Artículo 22 Incorporación al Derecho nacional

1. Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 6 de abril de 2013.
2. Los Estados miembros transmitirán a la Comisión el texto de las disposiciones que incorporen a su Derecho nacional las obligaciones derivadas de la presente Directiva.
3. Cuando los Estados miembros adopten dichas medidas, estas incluirán una referencia a la presente Directiva o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial. Los Estados miembros establecerán las modalidades de la mencionada referencia.

Artículo 23 Informes

1. A más tardar el 6 de abril de 2015, la Comisión presentará al Parlamento Europeo y al Consejo un informe en el que se evaluará en qué medida los Estados miembros han adoptado las disposiciones necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Directiva, incluida una descripción de las medidas adoptadas en virtud del artículo 18, apartado 4, acompañado, si es necesario, de propuestas legislativas.
2. A más tardar el 6 de abril de 2016, la Comisión presentará al Parlamento Europeo y al Consejo un informe de evaluación de la incidencia de la legislación nacional vigente que tipifica penalmente el uso de servicios que son objeto de explotación relacionada con la trata de seres humanos, en la prevención de la trata de seres humanos, acompañado, si es necesario, de las propuestas oportunas.

Artículo 24 Entrada en vigor

La presente Directiva entrará en vigor el día de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea.

Artículo 25 Destinatarios

Los destinatarios de la presente Directiva son los Estados miembros de conformidad con los Tratados.

LEY ORGÁNICA 10/2011, DE 27 DE JULIO, DE MODIFICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 31 BIS Y 59 BIS DE LA LEY ORGÁNICA 4/2000, DE 11 DE ENERO, SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL²⁴

Artículo 1.

Se modifica el artículo 31 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que queda redactado del siguiente modo:

“Artículo 31 bis. Residencia temporal y trabajo de mujeres extranjeras víctimas de violencia de género.

1. Las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen garantizados los derechos reconocidos en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, así como las medidas de protección y seguridad establecidas en la legislación vigente.
2. Si al denunciarse una situación de violencia de género contra una mujer extranjera se pusiera de manifiesto su situación irregular, no se incoará el expediente administrativo sancionador por infracción del artículo 53.1.a), y se suspenderá el expediente administrativo sancionador que se hubiera incoado por la comisión de dicha infracción con anterioridad a la de-

nuncia o, en su caso, la ejecución de las órdenes de expulsión o de devolución eventualmente acordadas.

3. La mujer extranjera que se halle en la situación descrita en el apartado anterior, podrá solicitar una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales a partir del momento en que se hubiera dictado una orden de protección a su favor o, en su defecto, Informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género. Dicha autorización no se resolverá hasta que concluya el procedimiento penal. En el momento de presentación de la solicitud, o en cualquier otro posterior a lo largo del proceso penal, la mujer extranjera, por sí misma o través de representante, también podrá solicitar una autorización de residencia por circunstancias excepcionales a favor de sus hijos menores de edad o que tengan una discapacidad y no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades, o una autorización de residencia y trabajo en caso de que fueran mayores de 16 años y se encuentren en España en el momento de la denuncia.

²⁴ BOE núm. 180, de 28 de julio de 2011. Su Preámbulo puede consultarse en http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-12962.

LEGISLACIÓN

Sin perjuicio de lo anterior, la autoridad competente para otorgar la autorización por circunstancias excepcionales concederá una autorización provisional de residencia y trabajo a favor de la mujer extranjera y, en su caso, las autorizaciones de residencia provisionales a favor de sus hijos menores de edad o con discapacidad, o de residencia y trabajo si fueran mayores de 16 años, previstas en el párrafo anterior, que se encuentren en España en el momento de la denuncia. Las autorizaciones provisionales eventualmente concedidas concluirán en el momento en que se concedan o denieguen definitivamente las autorizaciones por circunstancias excepcionales.

4. Cuando el procedimiento penal concluyera con una sentencia condenatoria o con una resolución judicial de la que se deduzca que la mujer ha sido víctima de violencia de género, incluido el archivo de la causa por encontrarse el imputado en paradero desconocido o el sobreseimiento provisional por expulsión del denunciado, se notificará a la interesada la concesión de las autorizaciones solicitadas. En el supuesto de que no se hubieran solicitado, se le informará de la posibilidad de concederlas, otorgándole un plazo para su solicitud.

Si del procedimiento penal concluido no pudiera deducirse la situación de violencia de género, se incoará el expediente administrativo sancionador por infracción del artículo 53.1.a) o se continuará, en el supuesto de que se hubiera suspendido inicialmente”.

Artículo 2.

Se modifican los apartados 2 y 3 del artículo 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que quedan redactados del siguiente modo:

“2. Los órganos administrativos competentes, cuando estimen que existen motivos razonables para creer que una persona extranjera en situación irregular ha sido víctima de trata de seres humanos, informarán a la persona interesada sobre las previsiones del presente artículo y elevarán a la autoridad competente para su resolución la oportuna propuesta sobre la concesión de un período de restablecimiento y reflexión, de acuerdo con el procedimiento previsto reglamentariamente.

Dicho período de restablecimiento y reflexión tendrá

una duración de, al menos, treinta días, y deberá ser suficiente para que la víctima pueda decidir si desea cooperar con las autoridades en la investigación del delito y, en su caso, en el procedimiento penal. Tanto durante la fase de identificación de las víctimas, como durante el período de restablecimiento y reflexión, no se incoará un expediente sancionador por infracción del artículo 53.1.a) y se suspenderá el expediente administrativo sancionador que se le hubiere incoado o, en su caso, la ejecución de la expulsión o devolución eventualmente acordadas. Asimismo, durante el período de restablecimiento y reflexión, se le autorizará la estancia temporal y las administraciones competentes velarán por la subsistencia y, de resultar necesario, la seguridad y protección de la víctima y de sus hijos menores de edad o con discapacidad, que se encuentren en España en el momento de la identificación, a quienes se harán extensivas las previsiones del apartado 4 del presente artículo en relación con el retorno asistido o la autorización de residencia, y en su caso trabajo, si fueran mayores de 16 años, por circunstancias excepcionales. Finalizado el período de reflexión las administraciones públicas competentes realizarán una evaluación de la situación personal de la víctima a efectos de determinar una posible ampliación del citado período.

Con carácter extraordinario la Administración Pública competente velará por la seguridad y protección de aquellas otras personas, que se encuentren en España, con las que la víctima tenga vínculos familiares o de cualquier otra naturaleza, cuando se acredite que la situación de desprotección en que quedarían frente a los presuntos traficantes constituye un obstáculo insuperable para que la víctima acceda a cooperar.

3. El período de restablecimiento y reflexión podrá denegarse o ser revocado por motivos de orden público o cuando se tenga conocimiento de que la condición de víctima se ha invocado de forma indebida. La denegación o revocación deberán estar motivadas y podrán ser recurridas según lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

Disposición final.

La presente Ley Orgánica entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”.

LEGISLACIÓN

REFORMA DEL REGLAMENTO DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS
POR LA QUE SE MODIFICAN LOS ARTÍCULOS 79 Y 82²⁵**Exposición de motivos**

La conveniencia de conciliar el derecho de los parlamentarios a votar en sesión plenaria y el imperativo de que la adopción de los acuerdos en las Cámaras se realice con todas las garantías, obliga a limitar a supuestos tasados la posibilidad de la emisión del voto personal por un procedimiento no presencial.

A tal fin, se opta por un procedimiento telemático con verificación personal, aplicable a las votaciones que se produzcan en sesión plenaria respecto de las que exista certeza en cuanto al modo y momento en que se producirán.

Artículo 1.

Se crea un nuevo apartado 3 del artículo 79:

3. Se computarán como presentes en la votación los miembros de la Cámara que, pese a estar ausentes, hayan sido expresamente autorizados por la Mesa para participar en la misma.

Artículo 2.

Se añade un nuevo apartado 2 en el artículo 82, que queda redactado del siguiente modo:

1. La votación podrá ser:

- 1.º Por asentimiento a la propuesta de la Presidencia.
- 2.º Ordinaria.
- 3.º Pública por llamamiento.
- 4.º Secreta.

2. En los casos de embarazo, maternidad, paternidad o enfermedad grave en que, por impedir el desempeño de la función parlamentaria y atendidas las espe-

ciales circunstancias se considere suficientemente justificado, la Mesa de la Cámara podrá autorizar en escrito motivado que los Diputados emitan su voto por procedimiento telemático con comprobación personal, en las sesiones plenarias en aquellas votaciones que, por no ser susceptibles de fragmentación o modificación, sea previsible el modo y el momento en que se llevarán a cabo.

A tal efecto, el Diputado cursará la oportuna solicitud mediante escrito dirigido a la Mesa de la Cámara, quien le comunicará su decisión, precisando, en su caso, las votaciones y el periodo de tiempo en el que podrá emitir el voto mediante dicho procedimiento. El voto emitido por este procedimiento deberá ser verificado personalmente mediante el sistema que, a tal efecto, establezca la Mesa y obrará en poder de la Presidencia de la Cámara con carácter previo al inicio de la votación correspondiente.

Disposición final primera.

La Mesa del Congreso de los Diputados adoptará las disposiciones y medidas necesarias para la puesta en práctica del procedimiento telemático con verificación personal de votación previsto en la presente reforma reglamentaria.

Disposición final segunda.

La presente modificación del Reglamento del Congreso de los Diputados entrará en vigor el día 1 de septiembre de 2011.

²⁵ BOCC, Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 327-3, de 27 de julio de 2011 (también publicada en BOE núm. 184, de 2 de agosto de 2011). Disponible en http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCC/B/B_327-03.PDF.

LEGISLACIÓN

PROTOCOLO DE ACTUACIÓN FRENTE AL ACOSO SEXUAL Y AL ACOSO POR RAZÓN DE SEXO EN EL ÁMBITO EN LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO. RESOLUCIÓN DE 28 DE JULIO DE 2011, DE LA SECRETARÍA DE ESTADO PARA LA FUNCIÓN PÚBLICA, POR LA QUE SE APRUEBA Y PUBLICA EL ACUERDO DE 27 DE JULIO DE 2011 DE LA MESA GENERAL DE NEGOCIACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO²⁶

I. Introducción

Toda persona tiene derecho a ser tratada con dignidad y respeto. En virtud de ese derecho la Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, declaran que el acoso sexual y acoso por razón de sexo, suponen un atentado a la dignidad de las personas trabajadoras, por lo que rechazan y prohíben cualquier práctica de este tipo en el trabajo, y hacen expreso pronunciamiento de no tolerar estas acciones, así como de facilitar los medios precisos para impedir su manifestación en el ámbito laboral.

La Administración, todo su personal, incluyendo a sus representantes, deben procurar un entorno laboral libre de acoso sexual y de acoso por razón de sexo. En concreto, sus órganos y personal directivo deben proveer todos los medios a su alcance para prevenir, evitar y, en su caso, detectar y eliminar cualquier situación de acoso sexual o de acoso por razón de sexo, así como sancionar cualquier conducta que lleve a tales situaciones, garantizando en todo caso, que la asistencia y protección de las víctimas se realiza siguiendo los principios de sigilo, respeto, profesionalidad, objetividad e imparcialidad y celeridad. Queda, por tanto, expresamente prohibido cualquier comportamiento o conducta de esta naturaleza, pudiendo ser consideradas, con independencia de lo establecido en la legislación penal, como falta muy grave, dando lugar a las sanciones que este protocolo y la Ley 7/2007, de 12 de abril, proponen para este tipo de conductas.

En consecuencia, la Administración General del Estado y las y los representantes del personal a su servicio se comprometen a prevenir y sancionar, en su caso, conforme a lo regulado por medio del presente protocolo, el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, con las debidas garantías y tomando en consideración las normas constitucionales, laborales, administrativas y declaraciones de principios y derechos fundamentales en el trabajo. Protocolo que tiene por finalidad definir, implementar y comunicar a todo el

personal a su servicio las medidas que la Administración despliega para evitar y sancionar los casos de acoso sexual y acoso por razón de sexo.

1.1 Justificación y antecedentes normativos:

- *Ámbito Nacional:* La Constitución española reconoce como derechos fundamentales la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad (Art. 10.1), la igualdad y la no discriminación por razón de sexo en sentido amplio (Art. 14), el derecho a la vida y a la integridad física y moral, así como a no ser sometidos a tratos degradantes (Art. 15), el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (Art. 18.1). El artículo 35.1 CE incorpora a su vez, el derecho a la no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones de trabajo.

Además en su artículo 9.2 dispone que «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y 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» y el artículo 10.1 CE impone a los poderes públicos el deber de proteger la dignidad de la persona que se ve afectada por tratos discriminatorios.

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres, da un gran paso prohibiendo expresamente el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, así como definiendo estas conductas (artículos 7, 8, 48 y 62). Estableciendo específicamente en su artículo 62 y Disposición final sexta, el compromiso de las Administraciones Públicas de negociar con la representación legal de las trabajadoras y trabajadores, un protocolo de actuación para la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo.

Por otra parte, el artículo 51 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, en aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres, atribuye a las Administraciones Públicas el deber general de remo-

²⁶ BOE núm. 189, de 8 de agosto de 2011: por Resolución de 28 de julio de 2011, de la Secretaría de Estado para la Función Pública, se aprobó y publicó el Acuerdo de 27 de julio de 2011 de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado sobre dicho Protocolo. Las partes expositivas y dispositivas de la Resolución y del Acuerdo, así como el Índice del Protocolo y Modelo de denuncia por acoso, pueden consultarse en http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-13553 y en http://legislacion.060.es/434426_LEG-ides-idweb.html.

LEGISLACIÓN

ver los obstáculos que impliquen la pervivencia de cualquier tipo de discriminación con el fin de obtener condiciones de igualdad efectiva entre mujeres y hombres, estableciendo, en el ámbito de sus competencias, medidas efectivas de protección frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo. También adapta esta Ley las infracciones, las sanciones y los mecanismos de control de los incumplimientos en materia de no discriminación, reforzando el papel de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

La Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, aplicable a las empleadas y empleados públicos que trabajen en la Administración General del Estado (AGE) (artículo 93.4) tipifica como falta muy grave «toda actuación que suponga discriminación por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, lengua, opinión, lugar de nacimiento o vecindad, sexo o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, así como el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso moral» (art. 95.2. b).

El Criterio Técnico de la Inspección de Trabajo NÚM/69/2009, sobre actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de acoso y violencia en el trabajo considera infracción en materia de prevención la ausencia de evaluación y de adopción de medidas preventivas de la violencia de género en el ámbito laboral.

El Acoso sexual también se encuentra regulado en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (artículo 8); en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa (artículo 19.1.i) y en la ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (artículo 11 bis) en materia de legitimación; en el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (artículos 4.2.e, 54.2 y 95.14), en el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (artículos 175 a 182); en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (artículo 18.9) y artículo 184 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Asimismo, el Plan de Igualdad entre mujeres y hombres en la Administración General del Estado y en sus Organismos Públicos, aprobado en el seno de la Comisión Técnica de Igualdad de Oportunidades, el 20 de enero de 2011 y ratificado por la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado el 26 de enero de 2011, elevado el Acuerdo al Consejo

de Ministros y aprobado el 28 de enero de 2011, cuyo objetivo general es la promoción, fortalecimiento y desarrollo de la igualdad de trato entre mujeres y hombres en el ámbito de la Administración General del Estado, uno de los compromisos que contempla es la elaboración de un Protocolo de actuación que regule el acoso sexual y el acoso por razón del sexo.

- *Ámbito Comunitario e Internacional:* En el ámbito comunitario, la Recomendación de la Comisión 92/131/CEE, de 27 de noviembre, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, ya recoge un “Código de conducta sobre las medidas para combatir el acoso sexual”.

La Directiva 2006/54/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que deroga, entre otras, la Directiva 76/207/CEE, modificada por la Directiva 2002/73/CE, recoge las definiciones de acoso sexual, acoso por razón de sexo y otras cuestiones horizontales aplicables a toda conducta o acto discriminatorio en la materia que nos ocupa.

La Comunicación de la Comisión sobre el acuerdo marco europeo sobre el acoso y la violencia en el trabajo (COM (2007) 686 final) firmado por los agentes sociales europeos habla de diferentes tipos de acoso en función de su proyección y efectos, de su exteriorización, de los sujetos implicados y de su materialización.

En el ámbito internacional, cabe mencionar, el Convenio 111 de la OIT contra la discriminación en el empleo, que aborda el acoso sexual en el lugar de trabajo como una forma importante de discriminación para las mujeres trabajadoras, y la Recomendación Núm. 19 sobre violencia en el lugar de trabajo en el sector de los servicios y medidas para combatirla.

Ante todo este conjunto de mandatos legales, dirigidos a promover un mayor y mejor cumplimiento de los derechos de las empleadas y empleados públicos, el Ministerio de Política Territorial y Administración Pública ha promovido la elaboración del presente protocolo en el que se establecen las acciones y procedimientos a seguir para prevenir o evitar, en lo posible, las conductas de acoso sexual y acoso por razón de sexo en los centros de trabajo de la Administración General del Estado y organismos públicos de ella dependientes, que ha sido negociado en la Comisión Técnica de Igualdad y ratificado por la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado (MGNAGE), para su posterior elaboración y tramitación como Real Decreto.

1.2. Principios de actuación: De conformidad con el artículo 62 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, “Para la prevención del acoso sexual y el acoso por razón de sexo, las Administraciones Públicas ne-

LEGISLACIÓN

gociarán con la representación legal de las trabajadoras y trabajadores, un protocolo de actuación que comprenderá, al menos, los siguientes principios: a. El compromiso de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella de prevenir y no tolerar el acoso sexual y el acoso por razón de sexo. b. La instrucción a todo el personal de su deber de respetar la dignidad de las personas y su derecho a la intimidad, así como la igualdad de trato entre mujeres y hombres. c. El tratamiento reservado de las denuncias de hechos que pudieran ser constitutivos de acoso sexual o de acoso por razón de sexo, sin perjuicio de lo establecido en la normativa de régimen disciplinario. d. La identificación de las personas responsables de atender a quienes formulen una denuncia”.

II. Política de prevención frente al acoso sexual y por razón de sexo

2.1 Objetivos y ámbito de aplicación.

2.1.1 Objetivo general: Evitar las posibles situaciones de acoso sexual y acoso por razón de sexo en la Administración General del Estado y en los organismos dependientes de ésta y afrontarlas de manera efectiva en caso de que éstas lleguen a producirse.

2.1.2 Objetivos específicos:

– Informar, formar y sensibilizar a las empleadas y empleados en materia de acoso sexual y acoso por razón de sexo, dando pautas para identificar dichas situaciones, prevenir y evitar que se produzcan.

– Disponer de la organización específica y de las medidas necesarias para atender y resolver los casos que se produzcan.

– Garantizar la seguridad, integridad y dignidad de las personas afectadas, la aplicación de las medidas que en cada caso procedan para la protección de las presuntas víctimas en todo momento, con inclusión de las medidas cautelares que sean oportunas, acabar con el acoso y, en su caso, aplicar las medidas sancionadoras pertinentes.

La tramitación del procedimiento no impedirá en ningún caso la iniciación, paralela o posterior, por parte de las personas implicadas de las acciones administrativas o judiciales pertinentes.

2.1.3 Ámbito de aplicación: El presente Protocolo será de aplicación a todo el personal de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ésta.

2.2 Definiciones: La Directiva 2006/54/CE, y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, consideran que el acoso sexual y el acoso por razón de sexo son conductas discriminatorias, y definen estas conductas estableciendo medidas para prevenirlas y en su caso, combatirlas. En concreto, la Ley Orgánica hace a su vez la distinción de discriminación por embarazo o

maternidad en sus artículos 7 y 8. Por su parte el artículo 9 garantiza la indemnidad frente a posibles represalias. A los efectos de este protocolo, y en todo caso, es plenamente aplicable lo dispuesto en el título I de esta Ley Orgánica.

- Acoso sexual es cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.

- Acoso por razón de sexo es cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo. El condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo se considerará también acto de discriminación por razón de sexo.

Todo trato desfavorable relacionado con el embarazo, la maternidad, paternidad o asunción de otros cuidados familiares también estará amparado por la aplicación de este protocolo cuando se den los requisitos definidos en el apartado anterior.

Se considerarán, en todo caso, discriminatorios el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, así como toda orden de discriminar directa o indirecta por razón de sexo, quedando estas conductas estrictamente prohibidas.

- Indemnidad frente a represalias: También estará prohibido cualquier trato adverso o efecto negativo que se produzca en una persona como consecuencia de la presentación por su parte de queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso, de cualquier tipo, destinados a impedir su discriminación por acoso sexual o acoso por razón de sexo, o la de otra persona.

- Delito de acoso sexual: El artículo 184 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, tipifica el delito de acoso sexual estableciendo que: “1. El que solicitar favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses. 2. Si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquélla pueda tener en el ámbito de la indicada relación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses. 3. Cuando la víctima

LEGISLACIÓN

sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses en los supuestos previstos en el apartado 1, y de prisión de seis meses a un año en los supuestos previstos en el apartado 2 de este artículo”.

2.3 Compromisos.

2.3.1 Departamento, Organismo o Entidad Pública: La Administración General del Estado y los Organismos Públicos vinculados y dependientes de ella deben prevenir y no tolerar el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, de conformidad con lo establecido en el artículo 62.1 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo.

Con el fin de dar cumplimiento a lo preceptuado en este artículo y para asegurar que todas las empleadas y empleados públicos disfruten de un entorno de trabajo en el que la dignidad de la persona sea respetada y no se vea afectada por ninguna conducta de acoso sexual y acoso por razón de sexo, cada Departamento, Organismo o Entidad Pública deberá:

- Declarar formalmente por escrito y difundir el rechazo a todo tipo de acoso sexual y acoso por razón de sexo, en todas sus formas y modalidades, sin atender a quién sea la víctima o la persona acosadora, ni cual sea su situación en la organización, garantizando el derecho de las empleadas y empleados públicos a recibir un trato respetuoso y digno. Esta declaración debe llegar a todas las personas que trabajen dentro de su ámbito de dirección y/o organización.
- Promover una cultura de prevención contra el acoso sexual o acoso por razón de sexo, a través de acciones formativas e informativas de sensibilización para todo su personal.
- Comprometerse a denunciar, investigar, mediar y sancionar en su caso, conforme a lo previsto en este protocolo y en la Ley 7/2007, de 12 de abril, cualquier conducta que pueda ser constitutiva de acoso sexual y/o acoso por razón de sexo, aplicando el procedimiento específico aquí establecido que responda a los principios de profesionalidad, objetividad, imparcialidad, celeridad, respeto a la persona y tratamiento reservado de las denuncias, con el consiguiente deber de sigilo, sin perjuicio de lo establecido en la normativa sobre régimen disciplinario.
- Apoyar y asesorar a las presuntas víctimas de acoso sexual y acoso por razón de sexo.

Dichos compromisos han de articularse expresamente por los Departamentos ministeriales y los Organismos Públicos vinculados y dependientes de ellos indicando claramente los comportamientos que no serán tolerados y recordando que los mismos, de producirse, podrán ser calificados de falta muy grave (artículo 95.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril). Para

ello serán comunicados a todas las personas de la organización, dejando claramente establecido que esta política se aplicará a todas las personas recogidas en el ámbito de aplicación del protocolo, independientemente del nivel jerárquico, puesto que ocupen o de cuál sea su relación jurídica con la Administración.

Finalmente, para hacer efectivo este compromiso de actuación, cada Departamento u Organismo se dotará de los procedimientos, acciones e instrumentos que permitan prevenir, detectar y erradicar las conductas que pudiera ser constitutivas de acoso sexual y acoso por razón de sexo y, para que en el caso de que ocurran tales supuestos, poder evaluarlos y adoptar las medidas correctoras y de protección que correspondan.

2.3.2 Representación unitaria y sindical de las y los empleadas y empleados públicos: En la aplicación de esta política es imprescindible reconocer el papel de la representación unitaria y sindical en la prevención, denuncia de situaciones de acoso y acoso sexual, la vigilancia del cumplimiento de la normativa en materia laboral y de condiciones de trabajo, tareas de sensibilización e información, así como en el apoyo y representación de las empleadas y los empleados públicos que expresamente lo solicitan.

La representación sindical de la correspondiente comisión de igualdad departamental tendrá derecho a recibir información periódica sobre el número de denuncias de acoso sexual y acoso por razón de sexo, de los resultados de las investigaciones, incluyendo el archivo de denuncias, de las medidas que se adopten en virtud de lo previsto en el presente protocolo, y a ser informada de cuantos estudios se realicen en este ámbito, siempre que éstos no contengan datos de carácter personal de aquellas personas que hayan intervenido o intervengan como parte en los procedimientos que nos ocupan. En todo caso, tanto los y las representantes de las organizaciones sindicales, tendrán el deber de sigilo respecto de aquellos hechos de los que pudieran tener conocimiento en el ejercicio de su representación.

En cualquier caso, todas las personas trabajadoras contribuirán a garantizar un entorno laboral en el que se respete la dignidad de las personas trabajadores, observando y respetando, para ello, las medidas contenidas en este Protocolo y en la normativa aplicable.

2.4 Criterios generales a los que debe ajustarse la actuación y garantías del procedimiento: En el contexto de este protocolo deben tenerse en cuenta los siguientes criterios:

- Cualquier empleada/o público tiene la obligación de poner en conocimiento de sus superiores jerárquicos los casos de posible acoso sexual o acoso por razón de sexo que conozca.

LEGISLACIÓN

- La persona afectada por un comportamiento susceptible de ser constitutivo de acoso sexual o acoso por razón de sexo podrá denunciarlo ante la organización y tendrá derecho a obtener una respuesta, debiendo siempre la Administración dejar constancia por escrito de la denuncia, incluso cuando los hechos sean denunciados verbalmente, así como de todo lo actuado en el procedimiento.
- Todo responsable público está obligado a prestar atención y a tramitar, en su caso, las denuncias que reciba sobre supuestos de acoso sexual o acoso por razón de sexo, en el ámbito de su competencia.
- Todas las personas implicadas en el procedimiento han de buscar de buena fe el esclarecimiento de los hechos denunciados.
- Debe garantizarse la dignidad de las personas y su derecho a la intimidad a lo largo de todo el procedimiento, así como la igualdad de trato entre mujeres y hombres.
- Se garantizará el tratamiento reservado de la información relativa a las situaciones que pudieran ser constitutivas de acoso sexual o de acoso por razón de sexo, sin perjuicio de lo establecido en la normativa de régimen disciplinario.
- La investigación y la resolución del procedimiento, incluida la imposición de medidas cautelares y sanciones en su caso, se llevarán a cabo con la mayor celeridad posible.
- La aplicación de este protocolo no impedirá en ningún caso la utilización, paralela o posterior, por parte de las personas implicadas, de las acciones legales oportunas.

Respecto a las garantías que debe cumplir el procedimiento deben señalarse las siguientes:

- Respeto y protección a las personas: Es necesario proceder con la discreción necesaria para proteger la intimidad y la dignidad de las personas afectadas. Las actuaciones o diligencias deben realizarse con la mayor prudencia y con el debido respeto a todas las personas implicadas, que en ningún caso podrán recibir un trato desfavorable por este motivo. Las personas implicadas podrán ser asistidas por algún representante unitario o sindical u otra u otro acompañante de su elección, en todo momento a lo largo del procedimiento, si así lo requieren.
- Confidencialidad: Las personas que intervengan en el procedimiento tienen obligación de guardar una estricta confidencialidad y reserva y no deben transmitir ni divulgar información sobre el contenido de las denuncias presentadas, resueltas o en proceso de investigación de las que tengan conocimiento. Por ello, desde el momento en que se formule la denuncia, la persona o personas responsables de su iniciación y tramitación asignarán unos códigos numéricos

identificativos tanto de la persona supuestamente acosada, como a la supuestamente acosadora, preservando así su identidad.

- Diligencia y celeridad: La investigación y la resolución sobre la conducta denunciada deben ser realizadas con la debida profesionalidad, diligencia y sin demoras indebidas, de forma que el procedimiento pueda ser completado en el menor tiempo posible respetando las garantías debidas.

- Imparcialidad y contradicción: El procedimiento debe garantizar una audiencia imparcial y un tratamiento justo para todas las personas afectadas. Todas las personas que intervengan en el procedimiento actuarán de buena fe en la búsqueda de la verdad y el esclarecimiento de los hechos denunciados.

- Protección de la dignidad de las personas afectadas: La organización deberá adoptar las medidas pertinentes para garantizar el derecho a la protección de la dignidad de las personas afectadas, incluyendo a las personas presuntamente acosadas y acosadoras.

- Prohibición de represalias: Se prohíben expresamente las represalias contra las personas que efectúen una denuncia, comparezcan como testigos o participen en una investigación sobre acoso sexual o acoso por razón de sexo en los términos previstos en la normativa aplicable.

III. Medidas de prevención frente al acoso sexual y acoso por razón de sexo

La prevención de unas conductas inadecuadas e inaceptables como son las conductas de acoso sexual o por razón de sexo debe plantearse en el contexto de una acción general y proactiva de prevención, con objeto de identificar los factores que puedan contribuir a crear un entorno laboral exento de acoso. Las distintas formas de organizar el trabajo y las relaciones entre las personas pueden favorecer o, por el contrario, evitar, situaciones o conductas inadecuadas como la que nos ocupa.

Siempre que existan indicios suficientes de la existencia de acoso sexual o acoso por razón de sexo, las Unidades competentes de su tramitación, en cualquier momento del procedimiento, propondrán a los órganos competentes en los departamentos ministeriales o en los organismos públicos vinculados o dependientes de la Administración General del Estado la adopción de aquellas medidas que eviten que la situación de acoso genere un mayor perjuicio para la persona presuntamente acosada.

Todos los Departamentos, Organismos Públicos deberán impulsar actuaciones preventivas frente al acoso, con objeto de prevenir y evitar los comportamientos constitutivos de acoso sexual o acoso por razón de sexo en el trabajo, y en su caso garantizar que se apliquen los procedimientos sancionadores oportunos, im-

LEGISLACIÓN

plantando las siguientes medidas:

3.1 Comunicación, difusión, publicidad del protocolo y acciones de sensibilización: El protocolo debe difundirse de forma que llegue a ser conocido por todas las personas que trabajen en la Administración General del Estado o en cualquiera de los organismos dependientes de ella. La difusión podrá hacerse a través de intranets o de otros medios de comunicación, como por ejemplo, a través de:

- Documentos divulgativos que faciliten información dando a conocer la existencia del protocolo y sus principales características, así como la Web donde podrán descargarlo.
- Sesiones de información y campañas específicas explicativas del contenido del Protocolo, derechos y deberes de las personas trabajadoras, de sus representantes y de la Administración, sanciones y responsabilidades establecidas, medidas cautelares, etc.
- Los Manuales de Acogida, en aquellos Departamentos u Organismos que dispongan de ellos.
- Formación específica para las personas que van a participar en el procedimiento, y a asistir a las presuntas víctimas, sobre el procedimiento a seguir y la forma en la que deben actuar cada una de las partes implicadas.
- Formación general sobre el contenido del protocolo para las y los empleadas y empleados públicos en general.
- Elaboración de estadísticas con datos numéricos, desagregados por sexo, sobre el número de intervenciones y casos de acoso sexual y acoso por razón de sexo, así como publicación periódica de estos datos, manteniendo siempre el anonimato de las personas afectadas.
- Conveniencia de hacer un estudio de riesgos psicosociales, que permitan conocer sobre una base científica cuales son aquellos colectivos o grupos de personas trabajadoras más susceptibles de sufrir acoso en cada centro de trabajo.
- Evaluación y revisión periódica del funcionamiento e implantación del Procedimiento.

IV. Procedimiento de actuación

4.1 Iniciación del procedimiento: En la adaptación a que se hace referencia en el epígrafe 2.3.1 y en la disposición final, la persona titular de la jefatura superior de personal –en los términos establecidos en los artículos 15 y 23 de la Ley 6/1997, de 14 de abril–, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), del Departamento u Organismo deberá identificar inequívocamente cual es la unidad responsable de la recepción y tramitación de los escritos y denuncias en estas materias.

Con carácter general, dicha Unidad será la Inspección General de Servicios departamental, salvo que la per-

sona titular de la jefatura a la que se refiere el párrafo anterior establezca otra.

Dicha unidad deberá disponer de una lista de personas que hayan recibido formación específica en materia de género o que, sin tenerla, esté dispuesta a recibirla y participar en este procedimiento. A sugerencia del Código Comunitario de Conducta para combatir el acoso sexual de 27 de noviembre de 1991, se denominará Asesor o Asesora Confidencial (en adelante Asesoría Confidencial) y se dará a conocer a todo el personal, así como la forma en que se podrá contactar con estas personas.

El procedimiento se inicia con la presentación de la denuncia verbal o escrita, que podrá ser realizada por la persona presuntamente acosada y/o por su representante legal. Además de las personas afectadas y siempre con su autorización podrán también presentarla la representación de las empleadas y empleados públicos en el ámbito en donde aquéllos presten sus servicios, o por cualquier empleada y empleado público que tuviera conocimiento de situaciones que pudieran ser constitutivas de acoso sexual y/o de acoso por razón de sexo. En todo caso, si la formulación de la queja o denuncia fuera realizada verbalmente, será necesaria su ratificación posterior por escrito.

El documento o comunicación de denuncia debe dirigirse a la Unidad responsable de su tramitación en los términos establecidos en cada organización donde preste sus servicios la persona presuntamente acosada.

La Asesoría Confidencial, tras realizar un primer análisis de los datos objetivos y/o previamente conocidos sobre el caso podrá:

1. No admitir a trámite dicha denuncia, cuando resulte evidente que lo planteado no pertenece al ámbito de este protocolo. Deberá manifestarse por escrito a la persona denunciante las causas que han motivado la no admisión de la denuncia.
 2. Resolución informal. En el caso que, a juicio e la Asesoría Confidencial, se encuentre ante una situación que aún no fueran constitutivos de calificarlos como acoso sexual o acoso por razón de sexo, pero que si no se actúa podrían acabar siéndolo, podrá intervenir con carácter voluntario y tendrá como objetivo proporcionar pautas de actuación y propuestas que pongan fin a la situación y eviten que vuelva a producirse en el futuro.
 3. Admitir la denuncia e iniciar la tramitación del procedimiento, según lo previsto en este protocolo.
- Para garantizar la protección de las personas implicadas en este proceso, de oficio o a instancia de las mencionadas personas y previa audiencia a las mismas, la Asesoría Confidencial podrá proponer, en cualquier

LEGISLACIÓN

fase de éste protocolo, debidamente motivada la posible movilidad de éstas, y cuantas otras medidas cautelares estime adecuadas, así como su revisión, con el fin de evitarles mayores perjuicios.

4.2 Investigación: Admitida a trámite la denuncia, la Asesoría confidencial referida iniciará la tramitación del procedimiento, para lo que recabará la mayor información posible para poder efectuar una primera valoración del caso.

El proceso de recopilación de información, deberá desarrollarse con la máxima rapidez, confidencialidad (tratamiento reservado de las denuncias que le confiere el artículo 62 de la Ley Orgánica 3/2007), sigilo y participación de todas las personas implicadas (incluidos los testigos y todas aquellas personas que directa o indirectamente participen en este proceso), deberá ser necesario proceder a entrevistar a las personas afectadas –persona presuntamente responsable de acoso o la presunta víctima del mismo– y posiblemente a algunos testigos u otro personal de interés, si los hubiere. En todo caso, la indagación acerca de la denuncia debe ser desarrollada con la máxima sensibilidad y respeto a los derechos de cada una de las partes afectadas, tanto la persona presuntamente acosadora como la persona presuntamente acosada.

En todo el procedimiento, tanto la persona denunciante como la persona denunciada podrán ser acompañadas, si así lo solicitan expresamente, por un o una representante unitario o sindical u otra u otro acompañante de su elección.

Los departamentos ministeriales y los organismos públicos vinculados o dependientes de la Administración General del Estado tendrán la obligación de colaborar con la Asesoría Confidencial a lo largo de todo el proceso de investigación.

4.3 Elaboración de propuestas resultantes del informe de valoración inicial: Al finalizar esta indagación, la Asesoría Confidencial emitirá un informe de valoración, con las conclusiones y propuestas que se deriven de la misma, que remitirá a la unidad responsable para su resolución, acompañando las actuaciones practicadas.

Este informe deberá ser emitido, siempre con la cautela señalada respecto al tratamiento reservado de las denuncias de hechos que pudieran ser constitutivos de acoso sexual o de acoso por razón de sexo.

El informe de valoración de la Asesoría Confidencial propondrá alguna de las siguientes alternativas:

A. Archivo de la denuncia. Corresponderá proponer el archivo del expediente que ha provocado la denuncia, motivado por alguno de los siguientes supuestos:

- Desistimiento de la persona denunciante (en todo caso, y de oficio, continuará la investigación de la de-

nuncia si detectarán indicios de acoso).

- Falta de objeto o insuficiencia de indicios.

- Cuando de las actuaciones previas practicadas se pueda dar por resuelto el contenido de la denuncia, reflejando, en su caso, el acuerdo alcanzado entre las partes.

B. Si del análisis del caso se dedujera la comisión de alguna otra falta, distinta del acoso sexual o acoso por razón de sexo y tipificada en la normativa existente se propondrá la incoación de expediente disciplinario que corresponda.

C. Indicios claros de Acoso sexual o acoso por razón de sexo. Cuando del referido informe se deduzca con claridad la existencia de acoso sexual o acoso por razón de sexo, la precitada persona responsable del Departamento u Organismo donde preste sus servicios la persona presuntamente acosada, propondrá la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave de acoso, y las correspondientes medidas correctoras de la situación.

De la resolución aquí adoptada se dará traslado a la persona objeto del acoso, para que en un plazo de cinco días naturales, pueda presentar alegaciones en caso de desacuerdo con la misma.

En caso de desacuerdo con la resolución adoptada, la persona objeto de acoso podrá solicitar la intervención del Comité de Asesoramiento designado al efecto. Dicha solicitud sólo será admitida, mediante la aportación de nuevos elementos de juicio por parte de la persona interesada, debidamente motivados, en cualquiera de los dos supuestos siguientes:

□ Que el desacuerdo tenga su base en el archivo de la denuncia por falta de objeto o insuficiencia de indicios.

□ Que la resolución aprecie una falta disciplinaria distinta de la del acoso sexual o acoso por razón de sexo.

4.4 Comité de Asesoramiento: La solicitud motivará que se constituya un Comité de Asesoramiento en el plazo de cinco días hábiles (en los términos establecidos en el anexo II).

En el documento de constitución del Comité además de nombrarse a las personas que van a ser miembros del Comité se designará a alguno de ellos como persona tramitadora.

Reunido el Comité de Asesoramiento, a la vista del informe de valoración inicial, puede dar por terminada la investigación al no apreciar indicios de acoso sexual o de acoso por razón de sexo.

Si el Comité de Asesoramiento acuerda continuar el procedimiento, éste designará a una persona del Comité, quien realizará las actuaciones pertinentes para recabar la información complementaria que pueda existir y determinar si se aprecian o no indicios suficientes de acoso sexual o de acoso por razón de sexo.

LEGISLACIÓN

Al término de dichas actuaciones, elaborará un informe de conclusiones que presentará al Comité de Asesoramiento para su aprobación y tramitación. El plazo para recabar información y aprobar el informe correspondiente no será superior a quince días naturales.

Desde el inicio del expediente hasta la finalización del mismo, el plazo no podrá superar los treinta días naturales.

4.5 Información: Con carácter general, de las actuaciones y la(s) resolución(es) adoptada(s) se informará a las partes implicadas. Asimismo se emitirá la información estadística a la correspondiente Comisión Delegada de la Comisión Técnica de Igualdad, preservando la intimidad de las personas

4.6 Datos o testimonios falsos: En el caso de que del informe de valoración de la Asesoría Confidencial o del informe de conclusiones emitido, en su caso, por el Comité de Asesoramiento, resulte que los datos aportados o los testimonios son falsos, el responsable del Departamento u Organismo podrá incoar el correspondiente expediente disciplinario a las personas responsables.

V. Evaluación y seguimiento del informe de conclusiones

El responsable en esta materia en el Departamento u Organismo decidirá quién tiene la competencia dentro de cada Departamento u Organismo para registrar los informes de conclusiones y remitir dichos informes a los titulares de los órganos que tengan competencias para realizar las medidas que en dichos informes se propongan.

Anualmente, remitirán a la Dirección General de la Función Pública una memoria de las actividades realizadas a lo largo del año. Esta relación comprenderá los informes de conclusiones que hayan determinado la solicitud de apertura de un procedimiento disciplinario por la posible existencia de acoso sexual o acoso por razón de sexo; los que hayan acordado la solicitud de un procedimiento disciplinario por la posible existencia de alguna otra falta disciplinaria, con especial mención a aquéllos en donde se haya concluido la posible existencia de una denuncia falsa, y aquéllos que hayan determinado que no existe, ninguna conducta infractora, así como cuantos otros datos sobre esta materia se soliciten por la Comisión Delegada de la Comisión Técnica de Igualdad.

En el ámbito de cada Mesa Delegada de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado, a la Comisión Delegada derivada de la Comisión Técnica de Igualdad, con la finalidad de conseguir mayor eficacia en la aplicación del protocolo, y lograr una mayor seguridad jurídica para las víctimas, le corresponderá informar y, en su caso, nego-

ciar las acciones de información, formación y difusión de las medidas de prevención del acoso por razón de sexo y del acoso sexual en el ámbito correspondiente.

VI. Disposición final

Una vez aprobado éste protocolo por la correspondiente Mesa Negociadora, y sin perjuicio de su aplicación inmediata, en los términos y condiciones establecidos en el Estatuto Básico del Empleado Público, el Ministerio de Política Territorial y Administración Pública, y en base a los principios fijados, procederá a elaborar el correspondiente proyecto de Real Decreto con el fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 62 y la disposición final sexta de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, que se comunicará a la mencionada Comisión, sin perjuicio de su tramitación en los ámbitos correspondientes.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, desde la aprobación del presente protocolo, en el plazo de tres meses, cada Departamento u Organismo deberá realizar sobre el mismo la adaptación que se requiera, mediante procedimientos de trabajo, instrucciones o cualquier otra herramienta que en cada caso resulte adecuada, para acomodarlo a sus necesidades específicas y garantizar su efectiva implantación que deberá contener con carácter exclusivo los siguientes puntos:

- Ámbito que corresponda, en caso.
- Declaración de compromisos establecidos en el punto 2.3.1 del presente protocolo.
- Establecer la unidad responsable para la programación de la formación e información.
- Determinar la Unidad responsable de la tramitación e identificar las formas de publicitar el protocolo.
- Tener en cuenta especialmente, su estructura, ubicación y dispersión geográfica, así como cualquier otra característica o circunstancia de especial relevancia.

ANEXO I

Asesoría confidencial

1. Definición: El «Asesor o Asesora Confidencial» es la persona que tramitará directamente la denuncia de acoso sexual o acoso por razón de sexo, y por tanto, la persona encargada de gestionar y tramitar las citadas quejas y/o denuncias en la AGE y sus organismos públicos dependientes. Asiste e informe a la víctima sobre sus derechos y sobre las distintas formas de actuación posible, conforme a lo dispuesto en el presente protocolo. Su identidad y la forma en que se podrá contactar con ellas y se dará conocer a todo el personal del Departamento u Organismo.

2. Nombramiento: Cualquier empleada y empleado público que, previa convocatoria, se presente voluntariamente a un proceso de selección, que incluirá la superación de una prueba objetiva, será designada, por la persona titular de la unidad responsable, para

LEGISLACIÓN

el ejercicio de las funciones encomendadas por este protocolo.

En la realización de los nombramientos y la confección del listado de asesoras/es confidenciales, la unidad responsable, procurará que la lista esté integrada por personas que ostenten distintas categorías profesionales, que pertenezcan a ambos sexos y que sean adecuados en número, de forma que se garantice que sean fácilmente accesibles por todo el personal del departamento u organismo de que se trate, teniendo en cuenta la estructura, ubicación y dispersión geográfica.

3. Principios de actuación:

☐ Se garantizará en todo caso la presunción de inocencia de las personas presuntamente acosadoras.

☐ Cuando la víctima está de acuerdo, se intentará la resolución informal.

☐ Serán aplicables las causas y motivos de abstención y recusación establecidos en la normativa (artículo 28 y 29 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

☐ Toda persona designada vendrá obligada a guardar la máxima confidencialidad en relación con los casos en que puedan intervenir. No pudiendo transmitir, ni divulgar información sobre el contenido de las denuncias presentadas, en proceso de investigación o ya resueltas.

☐ Las y los asesores confidenciales no podrán sufrir ningún perjuicio derivados del ejercicio de sus funciones.

4. Formación: La Dirección General de la Función Pública, Dirección General para la Igualdad en el Empleo y Contra la Discriminación, y la participación de personas expertas, diseñarán los contenidos formativos que deban recibir las personas que vayan a ser nombradas asesoras confidenciales.

El módulo, que no será inferior a 100 horas de contenido eminentemente práctico, versará sobre cuestiones de igualdad entre mujeres y hombres, acoso sexual y por razón de sexo en el lugar de trabajo, sobre el presente protocolo y los procedimientos o instrucciones a las que se hace referencia en los epígrafes 2.3.1 y la disposición final, formación en atención psicológica a víctimas, habilidades comunicativas y de gestión de equipos humanos.

Así mismo, el curso preverá sistemas de evaluación que garanticen la superación de los mismos y la adecuada preparación del alumnado.

ANEXO II

Comité de Asesoramiento

1. Composición. El Comité de asesoramiento estará formado por:

☐ Dos personas de la Unidad responsable, que tengan

la condición de Asesores confidenciales, ninguno de ellos no podrá haber participado en la tramitación del expediente.

☐ Un/a representante del personal del departamento ministerial u organismo público donde preste sus servicios la presunta víctima de acoso sexual o de acoso por razón de sexo, que será elegido, previo Acuerdo, por los representantes de las organizaciones sindicales presentes en la Mesa Delegada dependiente de la Mesa General de Negociación de la AGE.

Cuando el Comité lo estime necesario o a demanda de la víctima, podrá asistir un/a experto/a en materia de igualdad y acoso sexual o por razón de sexo designado/a al efecto.

En la designación de las personas integrantes del Comité se garantizará la distancia de parentesco, por afinidad o consanguinidad, así como las relaciones de amistad o enemistad manifiesta, y/o relación de ascendencia o dependencia funcional u orgánica entre ellas y las personas implicadas en el procedimiento. La persona del Comité de asesoramiento afectada quedará automáticamente invalidada para formar parte de dicho procedimiento y será sustituida por otra persona que se nombrará al efecto.

Todos los componentes de este Comité vendrán obligados a guardar la máxima confidencialidad en relación con los casos en que puedan intervenir. No pudiendo transmitir ni divulgar información sobre el contenido de las denuncias y quejas presentadas, en proceso de investigación o ya resueltas.

2. Régimen de funcionamiento del Comité de Asesoramiento. Se regirá en su funcionamiento por:

- Las disposiciones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común, relativas al funcionamiento de los órganos colegiados.

- La normativa legal y convencional española en materia de acoso sexual y acoso por razón de sexo que resulte de aplicación.

- Las Directivas y recomendaciones de la Unión Europea en materia de acoso sexual y acoso por razón de sexo que resulten de aplicación.

- Las disposiciones recogidas en el presente protocolo.

- Las norma de funcionamiento que acuerde el Comité.

3. Informes de conclusiones/recomendaciones. El informe de conclusiones y recomendaciones debe incluir, como mínimo, la siguiente información:

– Relación nominal de las personas que integran el Comité de asesoramiento e identificación de las personas supuestamente acosada y acosadora mediante el correspondiente código numérico.

LEGISLACIÓN · TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO

- Antecedentes del caso, denuncia y circunstancias de la misma.
- Actuaciones previas: Informe de valoración y propuesta de conclusiones elaborado por la asesoría confidencial.
- Otras actuaciones: Testimonios; pruebas; resumen de los principales hechos, etc.
- Informe de conclusiones y medidas propuestas concretas (incluyendo las propuestas que estime

oportunas, y las establecidas en el punto 4.4 del protocolo, así como la propuesta de las personas responsables de su implantación y ejecución, y las medidas cautelares y de compensación a la víctima, en su caso).

- Identificación de una fecha a corto y/o medio plazo para la supervisión y revisión posterior de la implantación de las medidas y de verificación de la ausencia de acoso sexual y/o acoso por razón de sexo.

TRANSVERSALIDAD EN LA LEGISLACIÓN²⁷

Unión Europea

- Reglamento (UE) n° 937/2011 de la Comisión, de 21 de septiembre de 2011, por el que se aplica el Reglamento (CE) n° 808/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a estadísticas comunitarias de la sociedad de la información²⁸. Anexo II: Módulo 2, punto 4, b).
- Decisión n° 940/2011/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2011, sobre el Año Europeo del Envejecimiento Activo y de la Solidaridad Intergeneracional (2012)²⁹. Considerandos (3) y (18); Artículos 2, 3.4, 11.2.
- Decisión del Consejo de 9 de junio de 2011 sobre la aprobación, en nombre de la Unión Europea, del Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia³⁰.
- Decisión de la Comisión de 10 de agosto de 2011 por la que se crea el Grupo de expertos en la trata de seres humanos y se deroga la Decisión 2007/675/CE³¹. Artículo 4.3, Anexo (14°).
- Decisión de la Comisión de 19 de agosto de 2011 por la que se crea la Oficina del Espacio Europeo de Investigación e Innovación³². Artículo 4.2 *in fine*.
- Decisión de la Comisión, de 28 de septiembre de 2011, por la que se crea el Grupo de expertos en corrupción³³. Anexo: párrafo 17°.
- Decisión del Comité Mixto del EEE n° 40/2011, de 1 de abril de 2011, por la que se modifica el anexo XVIII

(Salud y seguridad en el trabajo, derecho laboral e igualdad de trato para hombres y mujeres) del Acuerdo EEE³⁴.

- Conclusiones del Consejo de 7 de marzo de 2011 sobre Pacto Europeo por la Igualdad de Género (2011-2020)³⁵.
- Resolución del Consejo, de 10 de junio de 2011, sobre un Plan de trabajo para reforzar los derechos y la protección de las víctimas, en particular en los procesos penales³⁶. Considerandos (4) y (12).

Estatal general

- Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas³⁷. Preámbulo apartado III (párrafo 2°); Artículos 4 y 10; Disposición final octava punto 1.
- Ley Orgánica 10/2011, de 27 de julio, de modificación de los artículos 31 *bis* y 59 *bis* de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social³⁸.
- Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación³⁹. Artículos 2 k), 14 d), 28.2 c), 33.1 j); Disposición adicional decimotercera; Disposición final tercera: apartado seis (nueva redacción del artículo 57.2 de la Ley Orgánica 6/2001).
- Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición⁴⁰. Preámbulo apartado I (párrafo 7°); Artículo 36.3.
- Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil⁴¹. Pre-

²⁷ Elaborado por Antonio Javier Trujillo Pérez, Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga.

²⁸ DOUE L, 245, 22.09.2011.

²⁹ DOUE L, 246, 23.09.2011.

³⁰ DOUE L, 192, 22.07.2011.

³¹ DOUE L, 207, 12.08.2011.

³² DOUE C, 243, 20.08.2011.

³³ DOUE C, 286, 30.06.2011.

³⁴ DOUE L, 171, 30.06.2011.

³⁵ DOUE C, 155, 25.05.2011.

³⁶ DOUE C, 187, 28.06.2011.

³⁷ BOE núm. 180, de 28 de julio de 2011.

³⁸ BOE núm. 180, de 28 de julio de 2011.

³⁹ BOE núm. 131, de 2 de junio de 2011.

⁴⁰ BOE núm. 160, de 6 de julio de 2011.

⁴¹ BOE núm. 175, de 22 de julio de 2011.

LEGISLACIÓN · TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO

ámbito apartado V (segundo párrafo); Artículos 4 punto 3º, 11 letra h), 44.2, 49.1, 55, 83.1 letras b) y c), 91.2; Disposición adicional cuarta y Disposición transitoria novena.

- Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁴². Artículos 1 punto Cinco (artículo 8.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad); 6 punto Uno (artículo 10.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad); 13 punto Uno (artículo 7 c) de la Ley 23/1998, de 7 de julio, de Cooperación Internacional para el Desarrollo).

- Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social⁴³. Preámbulo apartado IV (párrafos 15º, 22º, 23º y 26º); Artículos 5 uno (artículo 161 bis.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social), 9 (artículo 180.1 y Disposición adicional sexagésima del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social); Disposición adicional quinta.

- Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo⁴⁴. Disposición final segunda (modificación del artículo 32.1.a) de la Ley Orgánica 1/2002, reguladora del Derecho de Asociación).

- Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva⁴⁵. Artículo 6 apartado Cinco (artículo 82.3 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores).

- Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa⁴⁶. Anexo I.

- Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por

desempleo⁴⁷. Artículos 1 y 2.2.

- Real Decreto-ley 14/2011, de 16 de septiembre, de medidas complementarias en materia de políticas de empleo y de regulación del régimen de actividad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado⁴⁸. Artículo 1 punto Dos (modificación de la letra f) del artículo 25.1 de la Ley 56/2003, de Empleo).

- Acuerdo entre España y Ucrania relativo a la regulación y ordenación de los flujos migratorios laborales entre ambos Estados, hecho en Madrid el 12 de mayo de 2009⁴⁹. Artículo 6.

- Reforma del Reglamento del Congreso de los Diputados por la que se modifican los artículos 79 y 82⁵⁰.

- Real Decreto 749/2011, de 27 de mayo, por el que se modifican los Estatutos de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas⁵¹. Disposición adicional única.

- Real Decreto 750/2011, de 27 de mayo, por el que se aprueban los Estatutos de la Real Academia Nacional de Medicina⁵². Disposición adicional segunda.

- Real Decreto 845/2011, de 17 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del Fondo para la Promoción del Desarrollo⁵³. Artículos 1.2, 11.1 y 27.1.

- Real Decreto 1025/2011, de 15 de julio, por el que se establecen las Comisiones Delegadas del Gobierno⁵⁴. Artículos 1.1 h), 9.

- Real Decreto 1026/2011, de 15 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Mutualismo Judicial⁵⁵. Artículos 10.2 b), 93, 103.1 del Reglamento.

- Real Decreto 1146/2011, de 29 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 1631/2006, de 29 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas correspondientes a la Educación Secundaria Obligatoria, así como los Reales Decretos 1834/2008, de 8 de noviembre, y 860/2010, de 2 de julio, afectados por estas modificaciones⁵⁶. Artículo primero punto Dos (5.7 del Real Decreto 1631/2006).

- Real Decreto 1147/2011, de 29 de julio, por el que se establece la ordenación general de la formación profesional del sistema educativo⁵⁷. Artículos 3.2 y 23.1.

- Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de me-

⁴² BOE núm. 184, de 2 de agosto de 2011.

⁴³ BOE núm. 184, de 2 de agosto de 2011.

⁴⁴ BOE núm. 229, de 23 de septiembre de 2011.

⁴⁵ BOE núm. 139, de 11 de junio de 2011.

⁴⁶ BOE núm. 161, de 7 de julio de 2011.

⁴⁷ BOE núm. 208, de 30 de agosto de 2011.

⁴⁸ BOE núm. 226, de 20 de septiembre de 2011.

⁴⁹ BOE núm. 191, de 10 de agosto de 2011.

⁵⁰ BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 327-3, de 27 de julio de 2011 (también publicada en BOE núm. 184, de 2 de agosto de 2011): entrada en vigor el día 1 de septiembre de 2011.

⁵¹ BOE núm. 147, de 21 de junio de 2011.

⁵² BOE núm. 147, de 21 de junio de 2011.

⁵³ BOE núm. 151, de 25 de junio de 2011.

⁵⁴ BOE núm. 170, de 16 de julio de 2011.

⁵⁵ BOE núm. 186, de 4 de agosto de 2011.

⁵⁶ BOE núm. 182, de 30 de julio de 2011.

LEGISLACIÓN · TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO

nones afectados por cáncer u otra enfermedad grave⁵⁸. Artículos 4.1, 7.2.

- Real Decreto 1156/2011, de 29 de julio, por el que se dispone el cese de la Embajadora en Misión Especial para el Fomento de las Políticas de Igualdad de Género⁵⁹.

- Real Decreto 1239/2011, de 8 de septiembre, por el que se aprueban los Estatutos de la Universidad Nacional de Educación a Distancia⁶⁰. Artículo 143 h) de los Estatutos.

- Real Decreto 1275/2011, de 16 de septiembre, por el que se crea la Agencia estatal “Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios” y se aprueba su Estatuto⁶¹. Artículos 12.3, 40.2 del Estatuto.

- I Plan de Igualdad entre mujeres y hombres en la Administración General del Estado y en sus Organismos Públicos, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de enero de 2011⁶².

- Protocolo de actuación frente al acoso laboral en la Administración General del Estado⁶³. Aprobación y publicación por Resolución de 5 de mayo de 2011, de la Secretaría de Estado para la Función Pública.

- Protocolo de actuación frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo en el ámbito de la Administración General del Estado y de los Organismos Públicos vinculados a ella⁶⁴. Aprobación y publicación por Resolución de 28 de julio de 2011, de la Secretaría de Estado para la Función Pública.

- Resolución de 19 de septiembre de 2011, de la Secretaría General Técnica, por la que se publican las Reglas de procedimiento y prueba de la Corte Penal Internacional⁶⁵. Reglas 16: 1.d); 17: 2.a) apartado iv) y b) apartado iii); 18: letra d); 19: letra e); 86; 112: apartado 4.

- Orden SPI/2293/2011, de 11 de julio, por la que se convoca el procedimiento para la concesión del distintivo “Igualdad en la empresa” correspondiente al año 2011, y se establecen sus bases reguladoras⁶⁶.

- Corrección de errores del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de

los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009⁶⁷.

Andalucía

- Acuerdo de 10 de mayo de 2011, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el II Plan de Acción Integral para las Personas con Discapacidad en Andalucía 2011-2013⁶⁸.

- Decreto 216/2011, de 28 de junio, de adecuación de diversos organismos autónomos a las previsiones de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía⁶⁹. Artículo 1.1 c).

- Decreto 193/2011, de 14 de junio, por el que se aprueba el Programa Estadístico de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2011⁷⁰. Parte expositiva párrafos 7º y 9º, Artículo 5 (Anexo I.18), Anexos: I.7, I.8, I.15, I.16, I.18

- Decreto 219/2011, de 28 de junio, por el que se aprueba el Plan para el Fomento de la Cultura Emprendedora en el Sistema Educativo Público de Andalucía⁷¹. Parte expositiva del Decreto párrafo 11º; del Plan: puntos 1.1; 2.1 g) y h); 3.1 párrafo 9º; 3.2 párrafo 19º; 5.2 f) y párrafo 22º; 5.3 párrafo 1º y letra c) párrafos 3º, 9º y 10º; 5.4 párrafo 3º; 5.5 párrafos 1º y 22º.

- Decreto 227/2011 de 5 de julio, por el que se regula el depósito, el registro y la supervisión de los libros de texto, así como el procedimiento de selección de los mismos por los centros docentes públicos de Andalucía⁷². Parte expositiva párrafo 3º, Artículo 4.2.

- Decreto 231/2011, de 12 de julio, por el que se aprueban los Estatutos de la Universidad de Granada⁷³. Artículos de los Estatutos 3.d), 28.2.e) y f), 29.3 y 4, 35.2.f), 78., 80.2, 90, 101.f), 114.3, 116.3, 120.3, 122.1, 126.d), 140.b), 143.2, 145.2, 146.4, 148.4, 162.3, 163.3, 177.3, 183.3, 213.

- Decreto 232/2011, de 12 de julio, por el que se aprueban los Estatutos de la Universidad de Huelva⁷⁴. Artículos de los Estatutos 9.2, 129. h), q) y r), 143.2 y 3, 166.1, 168.3, Disposiciones adicionales oc-

⁵⁷ BOE núm. 182, de 30 de julio de 2011.

⁵⁸ BOE núm. 182, de 30 de julio de 2011.

⁵⁹ BOE núm. 182, de 30 de julio de 2011.

⁶⁰ BOE núm. 228, de 22 de septiembre de 2011.

⁶¹ BOE núm. 229, de 23 de septiembre de 2011.

⁶² BOE núm. 130, de 1 de junio de 2011: publicación por Resolución de 20 de mayo de 2011, de la Secretaría de Estado para la Función Pública.

⁶³ BOE núm. 130, de 1 de junio de 2011: se alcanzó por Acuerdo de 6 de abril de 2011 de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado.

⁶⁴ BOE núm. 189, de 8 de agosto de 2011: se alcanzó por Acuerdo de 27 de julio de 2011 de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado.

⁶⁵ BOE núm. 231, de 26 de septiembre de 2011.

⁶⁶ BOE núm. 201, de 22 de agosto de 2011.

⁶⁷ BOE núm. 145, de 18 de junio de 2011.

⁶⁸ BOJA núm. 106, de 1 de junio de 2011.

⁶⁹ BOJA núm. 127, de 30 de junio de 2011.

⁷⁰ BOJA núm. 129, de 4 de julio de 2011.

⁷¹ BOJA núm. 137, de 14 de julio de 2011.

⁷² BOJA núm. 142, de 21 de julio de 2011.

⁷³ BOJA núm. 147, de 28 de julio de 2011.

LEGISLACIÓN · TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO

tava y décima.

- Decreto 233/2011, de 12 de julio, por el que se aprueba la modificación los Estatutos de la Universidad de Cádiz, aprobados por Decreto 281/2003, de 7 de octubre⁷⁵. Puntos Dos, Ochenta y dos y Ochenta y cuatro.

- Decreto 235/2011, de 12 de julio, por el que se aprueba la modificación los Estatutos de la Universidad de Jaén, aprobados por Decreto 230/2003, de 29 de julio⁷⁶. Puntos treinta y nueve, cincuenta y siete, y punto cincuenta y nueve

- Decreto 236/2011, de 12 de julio, por el que se aprueban los Estatutos de la Universidad Internacional de Andalucía⁷⁷. Artículos de los Estatutos 4, 5, 7.j), 8.f), 10.5, 20.3, 21.2, 25.3, 26.2, 29.2, 43.d), 49.f), 53.a), art. 55.1 a), 63.1, 64.1, 69.a), 72.b), 77, 83, 99.2, 107, Disposición adicional cuarta.

- Decreto 237/2011, de 12 de julio, por el que se aprueba la modificación de los Estatutos de la Universidad de Almería, aprobados por Decreto 343/2003, de 9 de diciembre⁷⁸. Punto dieciocho.

- Decreto 262/2011, de 2 de agosto, por el que se aprueba el Plan Anual de la Cooperación Andaluza 2011⁷⁹. Presentación, Objetivo 1: ODM 3; Objetivo 1: puntos a), b) y c); Objetivo 2 y Objetivo 6.

- Decreto 263/2011, de 2 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Funcionamiento del Consejo Andaluz de Gobiernos Locales⁸⁰. Parte expositiva 8º párrafo del Decreto; Artículos 1.2, 9.1, 9.2 del Reglamento.

- Decreto 265/2011, de 2 de agosto, por el que se aprueba la modificación de los Estatutos de la Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla, aprobados por Decreto 298/2003, de 21 de octubre⁸¹. Puntos uno, tres, cuatro, sesenta y tres, sesenta y cuatro, sesenta y cinco, ciento cinco y ciento veintiséis.

- Decreto 276/2011, de 29 de agosto, por el que se modifica el Decreto 259/2005, de 29 de noviembre, por el que se crea el Premio Andaluz a las Buenas Prácticas en la Atención a las Personas con Discapacidad⁸². Par-

te expositiva párrafo 4º; Artículo único: nueva redacción de la letra b) del artículo 2 del Decreto 259/2005 y del último párrafo del citado precepto.

- Orden de 27 de julio de 2011, por la que se procede al nombramiento de las vocalías del Consejo Andaluz de Participación de las Mujeres⁸³.

- Acuerdo de 8 de junio de 2011, de la Mesa del Parlamento de Andalucía, sobre bases por las que se regula la concesión de ayudas y subvenciones de cooperación y solidaridad con los países en vías de desarrollo⁸⁴. Base octava, puntos 2, 3 y 6.

Autonómica (Se indican también actos que tendrán repercusión normativa)

- Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, para el estudio y propuesta de solución en relación con los artículos 26.1 y 27 de la Ley de Castilla-La Mancha 12/2010, de 18 de noviembre, de Igualdad entre Mujeres y Hombres de Castilla-La Mancha⁸⁵.

- Cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en relación con el artículo 26.a) de la Ley 8/2006, de 5 de julio, del Parlamento Catalán, de medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del personal al servicio de las administraciones públicas de Cataluña, en relación con el artículo 48.1.h) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público, por posible vulneración de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución⁸⁶. Admisión a trámite.

- Recurso de inconstitucionalidad, promovido por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados, contra la Ley Foral 16/2010, de 8 de noviembre, por la que se crea el registro de profesionales en relación con la interrupción voluntaria del embarazo⁸⁷. Admisión a trámite.

⁷⁶ BOJA núm. 147, de 28 de julio de 2011.

⁷⁷ BOJA núm. 147, de 28 de julio de 2011.

⁷⁸ BOJA núm. 147, de 28 de julio de 2011.

⁷⁹ BOJA núm. 158, de 12 de agosto de 2011.

⁸⁰ BOJA núm. 154, de 8 de agosto de 2011.

⁸¹ BOJA núm. 158, de 12 de agosto de 2011.

⁸² BOJA núm. 190, de 27 de septiembre de 2011.

⁸³ BOJA núm. 154, de 8 de agosto de 2011.

⁸⁴ BOPA núm. 703, de 21 de junio de 2011.

⁸⁵ BOE núm. 165, de 12 de julio de 2011. La Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha se compromete a promover la modificación de la Ley 12/2010 en la redacción acordada (el texto se publica en Resolución de 23 de mayo de 2011, de la Secretaría de Estado de Cooperación Territorial).

⁸⁶ BOE núm. 143, de 16 de junio de 2011.

⁸⁷ BOE núm. 160, de 6 de julio de 2011.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (SALA SEGUNDA) 67/2011, DE 16 DE MAYO DE 2011, PERSONACIÓN DE LA DELEGADA ESPECIAL DEL GOBIERNO CONTRA LA VIOLENCIA SOBRE LA MUJER EN CAUSA DE HOMICIDIO POR VIOLENCIA DE GÉNERO⁸⁸

II. Fundamentos jurídicos

1. Los actos del poder público frente a los que se demanda amparo son el Auto de la titular del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Oviedo, de 10 de octubre de 2007, dictado en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado núm. 1-2007, el dictado el 26 de octubre de 2007 por el mismo órgano judicial por el que se desestima el recurso de reforma interpuesto contra aquél, y el de fecha 15 de enero de 2006 mediante el cual la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo desestimó el recurso de apelación subsiguiente.

Estas tres resoluciones integran la decisión judicial de rechazar la solicitud de personación de Delegada especial del Gobierno para la violencia sobre la mujer por medio del Abogado del Estado en un proceso penal seguido ante el indicado Juzgado como consecuencia de la muerte de una mujer en condiciones que incardinaban el hecho dentro del ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Tal como ha quedado recogido en los antecedentes de esta resolución el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal consideran que los órganos judiciales de instancia y apelación vulneraron el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de la demandante de amparo al efectuar una interpretación del art. 29.2 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, que reduce a la nada la legitimación especial que este precepto establece a su favor, y que, consecuentemente, es contraria al principio *pro actione* que rige la interpretación de los requisitos de acceso al proceso. Recogiendo la doctrina sentada en la STC 175/2001, 26 de julio, recuerdan que el legislador dispone de un amplio margen de actuación (no exento de límites) para determinar los casos en que las personas jurídicas públicas tienen legitimación procesal, pero, una vez que ha plasmado en la norma la opción adoptada, los órganos judiciales han de interpretarla conforme al indicado principio, el cual no tolera decisiones que cierren el acceso al proceso que por su rigorismo, su formalismo excesivo o cualquier otra razón se revelen desfavorables para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva o resulten desproporcionadas entre los fines que se pretenden preservar y los intereses que sacrifican (por todas, la reciente STC 38/2010, de 19 de julio).

2. Todas las partes coinciden (y este Tribunal así lo ha declarado) en que el derecho de acceso a la jurisdicción es una de las vertientes del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado en el art. 24.1 CE cuya titularidad cabe reconocer a las personas jurídico-públicas. Así en la STC

175/2001, de 26 de julio, declaramos que: «[l]as personas públicas son titulares, también, del derecho de acceso al proceso. El art. 24.1 CE no exige de la Ley la articulación, en todo caso, de instrumentos procesales con los que las personas públicas puedan hacer valer los intereses generales cuya satisfacción les atribuye el Ordenamiento. Dicho de otro modo, según viene declarando este Tribunal, esta vertiente del art. 24.1 CE sólo tutela a las personas públicas frente a los Jueces y Tribunales, no en relación con el legislador (SSTC 197/1988, de 24 de octubre, FJ 4, y 29/1995, de 6 de febrero, FJ 7). Corresponde a la ley procesal determinar, entonces, los casos en que las personas públicas disponen de acciones procesales para la defensa del interés general que les está encomendado. Lógicamente, aquella tarea de configuración legal ha de ejercerse con sometimiento al ordenamiento constitucional, lo que impide no sólo exclusiones procesales arbitrarias, sino incluso aquellas otras que, por su relevancia o extensión, pudieran hacer irreconocible el propio derecho de acceso al proceso. El alcance limitado del art. 24.1 CE en relación con las personas públicas actúa, según venimos diciendo, respecto del legislador, no en relación con el juez. Así que la interpretación judicial de las normas de acceso al proceso estará guiada, también en relación con las personas públicas, por el principio *pro actione* (cuando se trate de acceso a la jurisdicción) o por el canon constitucional de interdicción de la arbitrariedad, la irrazonabilidad y el error patente, cuando se trate del acceso a los recursos legales.» (FJ 8).

Este Tribunal tiene declarado que «entre los derechos e intereses legítimos para los que se tiene el derecho a recabar la tutela judicial efectiva, figura el derecho a ejercitar la acción pública consagrado en el art. 125 CE (SSTC 62/1983, 147/1985 y 40/1994). Por ello, el rechazo de la acción basado en una interpretación errónea o arbitraria de las condiciones establecidas para su ejercicio comportaría la vulneración del derecho reconocido en el art. 24.1 CE» (STC 326/1994, de 12 de diciembre, FJ 2). Ahora bien, también hemos declarado que ni el art. 125 CE ni el art. 24.1 CE imponen el establecimiento de la acción popular en todo tipo de procesos (SSTC 64/1999, de 26 de abril, FJ 5; 81/1999, de 10 de mayo, FJ 2; 280/2000, de 27 de noviembre, FJ 3), sino que ésta es una decisión que corresponde al legislador, de modo que si la ley establece la acción popular en un determinado proceso, como la Ley de enjuiciamiento criminal hace para el proceso penal, la interpretación restrictiva que los órganos judiciales realicen sobre las condiciones de su ejercicio resultará lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión si no respeta el principio *pro ac-*

⁸⁸ Esta Sentencia ha sido publicada en el Suplemento del Tribunal Constitucional, Boletín Oficial del Estado núm. 139, de 11 de junio de 2011, y puede consultarse en http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-10190.

JURISPRUDENCIA • TC

tion que rige en el ámbito del derecho de acceso a la jurisdicción «para resolver, precisamente, los problemas del enjuiciamiento que puedan recibir las normas obstaculizadoras o impeditivas del acceso a la jurisdicción» (por todas STC 280/2000, de 27 de noviembre, FJ 3).

Respecto del establecimiento de la acción popular se pronunció el Tribunal en la STC 64/1999, de 26 de abril, FJ 3, declarando que el propio título constitucional donde se encuentra la referencia a la acción popular (art. 125 CE) introduce, «como elemento de su supuesto, el de que sea la ley la que haya de determinar los procesos penales en los que deba existir». Pero, además, que «resulta claro así que la Constitución en ese precepto abre a la ley un amplio espacio de disponibilidad, sin precisa limitación, para que en relación con determinados ámbitos jurisdiccionales o tipos distintos de procesos la acción popular pueda, o no, establecerse; y por ello es perfectamente adecuado a dicho precepto constitucional que en determinados procesos no exista tal acción. En otros términos, no hay base en ese precepto, para poder poner en duda la constitucionalidad de una determinada ley procesal (en este caso que nos ocupa la Ley Orgánica 2/1989) por no dar cabida en ella a la acción popular, ni para que la interpretación constitucional de esa ley deba hacerse en un sentido favorecedor de la existencia de dicha acción». En el mismo fundamento jurídico 3 de la STC 64/1999, de 26 de abril, el Tribunal sintetizó su doctrina declarando que «si no hay consagración explícita de la acción popular en la ley, directa o por remisión, tal acción no existe en el ámbito de que se trate, y esa inexistencia en modo alguno suscita problema alguno de constitucionalidad».

Precisamente, en aplicación de esta doctrina constitucional la STC 311/2006, de 23 de octubre, otorgó el amparo a la Generalidad Valenciana frente a una resolución judicial que denegó su personación en un proceso penal en calidad de acusación popular pese a que el art. 36 de la Ley 9/2003, de 2 de abril, para la igualdad entre hombres y mujeres, dictada por las Cortes Valencianas, le facultaba expresamente para el ejercicio de tal acción («la Consellería con competencias en materia de mujer podrá proponer al Consell de la Generalitat el ejercicio de la acción popular, a través del Gabinete Jurídico de la Generalitat o de abogadas/os colegiadas/os, en los supuestos de agresiones físicas domésticas en los que se cause la muerte o lesiones graves a mujeres residentes en la Comunidad Valenciana»). El hilo conductor del razonamiento que guía la STC 311/2006, de 23 de octubre, consistió en afirmar que ni en el art. 125 CE ni en la normativa general constituida por la LECrim existe una exclusión expresa de las personas jurídicas públicas para el ejercicio de la acción popular, y que corresponde al legislador la ponderación de la compatibilidad entre la institución de la acción popular y su titularidad por los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas, pues «es el legislador quien tiene la competencia para configurar los mecanismos procesales de acceso a la jurisdicción entre los cuales en los procesos penales se cuenta con

el de la acción popular. Y como señalamos en la STC 175/2001, de 26 de julio, el contenido limitado del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión para las entidades públicas no opera frente al legislador.» (FJ 5).

Por lo demás, la STC 311/2006, de 23 de octubre, FJ 5, concluye que «los órganos judiciales no pueden fiscalizar las normas postconstitucionales con rango de ley» y añade, acto seguido, que «en el ejercicio de la jurisdicción de amparo, desde la perspectiva del derecho de acceso al proceso aquí alegado, existiendo una ley vigente, no impugnada ante este Tribunal, que prevé la posibilidad de ejercicio de la acción popular por la Generalitat Valenciana, no compete a este Tribunal pronunciarse sobre la oportunidad de tal previsión legal ni sobre su constitucionalidad».

Con posterioridad, en aplicación de la doctrina derivada de la STC 311/2006, de 23 de octubre, la STC 8/2008, de 21 de enero, otorgó el amparo al Gobierno de Cantabria frente a una resolución de la Audiencia Provincial de Santander que denegó la personación del Gobierno de Cantabria en ejercicio de la acción popular en el procedimiento del Tribunal de Jurado, a pesar de que la misma estaba prevista en el art. 18 de la Ley autonómica 1/2004, de 1 de abril, de Cantabria, para la prevención de la violencia contra las mujeres y la protección a sus víctimas. Nos interesa destacar los argumentos utilizados entonces por la Audiencia Provincial para denegar la personación, que son similares a los utilizados en el caso de autos: El primer argumento fue una interpretación del art. 125 CE, con apoyo en la STC 129/2001, de 4 junio, FJ 4, que desestimó el recurso de amparo formulado por el Gobierno Vasco contra la resolución judicial que le impidió la personación como acusación particular, al no poder ser considerado como directamente perjudicado por las imputaciones presuntamente calumniosas vertidas contra la Policía autonómica vasca, ni por instar la acción popular, reservada a los «ciudadanos». Este tribunal afirmó en la STC 129/2001, de 4 de junio, que «dados los términos del art. 125 CE, no puede estimarse dicha pretensión. En efecto, este precepto constitucional se refiere explícitamente a ‘los ciudadanos’, que es concepto atinente en exclusiva a personas privadas, sean las físicas, sean también las jurídicas (a las que hemos extendido este concepto en las SSTC 34/1994, de 31 de enero, 50/1998, de 2 de marzo, 79/1999, de 26 de abril, entre otras), tanto por sus propios términos como por el propio contenido de la norma, que no permite la asimilación de dicho concepto de ciudadano a la condición propia de la Administración pública y, más concretamente, de los órganos de poder de la comunidad política.» (FJ 4).

En cuanto al segundo argumento utilizado por la Audiencia Provincial de Santander que denegó la personación del Gobierno de Cantabria en ejercicio de la acción popular en el procedimiento del Tribunal de Jurado fue que la única finalidad que perseguía el Gobierno cántabro —la defensa del interés general— ya estaba siendo ejercitada por el Ministerio Fiscal.

JURISPRUDENCIA • TC

La STC 8/2008, de 21 de enero, otorgó el amparo al Gobierno de Cantabria recordando en su fundamento jurídico 3 que la interpretación del art. 125 CE realizada en la decisión judicial objeto del recurso de amparo había sido declarada contraria al principio *pro actione* por la STC 311/2006, de 23 de octubre, a partir del cambio doctrinal acontecido con la Sentencia del Pleno 175/2001. Pero, además, respecto del segundo argumento relativo a que la defensa del interés público estaba siendo ejercida por el Ministerio Fiscal, el Tribunal lo desactivó por remisión a la STC 311/2006, de 23 de octubre, cuyo fundamento jurídico 5 señala que, cuando la ley autonómica prevé que la Comunidad Autónoma se persone como acción popular en algunos procesos seguidos por violencia de género, esa posibilidad legal «no puede desconocerse por los órganos judiciales e inaplicarse», como ocurre de facto en el presente caso, con el argumento de que con ello se crea una nueva forma de acusación que invade la legislación estatal y contradice la doctrina del Tribunal Constitucional.

Con posterioridad, la STC 18/2008, de 31 de enero, otorgó de nuevo el amparo al Gobierno de Cantabria frente a la resolución judicial que le tuvo por no personado en ejercicio de la acción popular en el procedimiento de Tribunal de Jurado con remisión a la STC 8/2008, de 21 de enero.

3. Una vez expuesta la doctrina constitucional sobre la acción popular reconocida en el art. 125 CE y su ejercicio por personas jurídico-públicas, debemos comenzar el enjuiciamiento de las resoluciones impugnadas.

Frente al razonamiento jurídico seguido por el órgano judicial que denegó la personación de la Delegada especial del Gobierno contra la violencia sobre la mujer debemos declarar, en primer lugar, que si bien es cierto que la institución de la acusación particular está reservada para personas físicas y jurídicas privadas que resulten directamente perjudicadas por el delito, no lo es tanto que la institución de la acción popular reconocida por el art. 125 CE esté, asimismo, reservada para personas privadas. En el fundamento jurídico 3 de la STC 129/2001, de 4 de junio, a la que se remiten las resoluciones judiciales impugnadas, este Tribunal declaró efectivamente que el término «ciudadanos» del art. 125 CE se refería a personas físicas y jurídicas privadas pero con exclusión de las Administraciones públicas. Ahora bien, la doctrina derivada de la citada Sentencia constitucional es previa al reconocimiento del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de las personas jurídico-públicas por la STC 175/2001, de 26 de julio. En el fundamento jurídico 7 de esta Sentencia el Pleno del Tribunal reconoció que la ampliación del término ciudadano del art. 53.2 CE a las personas jurídico-privadas no justifica por sí misma la ampliación subjetiva de forma automática a las personas jurídico-públicas, aunque el Tribunal consideró que tampoco lo impide a la luz del reconocimiento de la titularidad de ámbitos específicos del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión a las personas jurídico-públicas que la propia Sentencia establece en su fundamento jurídico 8.

En cuanto al contenido del término ciudadanos en su utilización por el art. 125 CE al referirse a los titulares de la acción popular, en el mismo FJ 3 in fine de la STC 311/2006, de 23 de octubre, recordamos que, según hemos declarado, «el argumento terminológico es insostenible “desde el momento en que, con relación a otros preceptos constitucionales, este Tribunal viene entendiendo que el término en cuestión no se refiere exclusivamente a las personas físicas ... En definitiva, si el término ‘ciudadanos’ del art. 53.2 de la Constitución ha de interpretarse ... en un sentido que permita la subsunción de las personas jurídicas, no hay razón alguna que justifique una interpretación restrictiva de su sentido cuando dicho término se utiliza en el art. 125 o en la normativa articuladora del régimen legal vigente de la acción popular” (STC 241/1992, de 21 de diciembre, FJ 4; reiterado en STC 34/1994, de 31 de enero, FJ 3; 50/1998, de 2 de marzo, FJ 2)».

En segundo lugar, respecto de la exigencia por parte de la propia doctrina constitucional (STC 64/1999, de 26 de abril) de que la acción popular esté prevista expresamente por ley que determine en qué procesos y con qué requisitos puede ejercerse, como argumento utilizado por los órganos judiciales para declarar la falta de legitimación de la Delegada especial del Gobierno contra la violencia sobre la mujer en el proceso penal del que trae causa este recurso de amparo, debemos declarar que las resoluciones judiciales impugnadas interpretaron el art. 29.2 de la Ley Orgánica 1/2004, sin tener en cuenta el contexto social y los objetivos de la citada ley expresados en su exposición de motivos, en los que cobra sentido la institución del Delegado especial del Gobierno.

Es cierto que a diferencia de la legislación autonómica valenciana o cántabra, que disponen expresamente la legitimación de los respectivos delegados especiales autonómicos para intervenir ejerciendo la acción popular en procesos penales abiertos como consecuencia de violencia de género (lo que fue objeto de otorgamiento del amparo solicitado en las SSTC 311/2006, 8/2008 y 18/2008), en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, se faculta al Delegado especial del Gobierno «ante los órganos jurisdiccionales para intervenir en la defensa de los derechos y de los intereses tutelados en esta Ley en colaboración y coordinación con las Administraciones Públicas» (art. 29.2 de la citada Ley Orgánica). Ni el art. 29.2 transcrito, ni el art. 3 del Real Decreto 263/2011, que establece la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, dedicado a las funciones del Delegado especial del Gobierno, ni los preceptos reglamentarios anteriormente vigentes dedicados a desarrollar las funciones del Delegado especial del Gobierno (art. 5 del Real Decreto 1135/2008, de 4 de julio, que desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Igualdad), concretan su legitimación para personarse en procesos penales. De exigirse habilitación expresa, como criterio general, significaría que, dado que no se habilita expresamente para ningún orden jurisdiccional, el precepto carecería de contenido. Lo que existe es una habili-

JURISPRUDENCIA • TC

tación genérica para todos los órdenes jurisdiccionales.

Ahora bien, como alegó el Abogado del Estado tiene especial relevancia la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2004, donde el legislador explicita el contexto social al que la ley trata de ofrecer respuesta y, por tanto, los objetivos de la misma.

Efectivamente, de acuerdo con la doctrina constitucional derivada de las SSTC 36/1981, de 12 de noviembre, FJ 7, y 31/2010, de 28 de junio, FJ 7, el Tribunal tiene declarado sobre la naturaleza jurídica de los preámbulos y exposiciones de las leyes, que: «sin prescribir efectos jurídicamente obligados y carecer, por ello, del valor preceptivo propio de las normas de Derecho, tienen un valor jurídicamente cualificado como pauta de interpretación de tales normas. Su destinatario es, pues, el intérprete del Derecho antes que el obligado a una conducta que, por definición, el preámbulo no puede imponer. El valor jurídico de los preámbulos de las leyes se agota, por tanto, en su cualificada condición como criterio hermenéutico. Toda vez que, por tratarse de la expresión de las razones en las que el propio legislador fundamenta el sentido de su acción legislativa y expone los objetivos a los que pretende que dicha acción se ordene, constituye un elemento singularmente relevante para la determinación del sentido de la voluntad legislativa, y, por ello, para la adecuada interpretación de la norma legislada».

La exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2004 dispone que «la violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado, [sino que] se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión». Y continúa la exposición de motivos señalando que «en la realidad española, las agresiones sobre las mujeres tienen una especial incidencia, existiendo hoy una mayor conciencia que en épocas anteriores sobre ésta, gracias, en buena medida, al esfuerzo realizado por las organizaciones de mujeres en su lucha contra todas las formas de violencia de género. Ya no es un “delito invisible”, sino que produce un rechazo colectivo y una evidente alarma social». En este contexto la exposición de motivos declara que «los poderes públicos no pueden ser ajenos a la violencia de género, que constituye uno de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación proclamados en nuestra Constitución. Esos mismos poderes públicos tienen, conforme a lo dispuesto en el artículo 9.2 de la Constitución, la obligación de adoptar medidas de acción positiva para hacer reales y efectivos dichos derechos, removiendo los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud».

La Ley Orgánica 1/2004 proporciona, como recoge la exposición de motivos, «una respuesta legal integral que abarca tanto las normas procesales, creando nuevas instancias, como normas sustantivas penales y civiles, incluyendo la debida

formación de los operadores sanitarios, policiales y jurídicos responsables de la obtención de pruebas y de la aplicación de la ley». En la respuesta integral que ofrece la Ley Orgánica 1/2004 a las víctimas de la violencia de género se enmarca la institución del Delegado especial del Gobierno contra la violencia sobre la mujer. El art. 29 de la citada ley que lo regula se ubica en el título III de la Ley Orgánica 1/2004, dedicado a la «tutela institucional», que lo crea junto al Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer. De acuerdo con la exposición de motivos de la ley, al Delegado especial del Gobierno le corresponde, entre otras funciones, «proponer la política del Gobierno en relación con la violencia sobre la mujer y coordinar e impulsar todas las actuaciones que se realicen en dicha materia, que necesariamente habrán de comprender todas aquellas actuaciones que hagan efectiva la garantía de los derechos de las mujeres».

Por lo expuesto podemos concluir que, aunque el art. 29.2 de la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, no contenga una habilitación expresa al Delegado especial del Gobierno contra la violencia sobre la mujer para ejercitar la acción popular y descartada su personación como acusación particular, puesto que esta figura se reserva por el legislador para aquellos perjudicados por el delito, no es posible desconocer que el legislador orgánico atribuye al Delegado especial del Gobierno una habilitación *ex lege* para personarse antes los órganos jurisdiccionales en todos aquellos procesos que recaigan en el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género. Una legitimación que puede ser calificada como acción popular. Aunque, como tiene declarado este Tribunal en la STC 311/2006, de 23 de octubre, «lo razonado no implica un juicio sobre la constitucionalidad abstracta de la ampliación de la acción popular a las personas públicas, juicio que sólo podríamos realizar en caso de que la ley que así lo establezca fuera recurrida antes este Tribunal» (FJ 5).

La protección integral que otorga el legislador a las víctimas de violencia de género abarca el ámbito de los procesos penales, la defensa de sus derechos laborales o en el ámbito de la relación funcional, así como de sus derechos económicos, que pueden ser hechos valer a través de procesos judiciales en los que cabrá la intervención de la Delegación especial del Gobierno contra la violencia sobre la mujer merced a la habilitación contenida en el citado art. 29.2 de la Ley Orgánica 1/2004.

4. Las resoluciones impugnadas negaron la legitimidad de la Delegada especial del Gobierno para personarse en un proceso penal por homicidio de una mujer en un supuesto de violencia de género con un razonamiento jurídico que desconoce la finalidad de protección integral de la Ley Orgánica 1/2004 y que, a nuestros efectos, adquiere relevancia constitucional porque lesiona el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción en ejercicio de la acción popular reconocido en el art. 24.1 CE y del que, de acuerdo con la doctrina constitucional previamente citada, es titular la demandante de amparo.

JURISPRUDENCIA • TC

En la STC 175/2001, 26 de julio, declaramos que el legislador dispone de un amplio margen de actuación (no exento de límites) para determinar los casos en que las personas jurídicas públicas tienen legitimación procesal, pero, una vez que ha plasmado en la norma la opción adoptada, los órganos judiciales han de interpretarla conforme al indicado principio, el cual no tolera decisiones que cierren en acceso al proceso que por su rigorismo, su formalismo excesivo o cualquier otra razón se revelen desfavorables para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva o resulte desproporcionadas entre los fines que se pretenden preservar y los intereses que sacrifican (por todas, la reciente STC 38/2010, de 19 de julio, FJ 2). El reconocimiento del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de la Delegada especial del Gobierno contra la violencia sobre la mujer y como contenido destacado del mismo, el principio *pro actione* que guía el acceso al proceso, determinan el otorgamiento del amparo solicitado.

5. La estimación de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) en su faceta de derecho de acceso al proceso tiene normalmente como efecto la declaración de nulidad de las resoluciones impugnadas y la retroacción de actuaciones hasta el momento anterior al que fueron dictadas para dar ocasión a quien vio su derecho vulnerado para que, mediante su personación en el proceso, pueda defender sus intereses.

Sin embargo, el art. 55.1 LOTC permite modular los efectos del amparo, no siendo obligado en todo caso decretar la nulidad de las resoluciones impugnadas. En este caso, el otorgamiento del amparo ha de formularse con carácter tan solo declarativo dados los efectos negativos que para la rápida resolución de un procedimiento penal de la gravedad del que está en el origen de este amparo tendría el pronunciamiento habitual.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido:

Otorgar el amparo a la Delegada especial del Gobierno contra la violencia sobre la mujer y, en su virtud, reconocer su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 67/2011, PERSONACIÓN DE LA DELEGADA ESPECIAL DEL GOBIERNO CONTRA LA VIOLENCIA SOBRE LA MUJER EN CAUSA DE HOMICIDIO POR VIOLENCIA DE GÉNERO

Por el Tribunal Constitucional se han resuelto ya una importante cantidad de asuntos atinentes a normas contenidas en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección contra la violencia de género. Primero fueron un importante número de cuestiones de inconstitucionalidad que se formularon por jueces de lo penal, en relación con el artí-

culo 153. CP, porque se consideraba que podría existir discriminación en función de la pertenencia a uno u otro sexo, al castigar de manera diferente conductas aparentemente iguales. Posteriormente en relación con algunos otros aspectos penales de la ley y en este caso, como consecuencia de la denegación de la personación de la Delegada Especial de Género en un proceso penal. Como antecedentes de esta Sentencia, el Tribunal había fijado una posición doctrinal en relación con la personación de las Comunidades Autónomas, derivada de una legislación autonómica, en Valencia y en Cantabria, en las SSTC 311/2006, y 8 y 18/2008.

Ahora el Tribunal Constitucional ha dictado recientemente la STC 67/2011, de 16 de mayo, por la que estima un recurso de amparo interpuesto por la Delegada Especial del Gobierno para la violencia sobre la mujer a la que se denegó legitimación activa para personarse en una causa seguida ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Oviedo. La Delegada se personó en las diligencias en calidad de acusación particular, invocando el artículo 29.2 de la referida ley que dice: "El titular de la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer estará legitimado ante los órganos jurisdiccionales para intervenir en defensa de los derechos y de los intereses tutelados en esta Ley en colaboración y coordinación con las Administraciones con competencias en la materia".

La interpretación que el Juzgado hace de esa legitimación es restrictiva, pese al tenor literal de la ley, que habla taxativamente de "legitimación". Para el juez que rechaza la personación, esta expresión haría referencia a la posibilidad que tiene la Administración de tomar conocimiento de las actuaciones, pero de aquellas no declaradas reservadas, así como para obtener copias, testimonios y documentación para el proceso, pero en ningún caso para ser considerada como acusación particular ni parte en un proceso en el que no está afectada.

La posición del Abogado del Estado en su recurso es la de que ha sido vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho al proceso, en su condición jurídica pública, que tiene reconocida por la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, en su Sentencia 175/2001, consideró que el derecho al acceso a un proceso en el que tiene un interés, no se enerva porque tenga la Administración la condición de ente jurídico público. Además, el artículo 29.2 otorga esa legitimación directamente por ley.

Ciertamente las posibilidades de personación en la causa derivarían, en principio tanto de esa legitimación directa, como de la posibilidad de considerar el ejercicio de la acción popular, reconocido en el artículo 125 CE. Ciertamente que el artículo 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal reconoce la legitimación a las personas físicas para constituirse como parte, pero ello no implica que, como en este caso, el legislador haya querido extender la legitimación al Estado, por considerar que hay un interés de éste en la defensa de la vida de las mujeres amenazadas o atacadas por la violencia de género. No hay que olvidar que en la fase de creación de la ley, se habló de un pacto de Estado contra la violencia de género, y que ésta se ha

JURISPRUDENCIA • TC

equiparado a la violencia terrorista, considerando que debía aprobarse una ley especial contra la violencia de género, que además debía ser integral, en el sentido de que debían comprometerse en la erradicación de ese tipo de violencia instituciones sanitarias, educativas, sociales y laborales. Además se trata de una violencia estructural en la sociedad, que parte del hecho de que en ella subyace un sistema social patriarcal, capaz de proporcionar una cobertura ideológica a esa violencia, justificativa de una desigualdad social de género, y cuya consideración cultural es universal, propia de todo tiempo y lugar, sin que haya ninguna cultura que no haya sido patriarcal. Las raíces de esa cultura, justificativa de la violencia contra las mujeres, exigen un papel del Estado, capaz de justificar el hecho de que se atribuya a éste una legitimación activa en el proceso penal, para la defensa de los intereses de las víctimas. Este es precisamente una de las razones de ser de la creación de esa figura de la Administración del Estado que es la de la Delegación especial que la ley prevé.

Invoca también el Abogado del Estado la STC 311/2006. El Ministerio Fiscal por su parte, solicita también el otorgamiento del amparo, no solamente en función de un reconocimiento del derecho a ser parte que le vendría atribuido expresamente en el artículo 29.2 de la LO 1/2004, es decir como acusación particular, sino acudiendo al artículo 125 CE, que atribuye el ejercicio de la acción popular a todos los ciudadanos y, por lo tanto, también a las Administraciones Públicas.

El Tribunal Constitucional considera que, en efecto, de no admitirse la personación de la Delegada especial contra la violencia de género, se está inutilizando un precepto de la ley, el 29.2, que expresamente confiere ese derecho de acceso a la causa penal de la Administración del Estado, pues en la práctica esa norma quedaría sin usarse. Sin embargo, el legislador ha previsto esa posibilidad procesal por razones de interés general. Remite a la STC 311/2006, por la que se había otorgado el amparo a la Generalitat Valenciana frente a la resolución judicial que denegó su personación en un proceso penal en calidad de acusación popular, por haberlo legislado en una norma autonómica, el artículo 36 de la Ley 9/2003, de 2 de abril, para la igualdad entre hombres y mujeres, en supuestos de muerte o lesiones graves a mujeres víctimas de la violencia de género. Con posterioridad, el Tribunal dictó la STC 8/2008, por la que otorgó el amparo al Gobierno de Cantabria, en el ejercicio de la acción popular en un Tribunal de Jurado, prevista también en su ley autonómica, 1/2004, de 1 de abril, para la prevención de la violencia contra las mujeres y la protección de sus víctimas. Esta ley en su artículo 18 regulaba la posibilidad de personación de la Administración de Cantabria en supuestos similares a los descritos en la Ley de Valencia. Finalmente, la STC 18/2008, de 31 de enero, otorgó también amparo al mismo Gobierno de Cantabria, en un supuesto similar y con los mismos argumentos. Por lo tanto, es posible la personación de una Administración, estatal o autonómica, en función de la legislación positiva de una u otra, en base a varios argumentos.

Primero porque la delimitación del concepto de ciudadano, como titular de algunos derechos fundamentales, está en función de la naturaleza propia de cada derecho fundamental. En ese sentido, los derechos fundamentales de configuración procesal, como el de la tutela judicial, pueden ser ejercitados tanto por personas físicas como jurídicas, y tanto por entes públicos como privados.

En segundo lugar, para el ejercicio de la acción popular se precisa una habilitación legal, que en este caso es el artículo 29.2 de la LO 1/2004. Una vez reconocida esa legitimación de la Administración, es irrelevante que no se concrete el orden jurisdiccional para el que se prevea esa legitimación y, de no decirse en la ley, lejos de entender que no se refiere al proceso penal, lo que habrá de suponerse es que se otorga para todos los órdenes jurisdiccionales.

Además, esa teleología que precisa el intérprete en relación con este precepto, se hace patente en la Exposición de Motivos de la norma. Porque se trata de una ley que se confiesa integral, con el compromiso del legislador para abordar desde los poderes públicos, aspectos de la vida social, que hasta el momento se habían considerado asuntos privados y porque se pretende visibilizar un delito que ha quedado durante siglos en el ámbito familiar, sin protección por parte de los poderes públicos, debiendo comprometer ahora a los poderes públicos en un esfuerzo por su erradicación. Finalmente, dentro de esa protección integral, está la necesidad de atender aquellos casos que la Administración considera que debe cubrir de asistencia jurídica por su especial gravedad o situación.

Así que esa posibilidad de personación en el ejercicio de la acción popular, no se agota en los procedimientos penales sino que la Administración del Estado, porque realiza una tutela institucional que tiene atribuida por ley, puede de igual forma comparecer en procedimientos laborales, administrativos o de cualquier orden para garantizar derechos de esas personas víctimas de la violencia. Al no entenderlo así las resoluciones judiciales que se dictaron por la jurisdicción ordinaria, se ha infringido el artículo 24 CE en su vertiente del derecho al acceso al proceso.

Ahora bien, habida cuenta que la sentencia que en su día recayó en el procedimiento penal del que trae causa este recurso de amparo, es firme y definitiva al momento de dictarse la sentencia del Tribunal Constitucional y, de conformidad con la petición del Ministerio Fiscal en este sentido, se considera que no deben retrotraerse las actuaciones, y, en aplicación del artículo 55.1 LOTC, modular los efectos del reconocimiento del amparo.

Resulta así que, como decíamos al principio, nuevamente el Tribunal Constitucional dicta una resolución, en relación con la Ley Integral contra la violencia de género, en la que corrige a la jurisdicción ordinaria en su interpretación siempre restrictiva de sus preceptos. El compromiso en la lucha contra la violencia de género, adquiere significación en el Tribunal Constitucional que demuestra así haber entendido la pers-

pectiva de género en una ley de compromiso de todas las fuerzas políticas del Parlamento y, que sin embargo, no siempre es entendida por parte de la jurisdicción ordinaria que, a

veces, interpreta muy restrictivamente esa necesaria óptica de género. (MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN, *Catedrática de Derecho Constitucional, Universidad de Málaga*).

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (PLENO) 75/2011, DE 19 DE MAYO DE 2011, DERECHO A LA IGUALDAD Y PRINCIPIOS DE PROTECCIÓN SOCIAL DE LA FAMILIA Y DE MANTENIMIENTO DE UN RÉGIMEN PÚBLICO DE SEGURIDAD SOCIAL QUE GARANTICE PRESTACIONES SOCIALES SUFICIENTES ANTE SITUACIONES DE NECESIDAD: VALIDEZ DEL PRECEPTO LEGAL QUE IMPIDE LA CESIÓN AL PADRE DEL DISFRUTE DEL PERMISO DE MATERNIDAD CUANDO LA MADRE NO SEA TRABAJADORA POR CUENTA AJENA.⁸⁹

II. Fundamentos jurídicos

1. El Juzgado de lo Social número 1 de Lleida considera que el artículo 48.4 del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (LET), en la redacción dada por el artículo 5 de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, puede ser contrario al derecho a la igualdad (artículo 14 CE), así como los principios rectores de protección social de la familia (artículo 39 CE) y de mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social que garantice prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad (artículo 41 CE). El precepto cuestionado, que regula la suspensión del contrato de trabajo en caso de parto, adopción y acogimiento, establece lo siguiente:

«En el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas, que se disfrutarán de forma ininterrumpida, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. El período de suspensión se distribuirá a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto. En caso de fallecimiento de la madre, el padre podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del período de suspensión.

No obstante lo anterior, y sin perjuicio de las seis semanas inmediatas posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre, en el caso de que el padre y la madre trabajen, ésta, al iniciarse el período de descanso por maternidad, podrá optar por que el padre disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre, salvo que en el momento de su efectividad la incorporación al trabajo de la madre suponga un riesgo para su salud.

En los casos de parto prematuro y en aquellos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, el período de suspensión, podrá computarse, a instancia de la madre o, en su defecto, del pa-

dre, a partir de la fecha del alta hospitalaria. Se excluyen de dicho cómputo las primeras seis semanas posteriores al parto, de suspensión obligatoria del contrato de la madre.

En los supuestos de adopción y acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, de menores de hasta seis años, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliable en el supuesto de adopción o acogimiento múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo, contadas a la elección del trabajador, bien a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, bien a partir de la resolución judicial por la que se constituye la adopción. La duración de la suspensión será, asimismo, de dieciséis semanas en los supuestos de adopción o acogimiento de menores mayores de seis años de edad cuando se trate de menores discapacitados o minusválidos o que por sus circunstancias y experiencias personales o que por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes. En caso de que la madre y el padre trabajen, el período de suspensión se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre con períodos ininterrumpidos y con los límites señalados.

En los casos de disfrute simultáneo de períodos de descanso, la suma de los mismos no podrá exceder de las dieciséis semanas previstas en los apartados anteriores o de las que correspondan en caso de parto múltiple.

Los períodos a los que se refiere el presente artículo podrán disfrutarse en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, previo acuerdo entre los empresarios y los trabajadores afectados, en los términos que reglamentariamente se determinen.

En los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los padres al país de origen del adoptado, el período de suspensión, previsto para cada caso en el presente artículo, podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción.»

⁸⁹ Esta Sentencia ha sido publicada en el Suplemento del Tribunal Constitucional, Boletín Oficial del Estado núm. 139, de 11 de junio de 2011, y puede consultarse en http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-10198.

JURISPRUDENCIA • TC

Si bien formalmente se cuestiona en su integridad el artículo 48.4 LET, conviene precisar que, como advierte el Fiscal General del Estado, de la lectura del auto de planteamiento de la cuestión se infiere que las dudas de constitucionalidad formuladas por el Juzgado de lo Social se contraen al segundo párrafo del artículo 48.4 LET. En síntesis, el Juzgado promotor de la cuestión considera que no existe justificación para que, en el supuesto de parto, el padre trabajador sólo pueda disfrutar del período de descanso «voluntario», y percibir el correspondiente subsidio por maternidad durante ese periodo, si la madre le cede el derecho a disfrutar ese periodo, lo que sólo es posible si se trata de trabajadora incluida en algún régimen de la Seguridad Social.

El Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado interesan la desestimación de la presente cuestión de inconstitucionalidad.

2. Antes de resolver la cuestión que el Juzgado de lo Social plantea, resulta conveniente situar brevemente –en sus aspectos esenciales y por lo que interesa a la presente cuestión de inconstitucionalidad– el marco normativo en el que se inserta el precepto legal cuestionado y la evolución seguida por este precepto, así como la relativa al régimen jurídico del subsidio por maternidad, teniendo en cuenta que la presente cuestión se plantea en un proceso especial en materia de Seguridad Social en el que lo que se discute es el pretendido derecho de un padre trabajador por cuenta ajena, e incluido por ello en el régimen general de la Seguridad Social, a percibir el subsidio por maternidad en caso de parto, cuando su mujer no puede causar derecho a dicha prestación, ni a la suspensión del contrato de trabajo que constituye su presupuesto (sin perjuicio de los requisitos específicos establecidos por la normativa de Seguridad Social para causar derecho al subsidio por maternidad, concretamente hallarse en situación de alta o asimilada al alta en la Seguridad Social y acreditar un periodo mínimo de cotización de ciento ochenta días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al parto), por no tratarse de trabajadora en alta en la Seguridad Social.

a) Con precedentes en la etapa de los seguros sociales obligatorios y el mutualismo laboral en los que no es necesario detenerse, en nuestro sistema de Seguridad Social se ha venido atendiendo originariamente a la maternidad como situación protegida dentro de la contingencia de incapacidad laboral transitoria, mediante una prestación económica a la que tiene derecho la mujer trabajadora en supuesto de parto durante el periodo de descanso que disfrute de acuerdo con la legislación laboral; así se establecía en la Ley general de la Seguridad Social de 1966, en el texto refundido de la Ley general de Seguridad Social de 1974, y en la redacción inicial del actual texto refundido de Ley general de Seguridad Social (LGSS), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, (si bien este texto legislativo ya incluye como situación protegida, dentro de la contingencia de incapacidad laboral transitoria, tanto la maternidad, como la adopción y el acogimiento previo, en coherencia con la modificación introducida en el

artículo 48.4 LET de 1980 por la Ley 3/1989, de 3 de marzo, y la Ley 8/1992, de 30 de abril). No obstante, con la reforma de la LGSS por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, el descanso por parto, adopción o acogimiento, pasa a configurarse como una situación protegida autónoma, mediante la prestación por maternidad, diferenciada de la contingencia de incapacidad temporal (nueva denominación que pasa a recibir la incapacidad laboral transitoria), y además se reconoce el derecho a esta prestación también a los trabajadores por cuenta propia incluidos en alguno de los regímenes especiales de la Seguridad Social (disposición adicional undécima bis LGSS), supuesto en el que, obviamente, no existe suspensión de contrato de trabajo.

b) La normativa laboral, a su vez, ha venido reconociendo el derecho de la mujer trabajadora en supuesto de parto a la suspensión de su contrato de trabajo con reserva de puesto, con una duración que la antigua Ley de contrato de trabajo de 1944 (artículo 79.3) fijó en doce semanas, ampliadas a catorce por la Ley de relaciones laborales de 1976 (artículo 25.4), duración que se mantiene en la Ley del estatuto de los trabajadores de 1980 (artículo 48.4), entendiéndose que en todo caso debe respetarse el periodo de descanso obligatorio postparto de seis semanas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 del Convenio número 103 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por España el 26 de mayo de 1965. Con posterioridad, el artículo 1.4 de la Ley 3/1989, de 3 de marzo, amplió a las actuales dieciséis semanas ininterrumpidas la duración del descanso por maternidad, ampliables a dieciocho semanas en caso de parto múltiple, que pasa a la vigente LET de 1995 (el artículo 5 de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, amplía la duración en caso de parto múltiple a dos semanas más por cada hijo a partir del segundo).

c) Cumple advertir que la situación que se pretendía proteger históricamente era justamente el parto («maternidad biológica»), es decir, se contemplaba la maternidad desde el punto de vista de la protección de la salud de la trabajadora embarazada que hubiese dado a luz (mediante el establecimiento de un periodo de descanso para la madre durante el cual el contrato de trabajo queda suspendido, con reserva de puesto, y la trabajadora percibe un subsidio de la Seguridad Social), por lo que se entendía que no cabía equiparar al supuesto de parto la adopción, y, en consecuencia, la adopción no daba derecho a la suspensión del contrato de trabajo, ni tampoco, claro está, a la protección de la Seguridad Social, como lo vino a confirmar expresamente la doctrina legal (así, Sentencia del extinto Tribunal Central de Trabajo de 10 de febrero de 1983).

Fue la citada Ley 3/1989 la que extendió al supuesto de adopción el derecho a la suspensión del contrato de trabajo con reserva de puesto (el artículo 1 de la Ley 8/1992, de 30 de abril, incluyó también el acogimiento previo), siempre que los adoptados fuesen menores de cinco años, con una duración de ocho semanas si el adoptado era menor de nueve meses (más tarde, el artículo 89 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, ampliaría la duración a dieciséis semanas, equiparando-

JURISPRUDENCIA • TC

la al supuesto de filiación biológica), o de seis semanas si el adoptado era mayor de nueve meses y menor de cinco años (bien a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, bien a partir de la resolución judicial por la que se constituya la adopción, a elección del trabajador), precisándose que en el caso de que el padre y la madre trabajasen, sólo uno de ellos podría ejercitar este derecho. Justamente esta reforma introducida por la Ley 3/1989 (y la Ley 8/1992) en el artículo 48.4 LET de 1980 es la que determinó, como ya adelantamos, que la vigente LGSS incorporase ya en su redacción inicial como situaciones protegidas (todavía entonces dentro de la contingencia de incapacidad laboral transitoria) los períodos de descanso que procedieran conforme al citado precepto laboral, tanto en los casos de maternidad, como en los de adopción o de acogimiento previo.

La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, elevó a seis años la edad del adoptado o acogido para generar derecho a suspensión del contrato laboral con reserva de puesto, y suprimió el límite de edad en el caso de menores discapacitados o que por sus circunstancias y experiencias personales o que por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar, y amplió la duración del permiso (dieciséis semanas ininterrumpidas) en el supuesto de adopción o acogimiento múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo, al igual que en la filiación biológica. Asimismo flexibilizó la opción de los padres adoptivos, cuando ambos trabajen, en el disfrute del permiso, pudiendo optar por su disfrute exclusivo por uno de ellos o de forma simultánea o sucesiva por ambos, siempre dentro del límite máximo total establecido.

De este modo, el derecho a suspender el contrato de trabajo, y a percibir la prestación de maternidad (siempre que se den los requisitos específicos exigidos por la normativa de Seguridad Social) no se configura en el supuesto de la adopción (y del acogimiento) como un derecho de la mujer trabajadora (a diferencia de lo venía sucediendo históricamente en el supuesto de parto), toda vez que el hecho biológico del embarazo y el alumbramiento no existe en el supuesto de filiación adoptiva y acogimiento de menores, sino, de manera coherente, como un derecho que puede ser ejercido indistintamente por el padre o madre adoptivos, cuando ambos son trabajadores por cuenta ajena, e incluidos por tal motivo en la Seguridad Social.

d) En otro orden de consideraciones es preciso tener en cuenta que fue también la Ley 3/1989 la que introdujo la regla conforme a la cual, en el caso de que ambos padres trabajen, la madre, al iniciarse el periodo de descanso por parto, podrá optar por que el padre disfrute de hasta cuatro de las últimas semanas del periodo de suspensión del contrato de trabajo (es decir, que sea el padre quien pueda suspender su relación laboral con reserva de puesto durante ese periodo), salvo que la reincorporación al trabajo de la madre en ese momento suponga riesgo para su salud. A su vez, la Ley 39/1999 amplió el alcance de esta opción, permitiendo que la madre trabaja-

dora opte por que el padre trabajador disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso posterior al parto (que puede ser superior a las anteriores cuatro semanas, aunque también inferior), de forma simultánea o sucesiva con el descanso de la madre, con excepción en todo caso de las seis semanas inmediatas posteriores al parto, de descanso obligatorio para la madre, y con la indicada salvedad de que la reincorporación anticipada de la mujer a su puesto de trabajo no suponga riesgo para su salud (la Ley 39/1999 estableció asimismo que en caso de fallecimiento de la madre el padre podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del periodo de suspensión del contrato de la madre, frente a lo que sucedía desde la reforma introducida por la Ley 3/1989, que en caso de fallecimiento de la madre solo atribuía al padre el disfrute del periodo de suspensión de seis semanas posteriores al parto). En este supuesto de cesión del derecho a la suspensión del contrato por la madre trabajadora al padre cuando éste sea también trabajador afiliado a la Seguridad Social, la prestación por maternidad será percibida por la madre y el padre (siempre que se cumplan los requisitos específicos exigidos por la normativa de Seguridad Social para causar derecho a la prestación) en función a la duración del periodo de descanso disfrutado por cada uno, sin que en ningún caso se puede superar el máximo de dieciséis semanas (o el superior que corresponda en caso de parto múltiple).

3. La evolución normativa en esta materia había conducido así, en el momento en que se plantea la presente cuestión de inconstitucionalidad, a identificar dos situaciones básicas diferenciadas que el legislador ha juzgado merecedoras de protección en materia laboral y por el régimen público de la Seguridad Social: por un lado, el tradicional supuesto de protección en caso de parto, en el que la suspensión del contrato con reserva de puesto de la legislación laboral pretende preservar la salud de la trabajadora embarazada sin detrimento de sus derechos laborales, y la prestación económica por maternidad de la Seguridad Social atiende a sustituir la pérdida de rentas laborales de la mujer trabajadora durante ese periodo de descanso (obligatorio como mínimo en las seis semanas inmediatamente siguientes al parto); y, por otro, el más reciente supuesto de protección en caso de adopción o acogimiento, en el que tanto la suspensión del contrato de trabajo como la prestación económica de la Seguridad Social responden a una finalidad distinta, pues en la filiación adoptiva y el acogimiento no se atiende, obviamente, a la clásica protección de la mujer trabajadora por razón del hecho biológico (parto y puerperio), sino a facilitar la integración del menor de corta edad adoptado o acogido en su nueva familia de adopción o acogida, propiciando la igualdad en el reparto de las responsabilidades familiares de los padres, por lo que no tendría sentido atribuir el derecho a la suspensión del contrato y a la correspondiente prestación económica de la Seguridad Social, cuando ambos padres trabajen, a uno de ellos con preferencia al otro, al tiempo que resulta plenamente coherente que si sólo uno de los padres adoptivos o de acogida es trabajador por

JURISPRUDENCIA • TC

cuenta ajena en alta en la Seguridad Social sea éste quien tenga derecho a la suspensión del contrato de trabajo y, en su caso, a la correspondiente prestación por maternidad de la Seguridad Social.

Ésta es, justamente, la solución adoptada por el legislador en la normativa vigente en el momento de plantearse la presente cuestión, debiendo rechazarse por infundada la interpretación del artículo 48.4 LET que propone el Abogado del Estado, según la cual en la filiación adoptiva es también la madre la asegurada y beneficiaria originariamente de la prestación por maternidad, por lo que si no es trabajadora en alta en la Seguridad Social, el padre adoptivo no podrá disfrutar del descanso ni percibir la prestación económica de la Seguridad Social, aunque él sí sea trabajador incluido en la Seguridad Social.

Por el contrario, en el supuesto de parto, dada la finalidad primordial de protección de la salud de la mujer trabajadora que persigue desde siempre el legislador, es perfectamente coherente la configuración legal del derecho a la suspensión del contrato de trabajo (o meramente al periodo de descanso por parto, en caso de trabajadoras por cuenta propia) y de la prestación por maternidad como un derecho originario de la madre trabajadora, que puede ceder en parte al padre, cuando éste también trabaje, con ciertas limitaciones (señaladamente, la indisponibilidad para la madre de las seis semanas de descanso obligatorio postparto), de donde se sigue la consecuencia de que, en la regulación en vigor en el momento de plantearse la presente cuestión, si la madre biológica no es trabajadora en alta en la Seguridad Social no tiene derecho a la suspensión del contrato de trabajo con reserva de puesto y no es sujeto causante del subsidio por maternidad, por lo que no puede ceder un derecho inexistente al padre, aunque éste sí sea trabajador por cuenta ajena, en alta en la Seguridad Social, como sucede en el caso enjuiciado en el proceso *a quo*, y como en efecto lo ha venido confirmando reiteradamente en casos análogos la jurisprudencia del orden social (sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 2000, 20 de noviembre de 2001 y 18 de marzo de 2002).

4. Llegados a este punto resulta obligado advertir que, con posterioridad al planteamiento y admisión a trámite de la presente cuestión de inconstitucionalidad, la regulación del derecho a la suspensión del contrato de trabajo en los supuestos de parto, adopción y acogimiento, así como la correlativa acción protectora de la Seguridad Social, han sido objeto de modificaciones sustanciales por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, con vigencia a partir de 24 de marzo de 2007.

a) La disposición adicional undécima de la Ley Orgánica 3/2007 (precepto con rango de ley ordinaria, de conformidad con la disposición final segunda de dicha Ley) modifica el artículo 48.4 LET, introduciendo nuevas reglas en cuanto al derecho a la suspensión del contrato de trabajo por maternidad. Así, por lo que se refiere a la facultad de la madre de ceder al padre, cuando ambos trabajen, su derecho a la suspensión del contrato de trabajo en caso de parto (con excepción de las seis

semanas de descanso obligatorio postparto, indisponibles para la madre), se suprime la regla que impedía el disfrute por el padre del periodo cedido cuando la reincorporación anticipada al trabajo de la madre supusiera riesgo para su salud: ahora si sobreviniera tal supuesto el padre podrá seguir haciendo uso del periodo de suspensión por maternidad inicialmente cedido (y percibir en su caso la prestación por maternidad correspondiente), pasando la madre a la situación de incapacidad temporal (artículo 48.4, párrafo segundo, LET). Por otra parte se amplía también el derecho del padre trabajador a la suspensión del contrato por maternidad en caso de fallecimiento de la madre, pues podrá hacer uso de la totalidad del periodo de suspensión y percibir la prestación por maternidad cuando la madre no fuera trabajadora y no hubiera podido, por tanto, tener derecho a la suspensión del contrato (artículo 48.4, párrafo primero, LET).

Además, se otorga al padre trabajador afiliado a la Seguridad Social el derecho a suspender su contrato de trabajo con reserva de puesto (y a percibir la correspondiente prestación por maternidad, en su caso) cuando la madre no pueda suspender su actividad profesional con derecho a la prestación por maternidad por no tratarse de trabajadora afiliada a la Seguridad Social (artículo 48.4, párrafo tercero, LET), siendo este derecho del padre compatible con el disfrute del permiso por paternidad creado por la propia Ley Orgánica 3/2007 (actual artículo 48 bis LET) de trece días de duración ininterrumpidos, ampliable en caso de parto múltiple en dos días más por cada hijo o hija a partir del segundo (por Ley 9/2009, de 6 de octubre, se amplía la duración del permiso de paternidad a cuatro semanas ininterrumpidas, ampliación que surtirá efectos a partir de 1 de enero de 2012, de conformidad con lo establecido en la disposición final decimotercera de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre). El nuevo permiso por paternidad (también aplicable a los supuestos de adopción y acogimiento) es un derecho individual y exclusivo del padre en el supuesto de parto (en los supuestos de adopción o acogimiento corresponde a los padres elegir cuál de los dos disfrutará de este derecho, si bien cuando el permiso por maternidad del artículo 48.4 LET sea disfrutado en su totalidad por uno de los progenitores, el permiso por paternidad únicamente podrá ser disfrutado por el otro), que es independiente del disfrute compartido de los periodos de descanso por maternidad regulados en el artículo 48.4 LET, constituye la medida más innovadora de la Ley Orgánica 3/2007 para favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, según establece su propia exposición de motivos.

En fin, la Ley Orgánica 3/2007 amplía la duración del periodo de suspensión del contrato de trabajo en dos semanas más ininterrumpidas (tanto en el supuesto de parto como en los de adopción y acogimiento) para los supuestos de discapacidad del hijo o del menor adoptado o acogido, pudiendo disfrutar de este periodo de descanso adicional indistintamente el padre o la madre, a su elección, cuando ambos trabajen (artículo 48.4, párrafo noveno, LET).

JURISPRUDENCIA • TC

b) En lógica correspondencia con las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 3/2007 en la LET en cuanto a la suspensión del contrato de trabajo en los supuestos de parto, adopción y acogimiento, la disposición adicional decimotercera de dicha Ley (precepto que tiene asimismo rango de ley ordinaria, de conformidad con la disposición final segunda de dicha Ley) también ha introducido modificaciones en la regulación de las prestaciones de Seguridad Social. Además de la creación de una nueva prestación por maternidad (artículos 133 sexies y 133 septies LGSS) para el supuesto especial de las trabajadoras por cuenta ajena que, en caso de parto, reúnan todos los requisitos establecidos para acceder a la prestación por maternidad, salvo el periodo mínimo de cotización exigido, la principal novedad es la creación de la nueva prestación económica por paternidad (artículos 133 octies y ss. LGSS), a la que tiene derecho el padre trabajador durante el periodo de suspensión del contrato de trabajo por permiso de paternidad conforme al artículo 48 bis LET (así como el padre trabajador por cuenta propia, con la misma duración establecida para el permiso de paternidad de los trabajadores por cuenta ajena), siendo esta prestación por paternidad compatible con la prestación por maternidad, como expresamente lo confirma el artículo 3.4 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

De lo expuesto resulta que, tras la reforma del artículo 48.4 LET por la disposición adicional undécima de la Ley Orgánica 3/2007, ha desaparecido el presupuesto en que se basaba la duda de constitucionalidad que le suscitaba la regulación precedente al Juzgado promotor de la presente cuestión, pues con la actual redacción del párrafo tercero del artículo 48.4 LET, en el supuesto de parto, cuando la madre no tuviera derecho al periodo de descanso con derecho a prestación por maternidad, por no desempeñar actividad laboral o por ejercer una actividad profesional que no dé lugar a la inclusión en la Seguridad Social, el padre trabajador afiliado a la Seguridad Social tendrá derecho al periodo de suspensión de su contrato de trabajo con reserva de puesto en su integridad (y a percibir, en su caso, el correspondiente subsidio de la Seguridad Social).

No obstante, ha de señalarse que la modificación del precepto legal cuestionado por la disposición adicional undécima de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, no implica la pérdida sobrevenida del objeto de la cuestión de inconstitucionalidad ahora considerada, conforme a nuestra doctrina (por todas, SSTC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 3; 109/1993, de 25 de marzo, FJ 2; 174/1998, de 23 de julio, FJ 1; 273/2000, de 15 de noviembre, FJ 3; y 37/2002, de 14 de febrero, FJ 3). Y ello es así porque el juicio de constitucionalidad que hemos de efectuar sobre el artículo 48.4 LET se conecta con su aplicación a un concreto proceso en el que el órgano judicial proponente de la cuestión ha de resolver sobre la pretensión ejercitada a la luz de la normativa vigente y aplicable en el concreto mo-

mento en el que se suscitó el proceso *a quo*, esto es, en la redacción del artículo 48.4 LET resultante del artículo 5 de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, toda vez que la reforma introducida por la Ley Orgánica 3/2007 no es de aplicación a situaciones anteriores a su entrada en vigor.

5. Perfilado el objeto del presente proceso constitucional, debemos proceder a examinar las dudas de constitucionalidad que plantea el órgano judicial promotor de la cuestión, no sin antes precisar que, como indica el Fiscal General del Estado en su informe, aunque en el auto de planteamiento se citen también los artículos 39 y 41 CE, las dudas de constitucionalidad han de entenderse referidas exclusivamente a la pretendida contradicción del artículo 48.4 LET con el artículo 14 CE, pues ninguna argumentación específica se contiene en el auto acerca de la eventual contradicción del precepto legal cuestionado con los artículos 39 y 41 CE, cuya cita no pasa de ser una alusión meramente retórica, carente de todo desarrollo autónomo en relación con el eje central de la cuestión, que es el de la invocada contradicción del precepto cuestionado con el principio de igualdad en la ley e interdicción de discriminación (artículo 14 CE), en cuanto a las condiciones en las que el padre trabajador puede tener derecho a percibir el subsidio por maternidad.

En cualquier caso, es conveniente tener presente respecto del derecho a la igualdad con relación a las prestaciones del sistema de la Seguridad Social que es doctrina de este Tribunal, resumida por la STC 197/2003, de 30 de octubre, FJ 3, que «el artículo 41 CE convierte a la Seguridad Social en una función estatal en la que pasa a ocupar una posición decisiva el remedio de situaciones de necesidad, pero tales situaciones han de ser apreciadas y determinadas teniendo en cuenta el contexto general en que se producen y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales. No puede excluirse por ello que el legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule, en atención a las circunstancias indicadas, el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o las modifique para adaptarlas a las necesidades del momento (STC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17)». En definitiva, como advierte la propia STC 197/2003, de 30 de octubre, FJ 6 in fine, si bien la cobertura de las situaciones de necesidad de los colectivos sociales «es un ideal claramente deseable a la luz de los principios rectores de la política social y económica que nuestra Constitución asume en sus artículos 41 y 50 y que han de informar la legislación positiva –artículo 53.3 CE–», sin embargo «este Tribunal Constitucional no debe interferir con decisiones singularizadas susceptibles de alterar el equilibrio económico financiero del conjunto del sistema, salvo que la diferencia de tratamiento controvertida esté desprovista de toda justificación objetiva y razonable (STC 184/1993, de 31 de mayo, FJ 6)».

Y por lo que se refiere a la cita del artículo 39 CE, parece que ha de sobreentenderse que el Juzgado promotor pretende referirse al apartado 2, primer inciso, del citado precepto, en

JURISPRUDENCIA • TC

cuanto proclama la igualdad ante la ley de los hijos, con independencia de su filiación, y contiene un mandato dirigido a los poderes públicos para que aseguren la protección integral de los hijos, así como de las madres cualquiera que sea su estado civil. No obstante, como se ha señalado, en el auto de planteamiento no se razona de qué modo la norma legal cuestionada podría lesionar el citado precepto constitucional.

6. Planteada así la cuestión resulta oportuno recordar que este Tribunal tiene declarado, desde la STC 22/1981, de 2 de julio, recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que «el principio de igualdad 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 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. Lo que prohíbe el principio de igualdad, en suma, son las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos» (SSTC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4, y 88/2005, de 18 de abril, FJ 5, por todas).

Lo propio del juicio de igualdad, ha dicho este Tribunal, es «su carácter relacional conforme al cual se requiere como presupuestos obligados, de un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas» (STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 10) y, de otro, que «las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso (SSTC 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 6; 29/1987, de 6 de marzo, FJ 5; 1/2001, de 15 de enero, FJ 3). Sólo una vez verificado uno y otro presupuesto resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma» (STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 5).

En definitiva, como recuerda la STC 125/2003, de 19 de junio, el principio de igualdad prohíbe al legislador «configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación o,

dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria». Dicho de otra manera, sólo ante iguales supuestos de hecho actúa la prohibición de utilizar «elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable» (STC 39/2002, de 14 de febrero, FJ 4), razón por la cual toda alegación del derecho fundamental a la igualdad precisa para su verificación un término de comparación adecuado, elemento de contraste que ha de consistir en «una situación jurídica concreta en la que se encuentren otros ciudadanos u otros grupos de ciudadanos» (ATC 209/1985, de 20 de marzo, FJ 2). Resultará necesario, por ello, examinar si los supuestos de hecho aportados por el Juzgado promotor de la cuestión como término de comparación guardan la identidad que todo juicio de igualdad requiere y si, en caso de que los términos de comparación sean idóneos, la diferencia de trato establecida por el legislador resulta justificada por venir fundada en criterios objetivos y razonables.

7. Como antes quedó expuesto, son dos los términos de comparación que, aunque de forma un tanto confusa, viene a ofrecer el Juzgado de lo Social de Lleida para cuestionar la constitucionalidad del artículo 48.4 LET (en la redacción resultante del artículo 5 de la Ley 39/1999) por su posible contradicción con el artículo 14 CE (en relación con los artículos 39 y 41 CE), al privar al padre trabajador de un derecho (a suspender su contrato de trabajo durante el periodo de «descanso voluntario» y a percibir el correspondiente subsidio por maternidad durante dicho periodo) en caso de parto cuando su esposa no desempeña actividad que dé lugar a su inclusión en algún régimen de la Seguridad Social.

En primer lugar, la propia situación diferencial que se establece entre mujeres y hombres (madres y padres), al configurar el derecho al «descanso voluntario» (y al percibo de la correspondiente prestación por maternidad, se sobreentiende) como originario de la madre, que puede cederlo –si así lo desea– al padre, siempre y cuando ambos sean trabajadores afiliados a la Seguridad Social. En segundo lugar, el Juzgado considera que no existe justificación para la diferencia de trato en detrimento del padre entre el supuesto de parto y el supuesto de la adopción (o acogimiento), pues en el caso de parejas formadas por madre no afiliada a la Seguridad Social y padre trabajador sí afiliado que adopten un hijo podrá el padre disfrutar del periodo de descanso en su integridad (y del correspondiente subsidio por maternidad), mientras que en la misma situación sociolaboral, en el supuesto de parto el padre no podrá disfrutar ni siquiera del periodo de descanso «voluntario» (porque al configurarse como un derecho de la madre, ésta no puede ceder su disfrute al padre trabajador cuando ella no sea trabajadora incluida en la Seguridad Social).

Pues bien, comenzando por la diferencia de trato entre hom-

JURISPRUDENCIA • TC

bres y mujeres (padres y madres) que establece el artículo 48.4 LET, en la redacción resultante del artículo 5 de la Ley 39/1999, a efectos del derecho a suspender el contrato de trabajo en el supuesto de parto, debemos afirmar que, aunque el término de comparación se estimase idóneo para tratar el juicio de igualdad, la conclusión no puede ser otra que la de descartar que exista la pretendida vulneración del artículo 14 CE.

En efecto, el precepto legal cuestionado no puede entenderse contrario al artículo 14 CE desde la perspectiva del derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo, pues, sin perjuicio de recordar que la prohibición de tratamientos peyorativos fundados en el 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» (por todas, SSTC 17/2003, de 30 de enero, FJ 3; 214/2006, de 3 de julio, FJ 2; y 3/2007, de 15 de enero, FJ 2), es lo cierto que la atribución del derecho al descanso por maternidad en su integridad a la mujer trabajadora en el supuesto de parto no es discriminatoria para el varón, toda vez que, como ya hemos tenido ocasión de señalar, «la maternidad, y por tanto el embarazo y el parto, son una realidad biológica diferencial objeto de protección, derivada directamente del artículo 39.2 de la Constitución y por tanto las ventajas o excepciones que determine para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre» (STC 109/1993, de 25 de marzo, FJ 4). Y es que «la baja de maternidad está íntimamente relacionada con la condición femenina de la trabajadora. Su principal fundamento no está en la protección a la familia, sino en la de las madres. Como dice el considerando decimocuarto de la Directiva 92/85/CEE, la vulnerabilidad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, hace necesario un derecho a un permiso de maternidad» (STC 324/2006, de 20 de noviembre, FJ 6).

Para la determinación del alcance de las exigencias que el artículo 14 CE despliega con el fin de hacer efectiva la prohibición de discriminación de las mujeres en el ámbito de las relaciones laborales, hemos recordado reiteradamente que resulta preciso atender a circunstancias tales como «la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de aquéllas tiene el hecho de la maternidad, y la lactancia, en cuanto se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre, y que incluso se comprueba por datos revelados por la estadística (tal como el número de mujeres que se ven obligadas a dejar el trabajo por esta circunstancia a diferencia de los varones)» (SSTC 109/1993, FJ 6, y 214/2006, de 3 de julio, FJ 6). En este sentido, hemos declarado 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» (STC 182/2005, de 4 de julio, FJ 4). «No puede, pues, afirmarse genéricamente que cual-

quier ventaja legal otorgada a la mujer sea siempre discriminatoria para el varón por el mero hecho de no hacerle partícipe de la misma (como podría al contrario serlo para la mujer la que le impusiera una privación solamente por razón del sexo). Y al contrario, la justificación de tal diferencia podría hallarse en una situación de desventaja de la mujer que se trata de compensar; en este caso, porque ello tiene lugar frente a la relación de trabajo; y sin perjuicio de que el legislador pueda extender el beneficio al varón o incluso suprimirlo, sin que ello se oponga tampoco a los preceptos constitucionales invocados» (STC 109/1993, FJ 3).

En definitiva, la protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino que también persigue evitar en el marco del contrato de trabajo las consecuencias físicas y psíquicas que medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora y afianzar, al mismo tiempo, todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora, al quedar prohibido cualquier perjuicio derivado de aquel estado (SSTC 17/2003, de 30 de enero, FJ 3; 161/2004 de 4 de octubre, FJ 3; y 324/2006, de 20 de noviembre, FJ 4).

En este mismo sentido se ha venido pronunciando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al reconocer (sentencia de 12 de julio de 1984, *caso Hofmann*, §§ 25 y 26) que las medidas legales de los Estados miembros consistentes en la concesión de un periodo de descanso por maternidad, una vez expirado el plazo legal de protección posparto, reservando ese derecho a la madre trabajadora, con exclusión de cualquier otra persona, constituyen medidas conformes a la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la 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 (modificada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, y refundida en la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006), en cuanto persiguen la finalidad legítima de proteger la condición biológica de la mujer con motivo de su embarazo y después del mismo, por una parte, y de proteger las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el periodo que sigue al embarazo y al parto, por otra.

Esta doctrina se reitera por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la reciente Sentencia de 30 de septiembre de 2010, *caso Roca Álvarez*, en la que si bien se aprecia que la disposición que excluye del permiso de lactancia a los padres trabajadores por cuenta ajena cuando la madre del niño no tiene a su vez la condición de trabajadora por cuenta ajena constituye una diferencia de trato por razón de sexo contraria a la Directiva 76/207/CEE, por estimar el Tribunal que, al haberse desvinculado el referido permiso del hecho biológico de la lactancia natural, no puede entenderse que este permiso asegure la protección biológica de la mujer después de su emba-

JURISPRUDENCIA • TC

razo y parto, sino que debe considerarse actualmente como un mero tiempo de cuidado en favor del hijo y como una medida conciliadora de la vida familiar y laboral tras el disfrute del permiso de maternidad (§ 29), al propio tiempo se advierte que esta situación del permiso de lactancia «se diferencia de la que dio lugar a la Sentencia *Hofmann*, antes citada, en la que la normativa nacional controvertida preveía la concesión de un periodo de descanso por maternidad una vez expirado el plazo legal de protección, y reservaba ese periodo de descanso a la madre, con exclusión de cualquiera otra persona» (§ 30), medida ésta que el Tribunal considera conforme a la citada Directiva de igualdad de trato entre mujeres y hombres, en cuanto tiene la doble finalidad de asegurar la protección de la condición biológica de la mujer trabajadora después de su embarazo, y la protección de las particulares relaciones entre madre e hijo tras el parto (§§ 27 y 29).

Así pues, la regulación establecida en el artículo 48.4 LET, en la redacción resultante del artículo 5 de la Ley 39/1999, que configura el derecho a la suspensión del contrato de trabajo en el supuesto de parto como un derecho reservado a la madre trabajadora, que puede ceder al padre el disfrute del periodo de descanso «voluntario», siempre que ambos padres sean trabajadores por cuenta ajena, no supone para los varones vulneración alguna del derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo (artículo 14 CE), conforme ha quedado expuesto, sin perjuicio de que el legislador, en el legítimo ejercicio de su amplia libertad de configuración del sistema de Seguridad Social, pueda incorporar al ordenamiento jurídico, si lo estima oportuno –como efectivamente lo ha hecho, según se ha visto, con la reforma introducida por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo–, el derecho de los padres trabajadores por cuenta ajena a suspender su contrato de trabajo (con derecho, en su caso, al percibo del subsidio por maternidad) cuando la madre no desempeñase actividad laboral o realizase una actividad profesional que no dé lugar a su inclusión en el sistema de la Seguridad Social.

8. Descartado que el artículo 48.4 LET, en la redacción resultante del artículo 5 de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, incurra en vulneración del artículo 14 CE desde la perspectiva del diferente tratamiento entre mujeres y hombres a efectos de la titularidad del derecho a suspender el contrato de trabajo en supuesto de parto, debemos afirmar seguidamente que tampoco resulta el precepto cuestionado contrario al principio de igualdad ante la ley desde la perspectiva de la comparación entre el supuesto del parto y el supuesto de la adopción (o el acogimiento) cuando las madres no sean trabajadoras (o desempeñen una actividad profesional extramuros del sistema de Seguridad Social), pues, como ya hemos adelantado, se trata de situaciones diferentes en la consideración de la finalidad tuitiva perseguida por el legislador, por lo que no concurre siquiera un término de comparación adecuado.

Ciertamente, los supuestos de parto y de adopción son plenamente equiparables desde el punto de vista de los derechos de los hijos, pues éstos son iguales ante la ley con indepen-

dencia de la filiación, como establece el artículo 39.2 CE, pero eso no significa necesariamente que del mismo modo tengan que ser supuestos equiparables a efectos de los derechos laborales y de la protección Seguridad Social de los progenitores y adoptantes, por ser distintas las situaciones protegidas en caso de parto («maternidad biológica») y en caso de adopción (o acogimiento).

En efecto, en el supuesto de parto la finalidad primordial perseguida por el legislador al establecer en el precepto legal cuestionado el derecho de la mujer trabajadora a suspender su contrato de trabajo con reserva de puesto durante dieciséis semanas ininterrumpidas (o el periodo superior que proceda en caso de parto múltiple), y a la correspondiente prestación por maternidad de la Seguridad Social, en su caso (artículos 133 bis y ss. LGSS), es preservar la salud de la madre trabajadora ante un hecho biológico singular, considerando que una reincorporación inmediata de la mujer a su puesto de trabajo tras el alumbramiento puede ser perjudicial para su completa recuperación, y haciendo compatible esa protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora con la conservación de sus derechos profesionales (sin perjuicio de que, como apuntan el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado en sus alegaciones, puedan tenerse en cuenta otros intereses dignos de protección conectados al hecho del alumbramiento, como la lactancia natural y la especial relación de afectividad entre la madre y el neonato, por ejemplo).

Así se desprende de nuestra doctrina, como ya ha quedado señalado (SSTC 109/1993, FJ 4; 182/2005, FJ 4; y 324/2006, FF JJ 4 y 6, por todas), y en este mismo sentido se pronuncian la normativa comunitaria (así, artículo 2.7 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, modificada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, y refundida en la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006) y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, declarando compatibles con el principio de igualdad de trato las disposiciones relativas a la protección de la mujer en relación con el embarazo y la maternidad, y calificando de discriminaciones directas por razón de sexo los tratos menos favorables a la mujer debidos a tales causas. Más concretamente, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene señalado que el derecho al permiso de maternidad tiene por objeto, por una parte, la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después de éste, y, por otra parte, la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, como ya se ha indicado (así, Sentencias de 12 de julio de 1984, *caso Hofmann*; de 30 de abril de 1998, *caso Thibault*; de 27 de octubre de 1998, *caso Boyle y otros*; de 18 de marzo de 2004, *caso Merino Gómez*; y de 30 de septiembre de 2010, *caso Roca Álvarez*).

De ahí que en el supuesto de parto pueda hablarse con propiedad de «periodo de descanso por maternidad» (y más aún en el caso de las trabajadoras autónomas, donde no existe, ob-

viamente, suspensión de contrato de trabajo), distinguiéndose entre un periodo de descanso «obligatorio» (las seis semanas inmediatamente posteriores al parto), que la madre trabajadora ha de disfrutar necesariamente (en aras al propósito de garantizar su recuperación), y un periodo de descanso «voluntario» (las semanas restantes), que la madre trabajadora puede ceder al padre si lo estima oportuno, y siempre que el padre también sea trabajador (pues de no ser así no cabe suspender el contrato laboral, obviamente).

Ello explica y justifica que, siendo el descanso por parto un derecho de la madre trabajadora, ésta pueda ceder al padre, cuando éste sea también trabajador, el disfrute del periodo de descanso «voluntario» en su integridad o parcialmente, de suerte que si la madre no desempeña actividad laboral por cuenta ajena o propia (o realiza una actividad profesional que no da lugar a la inclusión en un régimen de Seguridad Social) no puede ceder al padre, aunque sí sea trabajador, el derecho a disfrutar de ese periodo de descanso por maternidad, pues nadie puede ceder a otro un derecho que no tiene (*nemo plus iuris quam ipse habet transferre potest*).

Cosa distinta es que el legislador, en el legítimo ejercicio de su libertad de configuración del sistema de Seguridad Social y en apreciación de las circunstancias socioeconómicas concurrentes en cada momento, pueda atribuir en este supuesto al padre trabajador, si lo estima oportuno (como en efecto lo ha hecho, según hemos visto, mediante la reforma introducida en el artículo 48.4 LET por la disposición adicional undécima de la Ley Orgánica 3/2007, con el propósito de contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares), el derecho a la suspensión de su contrato de trabajo con reserva de puesto (si es trabajador por cuenta ajena) y al correspondiente subsidio por maternidad (compatible además con la prestación por paternidad creada por la misma Ley Orgánica 3/2007, como también se dijo), y sin que ello signifique que la opción legislativa precedente, vigente a la fecha de planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad, que no contemplaba la atribución de este derecho al padre trabajador, sea por ello inconstitucional (por todas, SSTC 65/1987, de 21 de marzo, FJ 17; y 184/1990, FJ 3).

Por el contrario, y a diferencia de lo que sucede en el supuesto del parto, en la adopción (y en el acogimiento) no concurre la necesidad de proteger la salud de la mujer trabajadora, por lo que la decisión del legislador de extender al supuesto de la adopción de menores de corta edad el derecho a la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, absolutamente plausible, tiene una finalidad diferente al supuesto tradicional de suspensión del contrato de trabajo por parto (y su equivalencia para las trabajadoras autónomas), pues no se trata de garantizar la recuperación de la madre trabajadora mediante el derecho a suspender el contrato de trabajo con reserva de puesto durante un periodo determinado (con el correlativo derecho a percibir el subsidio por maternidad, siempre que se reúnan, además, los requisitos específicos establecidos por la legislación de Seguridad Social), sino de facilitar la integra-

ción del menor adoptado o acogido en la familia adoptiva o de acogimiento, y de contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares, como ya se dijo.

Por ello, en el supuesto de adopción (o de acogimiento), cuando ambos padres trabajen, el derecho a suspender el contrato de trabajo con reserva de puesto durante el periodo establecido (y a percibir la correspondiente prestación económica de la Seguridad Social, en su caso), que se equipara en su duración a lo establecido para el supuesto de parto, corresponde *ex lege* indistintamente al padre o madre, a elección de los propios interesados, pues no existe razón para dar preferencia al disfrute del derecho a uno de los padres sobre el otro (antes bien, de establecerse tal preferencia podría ser tachada de discriminatoria por razón de sexo y en consecuencia contraria al artículo 14 CE), mientras que si sólo uno de los padres es trabajador incluido en un régimen de la Seguridad Social el derecho al periodo de descanso laboral legalmente establecido (y al subsidio por maternidad, si reúne el resto de requisitos exigidos por la normativa vigente), le corresponderá a aquél en exclusiva, como es lógico, puesto que sólo él puede ser titular del derecho en este caso.

9. En conclusión de todo lo señalado podemos afirmar que la regulación del derecho a la suspensión del contrato de trabajo con reserva de puesto en supuesto de parto, en la redacción del artículo 48.4 LET que se encontraba vigente en el momento de plantearse la presente cuestión de inconstitucionalidad –y más concretamente la regla de dicho precepto que permite a la madre ceder al padre el disfrute del periodo de descanso «voluntario» sólo en el caso de que ambos trabajen, quedando excluida la posibilidad de cesión al padre trabajador del disfrute de ese periodo cuando la madre no fuese trabajadora por cuenta ajena–, no vulnera el artículo 14 CE (ni tampoco los artículos 39 y 41 CE), lo que determina la desestimación de la cuestión.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar la cuestión de inconstitucionalidad número 3515-2005.

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 75/2011, DERECHO A LA IGUALDAD Y PRINCIPIOS DE PROTECCIÓN SOCIAL DE LA FAMILIA Y DE MANTENIMIENTO DE UN RÉGIMEN PÚBLICO DE SEGURIDAD SOCIAL QUE GARANTICE PRESTACIONES SOCIALES SUFICIENTES ANTE SITUACIONES DE NECESIDAD: VALIDEZ DEL PRECEPTO LEGAL QUE IMPIDE LA CESIÓN AL PADRE DEL DISFRUTE DEL PERMISO DE MATERNIDAD CUANDO LA MADRE NO SEA TRABAJADORA POR CUENTA AJENA

JURISPRUDENCIA • TC

El Tribunal Constitucional ha dictado dos recientes sentencias que atañen al derecho al disfrute por parte del padre del derecho de paternidad, que ponen en cuestión algunos de los aspectos de este derecho, cuya comprensión es indispensable para una adecuada comprensión de la conciliación de la vida personal y laboral. Las SSTC 75 y 78/2011 desestiman, respectivamente, una cuestión de inconstitucionalidad y un recurso de amparo, por los que se pone en cuestión la validez del artículo 5 de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, que impide la cesión al padre del disfrute del permiso de maternidad en aquellos casos en los que la madre no sea trabajadora por cuenta ajena.

En la primera de las Sentencias es el Pleno del Tribunal el que sienta la doctrina en relación con la cuestión de inconstitucionalidad presentada por un Juzgado de lo Social, que conoce de una petición de un trabajador por cuenta ajena, al que el INSS le denegó la prestación por maternidad solicitada por él, al considerar este organismo que para tener derecho el padre a ese derecho, la madre primero ha de ser titular del mismo. En la maternidad biológica el padre no es titular de ese derecho, sino la madre, que si no lo tiene, al no ser trabajadora por cuenta ajena, no lo puede transferir.

El Ministerio Fiscal se opone al planteamiento de la cuestión porque considera que el hecho de que el varón en determinados supuestos, como en este, no tenga derecho a un descanso por maternidad, no es necesariamente inconstitucional, puesto que hay razones objetivas para ese distinto tratamiento.

En su auto de planteamiento, el Juez invoca como aplicables, los artículos 14, 39 y 41 CE pero, a la hora de fundamentar, solamente lo hace con el artículo 14. Por esta razón, se pierde la posibilidad de que pueda el Tribunal entrar en consideración de aspectos nucleares en relación con este tema y, destacadamente, el artículo 39 por el que la Constitución protege la institución familiar. El Tribunal Constitucional se plantea en qué medida es útil la aplicación de este precepto. Sin embargo, en el origen mismo del derecho de paternidad, se concibe la necesidad de que el reparto de las cargas familiares exige, como presupuesto, que el hombre se incorpore a ese reparto, en relación con su propia paternidad.

Es aquí, justamente, donde el juez no desarrolla esa invocación, y el Tribunal Constitucional no entiende que precisamente de eso se trata cuando se legisla sobre materia de igualdad. Efectivamente, el mero hecho de que se hable de un derecho de la madre, transferible al padre, pone en cuestión cualquier intento de aproximación a la idea de que la paternidad es un derecho en sí mismo, ejercitable por el padre, en relación con el hecho de tener un hijo, sobre el que no solamente tiene las responsabilidades derivadas del sustento y la formación, sino también, igual que su madre, de la asistencia material desde su nacimiento. Al conceptuar el derecho de la madre como un derecho propio de maternidad, delegable en el padre, se pierde el sentido de esa idea, clave para la igualdad, de reparto de las tareas domésticas, de corresponsabilidad en la paternidad. Difícilmente debería entenderse que puede im-

plicarse un padre en su paternidad si entiende que cuida a su hijo por delegación y voluntad de su madre, y no por un derecho propio a su paternidad.

Tanto el Abogado del Estado como el Ministerio Fiscal, solicitaron la desestimación de la cuestión. Algunas de las razones aducidas, en este caso, por el Ministerio Fiscal son de dudosa consideración, tanto desde el punto de vista netamente científico, como social. Así, cuando considera que en la maternidad biológica se produce una especial relación de afectividad entre la madre y el hijo, que no concurren en ese concreto período en el padre y, de ahí, la consecuencia de que esté justificado jurídicamente que la madre biológica trabajadora se la titular del derecho al descanso por maternidad y a la prestación correspondiente de Seguridad Social, derecho que podrá ceder al padre, con la excepción de las seis semanas inmediatamente posteriores al parto, que son de obligado disfrute de la madre.

El Tribunal Constitucional en su razonamiento realiza un recorrido histórico acerca de la protección sanitaria y prestacional de la maternidad. Pone de relieve cómo la relación ha sido considerada bajo la contingencia de prestación económica por incapacidad laboral transitoria, como si se tratase de una enfermedad de la mujer y no de una situación natural de su función reproductiva. No es hasta la Ley 42/1994, cuándo se independiza de este concepto la maternidad y adopta una forma de prestación autónoma y diferenciada de esa contingencia de incapacidad laboral transitoria.

El cambio de modelo en la consideración de la maternidad ligada a la salud de la mujer viene por la vía de la equiparación de los derechos de adopción y de la maternidad: dado que en los supuestos de adopción, la mujer no se encuentra incurso en ningún momento en incapacidad para la prestación laboral, la legislación deriva a un concepto, que se mantendrá ya en los sucesivos cambios legislativos, hacia la facilitación de la integración familiar.

Como suele ocurrir en los procedimientos constitucionales, con posterioridad a la interposición de la cuestión han sobrevenido cambios legislativos en la materia. En concreto la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, que, en su disposición undécima, modifica el Estatuto de los Trabajadores en materia de suspensión del contrato por maternidad. A la filosofía que subyacía en la legislación anterior, antepone la igualdad de los padres en cuanto al cuidado de los hijos: de ahí que ante un riesgo para la salud de la madre, el padre no tiene que suspender su permiso parental, sino que la madre muta su contingencia y pasa a incapacidad temporal, permaneciendo el padre en el disfrute de ese derecho por titularidad propia. Con ello se disocia a la vez el derecho a la baja por maternidad de las situaciones de salud. Y en coherencia con todo esto, se crea un específico derecho de permiso por paternidad de 13 días de duración, independiente del permiso compartido, que atiende a ese principio del que se hablaba al inicio de este comentario, de implicar al padre en la configuración de

JURISPRUDENCIA • TS

un sistema laboral que concilie la vida personal y laboral. No obstante, estas modificaciones legislativas no son aplicables al supuesto planteado en la cuestión de inconstitucionalidad y, por lo tanto, no hay una pérdida sobrevenida en el objeto litigioso, debiendo resolverse este concreto caso conforme a la legislación en vigor al momento de producirse el hecho causante, por lo que el Tribunal Constitucional resuelve sobre el fondo del asunto.

Y es en este punto concreto, en el análisis de la diferenciación entre el hombre y la mujer en relación con la maternidad y paternidad, donde se refleja el entendimiento que todavía subsiste respecto de cuál es el papel que el padre debe ejercer respecto de sus hijos, y cómo subsiste en la cultura jurídica, seguramente como en el resto de la respuesta social, una consideración de la maternidad diferenciada de la paternidad, por el hecho biológico del parto. Dice el Tribunal, basándose en sentencias propias anteriores, que “la maternidad, y por lo tanto el embarazo y el parto, son una realidad biológica diferencial objeto de protección”, y que “la baja por maternidad, está íntimamente relacionada con la condición femenina de la trabajadora. Su principal fundamento no está en la protección de la familia, sino en el de las madres”.

Supuestamente, esa situación de refuerzo según el Tribunal serviría para garantizar mejor el empleo de la mujer y afrontar situaciones derivadas del mismo. Así, razona el Tribunal Constitucional que con estas medidas se pretende hacer compatible la condición biológica de la mujer con sus derechos profesionales. Sin embargo, la situación más garante sería justo la contraria, es decir, la que garantizaría más los derechos de la mujer sería aquella que potenciara los permisos parentales para permitir que la mujer accediera cuanto antes al mercado de trabajo, después del parto, compartiendo el padre las funciones que ella tradicionalmente ha venido desarrollando.

Considera, así, el Tribunal Constitucional que la norma vigente al momento de plantearse la cuestión no vulnera los derechos del hombre a la igualdad de trato porque es una opción del legislador el establecimiento de un marco legal de protección a la maternidad, y el hecho de que el hombre no tenga supeditado su derecho al permiso parental a que la madre sea trabajadora por cuenta ajena, no vulnera los artículos de la Constitución mencionados en la cuestión de inconstitucionalidad.

El supuesto de la Sentencia del Tribunal Constitucional 78/2011, de 6 de junio, que resuelve un recurso de amparo con parecida pretensión, resulta igualmente desestimado⁹⁰. En este caso, el permiso lo solicita un funcionario esposo de una abogada en ejercicio, que no cotiza al régimen general de la Seguridad Social y no era, por tanto, titular del derecho de maternidad, por lo que no podía delegarlo en su esposo. Por identidad de contenido, los razonamientos son los mismos de la STC 75/2011 y se produce una remisión a ella.

Con posterioridad a la LO 3/2007, de 22 de marzo, se han producido todavía importantes novedades legislativas orientadas por las Directivas Comunitarias. Así, la Directiva 2010/18/UE del Consejo por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESS EUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE. En esta Directiva se valida el Acuerdo referido, orientando a los Estados a que introduzcan en la negociación colectiva aspectos referidos a permisos parentales que favorezcan la asunción de responsabilidades familiares⁹¹. Finalmente, la Disposición Final Vigésima segunda de la Ley 39/2010, de Presupuestos Generales del Estado para 2011, modifica el Estatuto de los Trabajadores en materia de permisos parentales. (MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN, Catedrática de Derecho Constitucional, Universidad de Málaga).

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO SOCIAL), DEL 18 DE ABRIL DE 2011. DESPIDO DE TRABAJADORA EMBARAZADA DURANTE EL PERÍODO DE PRUEBA

I. Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Con fecha 2-12-2009 el Juzgado de lo Social nº 31 de los de Madrid dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos: “1º.- La actora Dª X comenzó a prestar sus servicios en la empresa demandada Y, S.A. con fecha 24-6-09, con la categoría profesional de comercial y con un salario bruto mensual de 728,10 euros con prorrata de pagas extras. 2º.- Con fecha 24-6-09 ambas partes celebraron un contrato de trabajo con una duración de seis meses, prorrogables automáticamente por períodos de seis meses, pactándose en la cláusula 5º un período de prueba de dos meses. En el apar-

tado c) del Anexo I se establece que el trabajador percibirá una comisión del 5% para cualquier tipo de instalación; y en el apartado e) se establece que será la contratación mínima mensual a efectos de extinguir el contrato conforme a la cláusula 11,a) de 240 € obtenida aplicando las condiciones del apartado c). 3º.- Con fecha 4-8-09 la empresa demandada le comunicó la extinción del contrato por no haber superado el período de prueba de conformidad con el art. 14 y cláusula 5ª del contrato, Dicha carta obra en autos y se da por reproducida. 4º.- En la fecha en que fue contratada la trabajadora, se hallaba embarazada de 10 semanas. No consta probado que la empre-

⁹⁰ Esta Sentencia ha sido publicada en el Suplemento del Tribunal Constitucional, Boletín Oficial del Estado núm. 158, de 4 de julio de 2011, y puede consultarse en http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-11490.

⁹¹ Un análisis pormenorizado de esta Directiva, así como de la jurisprudencia más reciente en la jurisdicción europea, en materia de permisos parentales, en A.J. Trujillo, “Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera), de 16 de septiembre de 2010. Una oportunidad desaprovechada entre la conciliación y la corresponsabilidad”, en el número 35 de esta Revista.

JURISPRUDENCIA • TS

sa tuviera conocimiento de este hecho. 5º.- La actora prestaba servicios con anterioridad para otra empresa como comercial, a igual que su compañero Sr. Z. A ambos trabajadores les comunicaron en la misma fecha la extinción del contrato de trabajo por no superar el período de prueba. 6º.- Durante el tiempo que prestó servicios la actora, se facturaron unas ventas por las altas en instalaciones de gas y calefacción que había realizado la trabajadora por cuantía de 4.615 €, ascendiendo el 5% de dicha cuantía a 120 € en total. 7º.- La cantidad que percibía la actora en nómina en concepto de comisión correspondía a comisiones de ventas, dietas y suplidos. 8º.- La actora no ostenta cargo sindical ni representativo alguno. 9º.- Con fecha 9-9-09 se celebró el acto de conciliación previa con resultado de sin efecto." En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando la demanda de despido interpuesta por Dª X frente a la empresa Y, S.A. debo absolver y absuelvo a la parte demandada de todos los pedimentos de la misma".

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por Dª X ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 11-06-2010, en la que consta el siguiente fallo: "Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por Dña. X contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social 31 de los de Madrid de fecha 2 de diciembre de 2009, en sus autos 1.298/09, seguidos a instancia de la citada parte recurrente contra Y, S.A., en reclamación de despido. En consecuencia, confirmamos la sentencia de instancia".

TERCERO.- Por la representación de Dª X se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 22-07-2010, en el que se alega infracción de los arts. 55.5 b) ET y 14 y 24 de la C.E. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del T.S.J. de Castilla La Mancha de 6 de abril de 2009.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 21-10-2010 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de diez días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 13-04-2011, fecha en que tuvo lugar. Acordando la Sala el nombramiento como Ponente de la Excmo. Sra. Magistrada Dña. T, al anunciar el anterior designado, voto particular. La tramitación de esta resolución se ha demorado más allá del plazo legal por incidencias imprevistas surgidas en los trámites de firma y de coordinación con otras resoluciones de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La trabajadora demandante se alza en casación

para unificación de doctrina frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 11 de junio de 2011, que confirmaba la sentencia del Juzgado de lo Social nº 31 de los de esta Capital (de 2 de diciembre de 2009), desestimatoria de la demanda de despido. El recurso aporta, como sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha el 6 de abril de 2009 y denuncia la infracción de los arts. 55.5 b) ET y 14 y 24 de la Constitución, con cita, asimismo, de la STC 92/2008.

A fin de realizar la necesaria comparación a los efectos de constatar que concurra el requisito legal de la contradicción, se hace necesario poner de relieve los datos siguientes: a) La trabajadora demandante había sido contratada por la demanda el 24 de junio de 2009, hallándose entonces en estado de gestación de 10 semanas; b) El contrato de trabajo se celebró al amparo del Real Decreto 1438/1985, por el que se regula la relación laboral de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, sin asumir el riesgo y ventura de aquéllas; c) se estipuló una duración del contrato de seis meses (hasta el 23 de diciembre de 2009), estableciéndose un periodo de prueba de 2 meses; d) asimismo, se pactó que sería causa de resolución del contrato por parte de la empresa la no consecución durante dos meses consecutivos de la contratación mínima establecido en el Anexo I del contrato (la correspondiente a una comisión de 240 €; señalándose que la comisión sería del 5% del precio de la venta); e) El 4 de agosto de 2009 la empresa demandada comunicó a la trabajador la extinción del contrato por no superar el período de prueba (en tal fecha el embarazo de la trabajadora era de 16 semanas); f) en esa misma fecha la empresa comunicó idéntica decisión a otro trabajador con la misma categoría de la demandante; durante el tiempo en que la trabajadora prestó servicios para la demandada generó una facturación cuyo 5% ascendió a 120 € en total; g) en los meses de junio, julio y agosto la actora fue retribuida con 245,06 €, 524,26 € y 294,47 €, respectivamente; y h) se declara probado que no consta que la empresa conociera el embarazo de la actora.

En su demanda, la actora alegó que el cese se había producido al comunicar a la empresa que estaba embarazada. La sentencia del Juzgado analizó la contradicción entre los dos testigos que depusieron en el acto del juicio y concluye con la falta de prueba del conocimiento de tal circunstancia por parte de la empresa y argumentó: a) que el embarazo no era un hecho sobrevenido al contrato; b) que la empresa había acreditado que la trabajadora no alcanzó los objetivos pactados; y c) que al compañero de la actora, contrato en fecha similar, también se le comunicó la extinción por no superar del período de prueba en la misma fecha.

La sentencia de suplicación, ahora recurrida, confirma la de instancia razonando que la extinción del contrato en periodo de prueba de la trabajadora embarazada sólo será nulo cuando resulte discriminatoria y sostiene que, aunque se aceptara que la empresa conocía el embarazo, los indicios de lesión

JURISPRUDENCIA • TS

quedarían destruidos por el hecho de que en la misma fecha se extinguió el contrato de trabajo de otro trabajador varón.

En la sentencia de contraste (Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de 8 de abril de 2009), consta que la empresa desconocía el embarazo de la trabajadora y que a ésta se le comunicó la extinción del contrato por no superar el periodo de prueba cuando se hallaba en la 12ª semana de gestación. Razonaba la Sala de Castilla-La Mancha que la STC 92/2008 suponía un cambio interpretativo afectante a la nulidad objetiva, distinta de la nulidad por discriminación, que actúa sobre toda situación de embarazo y extendía estas garantías a la extinción en periodo de prueba a fin de no mermar el derecho fundamental.

Resulta patente la contradicción entre las sentencias comparadas, tal y como pone de relieve el Ministerio Fiscal. En ambos casos estamos ante la extinción del contrato en periodo de prueba de la trabajadora embarazada y, mientras que la sentencia de contraste resuelve que en tales casos se está siempre ante un despido nulo, para la recurrida la nulidad del cese sólo ha de predicarse en los supuestos en que se aprecie discriminación por tal causa.

SEGUNDO.- Se trata de decidir si la doctrina jurisprudencial sobre la nulidad del despido de la trabajadora embarazada es extensible a los supuestos de extinción del contrato de trabajo durante el periodo de prueba.

Conviene recordar, en primer lugar, cual es el tratamiento jurisprudencial y constitucional del despido de la mujer durante la gestación, antes de abordar la posibilidad de aplicación del mismo a los supuestos de desistimiento empresarial durante el periodo de prueba.

A raíz de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral, el Estatuto de los trabajadores incorporó concretas medidas de protección eficaz a favor del principio de igualdad de oportunidades en el empleo de las mujeres. En particular, y ciñéndonos exclusivamente a la extinción del contrato de trabajo de la trabajadora embarazada, se produjo la inclusión de un supuesto de nulidad del despido que venía a añadirse al ya contemplado en el apartado 5 del art. 55 ET (en igual sentido se modificó el art. 53.4 ET, así como los arts. 108.2 y 122.2 LPL).

La interpretación del nuevo texto legal llevó en un principio a esta Sala IV a sostener que era preciso que el empresario conociera el embarazo de la trabajadora y que, si tal conocimiento existía, la ley establecía una presunción *iuris et de iure* de móvil discriminatorio, de suerte que la nulidad solo estaría excepcionada de acreditarse la procedencia del despido (así lo anunciaba la STS de 26 de marzo de 2006, que descartó la contradicción precisamente por la cuestión del conocimiento o desconocimiento del embarazo por parte de la empresa y lo abordaron de lleno las STS del Pleno de 19 de julio de 2006, seguidas posteriormente por las STS de 24 de julio de 2007 y 29 de febrero y 12 de marzo de 2008). Partía allí la Sala de considerar que el despido de la mujer embarazada constituía un supuesto particular de despido discriminatorio y re-

chazaba de este modo la tesis de la “nulidad objetiva”, que abogaba por aplicar la nulidad prescindiendo del móvil de la decisión extintiva.

Esa postura jurisprudencial fue rectificada en la STS de 17 de octubre de 2008 (seguida por las STS de 16 de enero, 17 de marzo, 13 de abril, 30 de abril y 6 de mayo de 2009), en la que se acogía el criterio de la STC 92/2008, de 21 de julio. En ésta última el Tribunal Constitucional entró a valorar el alcance del art. 55.5 ET para sostener que el legislador optó por un desarrollo del art. 14 CE incrementando las garantías al no exigir el requisito de la previa notificación del embarazo al empresario por parte de la trabajadora. Rechazando la suficiencia de los criterios interpretativos contrarios -y entendiéndolo vulnerado por ello el art. 24 CE-, concluía así el TC que el legislador ha relevado a la trabajadora embarazada de la prueba del conocimiento de su embarazo por parte de la empresa. Posteriormente, la STC 124/2009, de 18 de mayo, anuló la STS de 19 de julio de 2006 y reiteró el mismo criterio de la STC 92/2008.

Como resumíamos en la STS de 6 de mayo de 2009, tras acoger los criterios del TC, la doctrina de esta Sala IV sobre la calificación del despido de la trabajadora embarazada se concreta en los siguientes puntos: “a) 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 [art. 14 CE], por más que puedan igualmente estar vinculados otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos [el derecho a la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas, protegido por art. 40.2 CE; o el aseguramiento de la protección de la familia y de los hijos, referido por el art. 39 CE]. b) Para ponderar las exigencias que el art. 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de las mujeres en el mercado de trabajo es preciso atender a la peculiar incidencia que sobre su situación laboral tienen la maternidad y la lactancia, hasta el punto de que -de hecho- el riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad constituye el problema más importante -junto a la desigualdad retributiva- con el que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales. c) La protección de la mujer embarazada que instaura la Ley 39/1999 se lleva a cabo sin establecer requisito alguno sobre la necesidad de comunicar el embarazo al empresario o de que éste deba tener conocimiento de la gestación por cualquier otra vía; es más, el ámbito temporal de la garantía, referida a «la fecha de inicio del embarazo», por fuerza excluye aquellos requisitos, pues en aquella fecha -a la que se retrotrae la protección- ni tan siquiera la propia trabajadora podía tener noticia de su embarazo. d) La finalidad de la norma es proporcionar a la trabajadora embarazada una tutela más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación, dispensándola de la carga de acreditar indicio alguno sobre la conculcación del derecho fundamental y eximiéndola de probar que el empresario tenía conocimiento del embarazo; cuestión ésta

JURISPRUDENCIA • TS

que pertenece a la esfera más íntima de la persona y que la trabajadora puede desear mantener -legítimamente- preservado del conocimiento ajeno; aparte de que con ello también se corrige la dificultad probatoria de acreditar la citada circunstancia [conocimiento empresarial], que incluso se presenta atentatoria contra la dignidad de la mujer. e) Todo ello lleva a entender que el precepto es «configurador de una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero 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». Conclusión frente a la que no cabe oponer el apartamiento -en este punto de protección objetiva- de la Directiva 92/85/CEE [19/Octubre/92] de la que la Ley 39/1999 era transposición, habida cuenta de que en la Exposición de Motivos de la citada Ley se advertía expresamente que tal transposición se efectuaba «superando los niveles mínimos de protección» previstos en la Directiva; ni tampoco es argumentable que la misma EM haga referencia al «despido motivado» por el embarazo, porque aún siendo claro que la finalidad esencial de la norma es la de combatir los despidos discriminatorios [por razón de embarazo], esa «finalidad última 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 en el presente caso ocurre».

TERCERO.- Lo hasta ahora expuesto ciñe su objeto a la concreta institución del despido -tanto disciplinario, como objetivo-, en tanto sólo en relación con la regulación de esta causa de extinción del contrato se plasma la intervención expresa del legislador. Ni la citada Ley 39/1999, ni la ulterior LO 3/2007, de Igualdad efectiva de mujeres y hombres -que amplió sustancialmente los supuestos de “nulidad objetiva” de los arts. 53.4 y 55.5 ET con una misma finalidad-, ni las demás reformas operadas posteriormente en el Estatuto de los Trabajadores (y en los preceptos análogos de la LPL) han incidido en otras causas de extinción de la relación laboral.

Por otra parte, como las dos STC mencionadas han puesto de relieve, ha sido el legislador español el que optó por mejorar el mandato de la Directiva 92/1985, de 19 de octubre, en tanto que ésta ciñe la protección a la mujer embarazada que “comunique su estado al empresario con arreglo a la legislación y/o prácticas nacionales...” (arts. 2 y 10). En palabras de la STC 92/2008 (después reiteradas en la STC 124/2009), “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”.

Es precisamente el carácter reforzado que el legislador ha otorgado en el caso del despido el que lleva al TC a salva-

guardar el derecho a la tutela judicial efectiva que debía haberse respetado en la interpretación del precepto legal en que la protección reforzada de la no discriminación se plasma. Por ello, señala, que “... 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 (STC 229/2002, de 9 de diciembre, F. 4). Tal decisión no satisface las exigencias del canon de razonabilidad y motivación reforzadas del derecho fundamental que impone la afectación -particularmente intensa, en el presente caso- del derecho a la no discriminación por razón de sexo de la trabajadora y de los restantes derechos y bienes constitucionalmente relevantes implicados”.

Llegados a este punto no puede negarse que nuestro legislador nacional sólo ha ampliado la protección para los supuestos de despido causal, y, por tanto, la extensión a otras causas extintivas habrá de hallar apoyo en la detección de los elementos sobre los que asentar una aplicación analógica como la que permite el art. 4.1 del Código Civil, la cual procede cuando las normas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie la identidad de razón.

La jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo ha interpretado el art. 4.1 del Código Civil afirmando que “La analogía se configura en la doctrina como el procedimiento de aplicación del derecho por virtud del cual aplicamos la norma establecida para un caso previsto a la solución de otro no previsto, atendida la esencial igualdad que existe entre ambos. Responde al principio de que si hay igualdad de razón jurídica debe haber también identidad de disposición concreta (“ubi eadem ratio legis est, ibi eadem iuris dispositio”)” (STS/1ª 30 de mayo de 2007). Por ello, ha exigido “para la aplicación del método analógico la existencia de una verdadera laguna legal y la similitud jurídica esencial entre el caso que se pretende resolver y el ya regulado, debiendo acudir para resolver el problema al fundamento de la norma y al de los supuestos configurados”; de suerte “que el supuesto específico carezca de regulación normativa, además que la norma que se pretende aplicar, por su identidad de razón con el supuesto, sea lo suficientemente expansiva, interpretada correctamente en su finalidad hasta el punto de permitir esa aplicación” (así lo recuerda la STS/1ª de 7 de octubre de 2010, que resume doctrina anterior).

Por su parte el TC ha declarado que “Si la analogía como medio de integración normativa es un método o procedimiento delicado, pues en definitiva no es más que el uso de un argumento lógico, habrá que exigirse en su aplicación, por evidentes razones de seguridad y certeza jurídica, un mayor rigor y cuidadoso empleo” (STC 148/1988).

CUARTO.- La necesidad de comparar las dos instituciones a

JURISPRUDENCIA • TS

las que se pretende dar un trato análogo -el despido de un lado, y la extinción en periodo de prueba por otro- nos ha de llevar a examinar la naturaleza jurídica del desistimiento empresarial durante el periodo de prueba para relacionarlo en lo posible con la extinción acordada en atención a alguno de los motivos de despido.

El art. 14 del ET, al que se remite el art. 3.3 del RD 1438/1985, establece que: "1. Podrá concertarse por escrito un período de prueba, con sujeción a los límites de duración que, en su caso, se establezcan en los Convenios Colectivos. En defecto de pacto en Convenio, la duración del período de prueba no podrá exceder de seis meses para los técnicos titulados, ni de dos meses para los demás trabajadores. En las empresas de menos de veinticinco trabajadores el período de prueba no podrá exceder de tres meses para los trabajadores que no sean técnicos titulados. El empresario y el trabajador están, respectivamente, obligados a realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba. Será nulo el pacto que establezca un período de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación. 2. Durante el período de prueba, el trabajador tendrá los derechos y obligaciones correspondientes al puesto de trabajo que desempeñe como si fuera de plantilla, excepto los derivados de la resolución de la relación laboral, que podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes durante su transcurso. 3. Transcurrido el período de prueba sin que se haya producido el desistimiento, el contrato producirá plenos efectos, computándose el tiempo de los servicios prestados en la antigüedad del trabajador en la empresa. Las situaciones de incapacidad temporal, maternidad, y adopción o acogimiento, que afecten al trabajador durante el período de prueba interrumpen el cómputo del mismo siempre que se produzca acuerdo entre ambas partes". No hay, pues, definición legal de la prueba en el contrato de trabajo, que podría concretarse en el periodo limitado de tiempo en el que las partes se someten a mutua experimentación a través de las correspondientes prestaciones sinalagmáticas.

La doctrina de esta Sala IV sobre el periodo de prueba ha venido señalando que es ésta "una institución que permite a cualquiera de las partes que intervienen en el contrato de trabajo rescindir unilateralmente el mismo, por su sola y exclusiva voluntad, sin necesidad de cumplir ninguna exigencia especial al respecto, bastando con que el periodo de prueba este todavía vigente y que el empresario o el empleado extinga la relación laboral, sin que sea preciso para ello llevar a cabo ninguna clase especial de comunicación, ni especificar la causa que ha determinado tal decisión finalizadora, pues su motivación es meramente subjetiva de quien la adoptó, salvo que la decisión este motivada por razón discriminatoria que viole el art. 14 CE o vulnere cualquier otro derecho fundamental" (en estos términos o análogos: STS de 2 de abril de 2007, 12 de diciembre de 2008, 6 de febrero, 14 de mayo y 23 de noviembre de 2009, entre otras).

Las diferencias con el despido, tanto objetivo, como disciplinario, se revelan sustanciales. Mientras que en esos dos supuestos de extinción por decisión unilateral del empleador la ley exige requisitos de forma (por escrito y con expresión de la causa), cuyo incumplimiento acarrea la ilicitud de la extinción, la terminación de la relación durante la prueba no está sujeta a requisitos formales, permitiendo que el desistimiento sea incluso verbal y sin exteriorización de la causa. Puede afirmarse que el periodo de prueba supone una excepción al principio de prohibición de libre extinción del contrato para el empresario, pues durante su vigencia se produce una clara atenuación de la misma.

No obstante, la facultad resolutoria no es omnímoda para la empresa, pues la salvaguarda de los derechos constitucionales impone, en todo caso, límites a la libre resolución del contrato. Así lo declararon las STC 94/1984 y 166/1988, al señalar que "la motivación de la resolución del contrato de trabajo durante el periodo de prueba, carecerá de transcendencia siempre que tenga cabida dentro del ámbito de libertad reconocido por el precepto legal que evidentemente no alcanza a la producción de resultados inconstitucionales".

De ello se infiere que la posibilidad de transponer al periodo de prueba el régimen jurídico del despido queda excluida respecto de aquello en lo que no haya igualdad de razón jurídica, pues durante la fase de prueba la regla general es la de la libre resolución del contrato, y la excepción se halla en los supuestos de discriminación. Con independencia de la teórica catalogación de la resolución en periodo de prueba como un despido atípico -dentro de un concepto amplio de despido-, lo cierto es que el legislador la distingue de los dos supuestos a los que expresamente denomina "despido". Cabe cuestionarse, por tanto, cuales son, dentro de ese diferente régimen normativo, las lagunas legales que el periodo de prueba padece en relación a aquellos aspectos en que sí puede sostenerse una similitud jurídica esencial, como sería la de la indicada protección de los derechos constitucionales.

Ya se ha señalado que la doctrina jurisprudencial y constitucional sanciona con la nulidad de la conducta la decisión extintiva del empleador que se produzca con vulneración de derechos fundamentales, aun cuando se ampare en la facultad resolutoria del periodo de prueba, de suerte que a estos supuestos han de aplicarse las reglas de distribución de la carga de la prueba en los mismos términos que para el despido nulo del primer párrafo del art. 55.5 ET.

Así, la STC 17/2007 acude a la apreciación de un panorama indiciario para imponer a la empresa la carga de la prueba de la justificación de su decisión en un supuesto de extinción durante el periodo de prueba de una trabajadora embarazada y concluye con la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo. No en vano, pese que anunciaba los cambios legislativos de la Ley 39/1999, la STC 17/2003 siguió aplicando al despido anterior a dicha ley la nulidad "clásica", lo que evidenciaba que la novedosa nulidad "cualificada" se inserta en el plano de la legalidad ordinaria, en tanto es el le-

JURISPRUDENCIA • TS

gisador el que ha determinado el supuesto específico de protección reforzada.

No hay duda por tanto de que no hay distinción alguna entre la extinción de la relación en periodo de prueba por razón del embarazo y los despidos producidos con vulneración del derecho fundamental.

Recordemos que, desde una perspectiva procesal, también en el caso de impugnación judicial del cese en la fase de prueba del contrato se acudiría a lo dispuesto en el art. 96 de la LPL.

QUINTO.- Resta pues por analizar si la ampliación de supuestos de nulidad del despido que arranca de la Ley 39/1999 (y ampliada en la LO 3/2007) es aplicable, por vía de analogía, a la resolución contractual en periodo de prueba. En suma, si cabe extender a ésta la nulidad objetiva del despido de la trabajadora embarazada, tal y como ha sido interpretación por la doctrina constitucional y jurisprudencial.

La interpretación analógica pretendida supone partir de una laguna legal en el art. 14 ET que se rellenaría por aplicación de lo dispuesto en el art. 55.5 b) ET.

Sin embargo, las diferencias sustanciales entre uno y otro supuesto de extinción permiten sostener que el legislador ha evitado conscientemente incorporar la nulidad cualificada al periodo de prueba. No sólo no se produjo intervención normativa análoga a la del despido en la Ley 39/1999, sino que tampoco un texto tan cualificado y específico como el de LO 3/2007, de Igualdad efectiva de mujeres y hombres, incidió en ello, manteniéndose la distinta regulación.

Partiendo de la certeza de que, en todo caso, el derecho constitucional a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas estaba ya preservado suficientemente a través de los mecanismos de tutela clásicos, el legislador se mostraba consciente de la sustancial diferencia de medios a emplear para preservar todos los aspectos de la igualdad, abarcando no sólo la no discriminación por razón de sexo, sino también el de la igualdad de oportunidades. Ello impone estar atento al momento en que la protección debe dispensarse, ajustando las medidas según se trate de evitar que las mujeres sean expulsadas del mercado de trabajo por razón de su sexo y por los roles de género asignados, o de evitar que sean excluidas del acceso al empleo. Si en el primer caso el acento se ha de poner en la estabilidad a ultranza; la lesión para la igualdad que se produce en el acceso al empleo resulta difícilmente detectable y la configuración legal de la protección habrá de tender a no dificultar la contratación, a la vista de una realidad social que, pese a la elevación del nivel formal de igualdad, sitúa a la población activa femenina en tasas muy inferiores a las de la masculina con un desfase particularmente significativo a partir de las edades fértiles, por el rechazo de las empresas a incorporar mujeres susceptibles de quedar embarazadas (así, STJUE de 4 de octubre de 2001, Asunto Tele Danmark, C-109/00).

De ahí que en una fase inicial -y precaria- de la relación laboral, como es el período de prueba, la interdicción de la discriminación se ciñe a la discriminación estricta por razón del

embarazo, sin que haya justificación para extender el blindaje propio del despido que, como se ha señalado el TC en las sentencias citadas, es de configuración legal.

Precisamente el alcance constitucional de esos supuestos de nulidad cualificada -ex art. 55.5 b) ET - se produce en relación a la tutela judicial dispensada en la interpretación de aquel precepto (STC 92/2008 y 124/2009). Por ello una interpretación acorde con la protección del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres y a la no discriminación por razón de sexo conduce a ponderar el efecto perverso de la aplicación analógica pretendida, habida cuenta de que la interpretación y aplicación de las normas jurídicas al amparo del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, que informa nuestro Ordenamiento Jurídico con arreglo al art. 4 de la LO 3/2007, exige la ponderación del impacto que tal interpretación normativa puede provocar sobre la real consecución de la igualdad material.

En suma, durante el periodo de prueba la trabajadora embarazada no puede ver resuelto su contrato por razón de su embarazo, porque tal extinción supondría una discriminación por razón de sexo constitucionalmente prohibida. Pero ello no implica que toda resolución del contrato de una trabajadora embarazada durante dicho periodo de prueba haya de calificarse como nula si no existen indicios de discriminación o si, existiendo, la empresa acredita que el cese produjo por causas razonables y justificadas.

La afirmación que hacíamos en la STS de 28 de abril de 2010, dictada por el Pleno de la Sala, sobre la nulidad del cese en periodo de prueba de una trabajadora embarazada, como derivada del art. 55.5 ET no contradice lo hasta ahora razonado. Contrariamente a lo que sostiene el Ministerio Fiscal en su informe, en aquel supuesto esta Sala no abordaba la nulidad del despido -calificación sobre la que no se suscitaba el recurso-, sino las consecuencias de dicha nulidad sobre los salarios de tramitación en un supuesto de contratación temporal.

SEXTO.- Lo dicho hasta ahora obligaba a examinar el caso desde la óptica de la eventual discriminación, como hizo la sentencia recurrida.

Desde esa perspectiva, se hacían relevantes algunos elementos fácticos concurrentes en el caso ya apuntados en el primero de nuestros Fundamentos.

Así, el que la sentencia declarara no acreditado que la empresa conociera el embarazo de la actora impedía partir del estado de gestación como circunstancia indiciaria contundente. Además, y aun de haberlo conocido la empresa, habría de ponderarse si, asimismo, conocía que la trabajadora estaba embarazada cuando fue contratada, pues estando entonces ya en tal estado, el que la empresa hubiera suscrito el contrato a sabiendas de su situación podría contrarrestar de algún modo la fuerza del indicio.

Por último, y partiendo también de que se hubiera afirmado la existencia de indicios, se ha acreditado que en la misma fecha se extinguió el contrato de trabajo de un trabajador varón, contratado en condiciones y fecha idénticas a las de la actora

JURISPRUDENCIA • TS

y que en ambos casos se daba la circunstancia de que no se habían alcanzado los objetivos mínimos fijados en la contratación inicial.

Todo sirve para concluir con la desestimación del recurso, en tanto la doctrina ajustada a Derecho es la que se contiene en la sentencia recurrida que debe, por ello, ser confirmada.

SÉPTIMO.- Conforme al art. 233 LPL la sentencia impondrá las costas a la parte vencida en el recurso, excepto cuando goce del beneficio de justicia gratuita, por lo que en el presente caso no procede condenar a la trabajadora recurrente.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de Dña. X, frente a la sentencia dictada el 11 de junio de 2010, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación nº 1357/2010, iniciados en el Juzgado de lo Social nº 31 de Madrid en Autos núm. 1298/2009 a instancias de la ahora recurrente contra la empresa Y, S.A. Sin costas.

VOTO PARTICULAR que formulan los/as Excmos./as. Srs./Sras. Magistrados/as Don A, Don B, Don C, Doña D, Doña E y Don F a la sentencia de fecha 18-abril-2011 (Sala General).

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, formulamos voto particular a la sentencia dictada, en Sala General, en fecha 18-abril-2010, en la que se concluye, de lo que discrepamos, que la protección a dispensar en el supuesto de extinción del contrato por alegada no superación del período de prueba de una mujer embarazada es la propia del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo, sin que sea aplicable la nulidad objetiva fijada para el despido.

El voto particular se funda en las siguientes consideraciones jurídicas:

PRIMERO.- Entendemos, a diferencia de lo sustentado en la sentencia aprobada mayoritariamente, que la protección constitucional y su desarrollo legal en el supuesto del embarazo de la mujer trabajadora debe ser idéntica en el caso de despido que en el de extinción contractual durante el periodo de prueba por alegada no superación del mismo, por lo que, aunque no conste el conocimiento de la situación o estado de embarazo o de gestación por parte de la empresa, es dato suficiente para configurar una nulidad objetiva de la decisión empresarial, distinta de la nulidad por causa de discriminación, y que, por consiguiente, para declarar la procedencia del desistimiento o del cese acordado es exigible que el empresario acredite que el mismo no tiene relación alguna con el embarazo y que, en su caso, responde a una causa procedente, real, suficiente y seria, debiendo justificar la razonabilidad de su conducta resolutoria.

SEGUNDO.- 1. Destaquemos que en el supuesto enjuiciado, de los hechos declarados probados de la sentencia de instancia, con la modificación y adición efectuada en suplicación a

instancia de la trabajadora recurrente, cabe entender probado, en cuanto ahora más directamente afecta, que: a) la trabajadora fue contratada en fecha 24-junio-2009 hallándose embarazada de 10 semanas, por lo que cuando se le notificó la extinción contractual, en fecha 4-agosto-2009, estaba embarazada de 16 semanas; b) ante la contradicciones de la prueba testifical, se afirma que no consta probado que la empresa tuviera conocimiento del hecho del embarazo; c) la actora fue contratada como comercial mediante contrato de trabajo con una duración de seis meses, prorrogables automáticamente por períodos de seis meses, pactándose un período de prueba de dos meses; d) igualmente se pactó que en contraprestación de su labor el comercial percibiría las comisiones establecidas en el Anexo I, en el que se establecía que el trabajador percibiría una comisión del 5% para cualquier tipo de instalación, que la contratación mínima mensual sería la correspondiente a una comisión de 240 € y que “para extinguir el contrato al amparo de la cláusula 11ª el trabajador debía obtener un rendimiento inferior a dicha cantidad durante dos meses consecutivos” (modificado en suplicación) [obsérvese que la trabajadora no llegó a permanecer 2 meses en la empresa]; e) en fecha 4-agosto-2009 la empresa le comunicó la extinción del contrato por no haber superado el período de prueba; f) “durante el tiempo que prestó servicios la actora, se facturaron unas ventas por las altas en instalaciones de gas y calefacción que había realizado la trabajadora por cuantía de 4.615 €, ascendiendo el 5% de dicha cuantía a 120 € en total” (no modificado en suplicación) [es dable destacar que, de ser correctos los datos que figuran en los hechos probados, al haberse pactado únicamente abono de comisiones durante todo el tiempo trabajado la actora solo debería haber percibido 120 €]; g) “en los meses de junio, julio y agosto aquella fue retribuida con 245,06 €, 524,260 € y 294,470 €, respectivamente” (adicionado en suplicación), no haciéndose referencia en suplicación a que en dicha cantidad se incluyeran “dietas y suplidos” como figuraba en el hecho modificado de la sentencia de instancia, manteniéndose el hecho 1º de la sentencia de instancia en el que figura probado que la actora tenía “un salario bruto mensual de 728,10 € con prorrata de pagas extras”; y h) que “la actora prestaba servicios con anterioridad para otra empresa como comercial, a igual que su compañero Sr. ...” y que “ambos trabajadores le comunicaron en la misma fecha la extinción del contrato de trabajo por no superar el período de prueba”, pero sin que existan datos sobre el posible rendimiento del trabajador varón [a pesar de lo que se afirma en el fundamento de derecho sexto de la sentencia aprobada mayoritariamente].

2. No cuestionamos la existencia del requisito o presupuesto de contradicción de sentencia exigido en el art. 217 LPL para viabilizar el recurso de casación unificador. Destacamos la doctrina contenida en la sentencia de contraste (STSJ/Castilla y La Mancha 6-abril-2009), que, a nuestro juicio, es la que contiene la doctrina jurídicamente más correcta. Fue dictada en supuesto en el que igualmente consta que la empresa desco-

JURISPRUDENCIA • TS

noía el estado de gestación de la trabajadora y que le comunica la extinción contractual por no superar el período de prueba cuando se encontraba en la semana 12 de gestación; en ella se invocaba el cambio interpretativo que ha supuesto la STC 92/2008 de 21-julio, la que ha establecido que el embarazo es por sí un dato objetivo “configurado de una nueva nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación ... ya 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”, interpretando la sentencia de contraste que, en su caso, debe el empresario acreditar que la extinción del contrato durante el período de prueba lo fue por causas ajenas al embarazo, por lo que “implicando, ante la inexistencia de prueba alguna de que el cese de la actora se sustente en una causa real y cierta, la necesaria constatación de la nulidad del cese”, independientemente de que el cese se haya producido durante el período de prueba y como consecuencia de la simple alegación de la falta de superación del mismo, “puesto que también en relación a dicho supuesto determinante de la resolución de la relación laboral le son de aplicación las garantías reforzadas para la tutela de la mujer embarazada, sin que al respecto, y como indica el Tribunal Constitucional, pueda 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”.

TERCERO.- 1. Esta Sala ha proclamado de forma directa que el art. 55.5.b) ET («Será también nulo el despido en los siguientes supuestos: ... b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del período de suspensión... Lo establecido ... será de aplicación, salvo que ... se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo») establece una garantía objetiva y automática a favor de la mujer embarazada por lo que su despido nunca puede ser calificado como improcedente, sino que necesariamente dará lugar a la declaración de procedencia o a la de nulidad, sin necesidad, en este caso, de que medie móvil discriminatorio o de que el empleador conozca el estado de gestación.

2. La referida doctrina se fijó por esta Sala, — en acatamiento a la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales, ante la doctrina sentada por la STC 92/2008 de 21-julio —, a partir de la STS/IV 17-octubre-2008, con reflejo, entre otras, en las posteriores SSTS/IV 16-enero-2009, 17-marzo-2009, 13-abril-2009, 30-abril-2009 y 6-mayo-2009, que reproducen los razonamientos empleados por la referida jurisprudencia constitucional.

3. En esta última sentencia social de fecha 6-mayo-2009 se sintetiza la jurisprudencia constitucional y la de esta Sala en los términos que se recogen en el fundamento de derecho segun-

do de la sentencia aprobada mayoritariamente, que damos por reproducidos, pero debemos destacar y deducir de dicha doctrina:

A) La pluralidad de derechos y bienes constitucionalmente protegidos en el caso de extinción contractual de una trabajadora embarazada, no limitada al derecho a la igualdad y no discriminación *ex art. 14 CE*, lo que comporta entender que la tutela judicial no se puede limitar a ese único derecho exigiéndose una protección reforzada no solamente del derecho a la no discriminación por razón de sexo sino también de los restantes derechos y bienes constitucionalmente relevantes implicados (“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 [art. 14 CE], por más que puedan igualmente estar vinculados otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos [el derecho a la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas, protegido por art. 40.2 CE; o el aseguramiento de la protección de la familia y de los hijos, referido por el art. 39 CE]”).

B) La jurisprudencia constitucional y, derivadamente, la ordinaria pone el acento en la protección de la mujer trabajadora embarazada ante la extinción contractual (“riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad”), sin distinción de causas (“Para ponderar las exigencias que el art. 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de las mujeres en el mercado de trabajo es preciso atender a la peculiar incidencia que sobre su situación laboral tienen la maternidad y la lactancia, hasta el punto de que -de hecho- el riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad constituye el problema más importante -junto a la desigualdad retributiva- con el que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales”).

C) Se afirma que la especial protección de la trabajadora embarazada a pesar del desconocimiento de la situación de embarazo o de gestación por parte del empresario tiene como fundamento evitar atentados contra la intimidad y/o la dignidad de la mujer, derechos constitucionales dignos de protección, por lo que no puede entenderse que tal intimidad y/o dignidad solamente deba ser protegida cuando se trate de un despido y no cuando el cese tenga lugar por alegada no superación del período de prueba, no existiendo elementos objetivos y razonables para tal distinción (“La finalidad de la norma es proporcionar a la trabajadora embarazada una tutela más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación, dispensándola de la carga de acreditar indicio alguno sobre la conculcación del derecho fundamental y eximiéndola de probar que el empresario tenía conocimiento del embarazo; cuestión ésta que pertenece a la esfera más íntima de la persona y que la trabajadora puede desear mantener -legítimamente- preservado del conocimiento ajeno; aparte de que con ello también se corrige la dificultad probatoria de acreditar la citada circunstancia [conocimiento empresarial], que incluso se

JURISPRUDENCIA • TS

presenta atentatoria contra la dignidad de la mujer”).

D) Se crea por la jurisprudencia constitucional una nueva modalidad de derecho o de protección reforzada “más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación” y distinta de ésta que actúa en toda situación de embarazo, por lo que para aplicar esta protección jurisdiccional, entendemos, que debe estarse a la situación de embarazo de la mujer trabajadora, y no a la concreta causa de cese o extinción de la relación laboral, sin necesidad de acudir a criterios de analogía entre las causas de extinción (“Todo ello lleva a entender que el precepto es «configurador de una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero 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»”).

CUARTO.- La posterior STC 124/2009 de 18-mayo, -que anuló la STS/IV 19-julio-2006 por entender que había vulnerado el derecho de la recurrente en amparo a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a la no discriminación por razón de sexo “y de los restantes derechos y bienes constitucionalmente relevantes implicados”-, reitera la doctrina contenida en la STC 92/2008, remarcando especialmente que “... una vez que el legislador ha optado por un desarrollo concreto del art. 14 CE, 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 (STC 229/2002, de 9 de diciembre ...)”.

QUINTO.- 1. Debe destacarse que la Directiva 1992/85/CEE de 19-octubre-1992 (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 - décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del art. 16 Directiva 89/391/CEE) -cuya transposición superando los niveles mínimos de protección, en el extremo ahora debatido, se efectuó por la citada Ley 39/1999—, afirma que “Considerando 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, que haya dado a luz o en período de lactancia y que es conveniente establecer una prohibición de despido”, configurando tal expresa prohibición en su art. 10, en el que se dispone que “Como garantía para las trabajadoras, a que se refiere el art. 2 [trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia], del ejercicio de los derechos de protección de su seguridad y salud reconocidos en el presente artículo, se establece lo siguiente: 1) Los Estados miembros to-

marán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras, a que se refiere el art. 2, durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad a que se refiere el ap. 1 del art. 8, 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. 2) Cuando se despidan a una trabajadora, a que se refiere el art. 2, durante el período contemplado en el punto 1, el empresario deberá dar motivos justificados de despido por escrito. 3) Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para proteger a las trabajadoras, a que se refiere el art. 2, contra las consecuencias de un despido que sería ilegal en virtud del punto 1”.

2. Aun cuando la protección otorgada por la referida Directiva, como ha puesto de relieve nuestra jurisprudencia constitucional, es inferior a la de nuestra legislación estatal, de ella cabe inferir un concepto amplio de despido que comprende los supuestos en los que el empleador puede proceder a la extinción contractual sin alegación de una causa. El citado art. 10.2 de la Directiva 1992/85/CEE entendemos que suministra una base interpretativa sólida para deducir que en aquellas legislaciones nacionales de los Estados comunitarios en los que la extinción del contrato de trabajo por despido o destitución o desistimiento empresarial no exija la concurrencia de una causa justa, atribuyendo a la libertad organizativa empresarial la decisión de despedir, destituir o extinguir sin necesidad de motivos justificados, cuando se pretenda despedir, destituir o extinguir el contrato a una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, en todo caso se exigirá que el empresario deba “dar motivos justificados de despido por escrito”. Por lo tanto, si la Directiva resulta aplicable a los supuestos de extinción que no necesiten justa causa, parece claro que también lo debe ser a los supuestos de extinción en período de prueba, tanto si se considera que dicha extinción es causal (por no haber superado la prueba) como si se estima que, en realidad, el empresario puede extinguir libérrimamente (sin justificar la no superación de la prueba) la relación laboral durante el período de prueba. Y, si es aplicable la directiva comunitaria, es claro que también lo es la normativa nacional de trasposición de la misma: en lo que a nuestro asunto concierne, el artículo 55,b) del Estatuto de los Trabajadores, en los términos establecidos por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral, y con la modificación posteriormente introducida por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, según el cual será nulo el despido de la trabajadora embarazada desde la fecha de inicio del embarazo, sin que el precepto exija la necesidad de acreditar que el empresario era conocedor de dicha circunstancia. Dicha interpretación es, además, plenamente coherente con una difundida doctrina según la cual el “despido” es un concepto genérico equivalente a denuncia unilateral empresarial, que engloba todas las extinciones contractuales que,

JURISPRUDENCIA • TS

con uno u otro motivo, se produzcan por decisión del empleador, como es el caso, desde luego, de que éste decide prescindir de los servicios de un trabajador durante el período de prueba.

3. Entendemos que corrobora la anterior tesis interpretativa, la STJCE 11-noviembre-2010 (Asunto C-232/09, Dita Danosa/LKB Lízings SIA, cuestión prejudicial planteada por el Augstākās Tiesas Senāts -República de Letonia), dictada en interpretación del referido art. 10 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo en un supuesto en el que la normativa nacional autorizaba sin limitaciones el despido o destitución de los miembros del consejo de dirección de las sociedades de capital, en particular con independencia del embarazo de la mujer. En el fallo de dicha sentencia se establece que “El artículo 10 de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional como la controvertida en el procedimiento principal, que permite la destitución de un miembro del consejo de dirección de una sociedad de capital sin ninguna limitación, cuando la persona interesada tiene la condición de “trabajadora embarazada” en el sentido de esta Directiva y el acuerdo de destitución adoptado respecto a ella se basa esencialmente en su embarazo. Aun suponiendo que el miembro afectado de un consejo de dirección no tenga esta condición, no es menos cierto que la destitución de un miembro del consejo de dirección, que desempeña funciones como las descritas en el procedimiento principal, por razón de embarazo o por una causa basada esencialmente en ese estado solo puede afectar a las mujeres y, por lo tanto, supone una discriminación directa por razón de sexo, contraria a los artículos 2, apartados 1 y 7, y 3, apartado 1, letra c), de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, 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, en su versión modificada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002”.

SEXTO.- 1. Por otra parte, también en la Exposición de Motivos de la Ley 39/1999 de 5 -noviembre (Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras), se utilizan términos más amplios que el estricto de despido, distinguiendo entre “decisión extintiva” y “despido motivado”, para justificar las medidas que, en tal extremo de transposición de la Directiva, regula en su texto, señalando que “El último artículo del Capítulo I prevé las modificaciones que han de realizarse en el Estatuto de los Trabajadores relativas a la extinción del contrato de trabajo. Para ello, se declara expresamente nula la decisión extintiva o el despido motivado, entre otros, por el embarazo, la solicitud o disfrute de los permisos por maternidad, paternidad, o cuidado de familiares o el despido de los trabajadores con contrato de trabajo suspendido, salvo que se demuestre su procedencia por causa ajena a la discriminación”.

2. En nuestra actual legislación, aunque no se denominen de

tal forma jurídica, existen también reales despidos sin exigencia formal de expresión de causa aunque con la consecuencia de la necesaria indemnización por extinción contractual, en concreto, por una parte, con carácter general los denominados despidos disciplinarios reconocidos como improcedentes por el empresario en la condiciones del art. 56.2 ET (modificado por Ley 45/2002 de 12 -diciembre); y, por otra parte, si quiera con carácter específico, en análogas condiciones de reconocimiento empresarial de improcedencia cuando se trata de alegados despidos o extinciones por causas objetivas tratándose de contratos para el fomento de la contratación indefinida (art. 3 Ley 35/2010 de 17 -septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, que modifica la disposición adicional 1ª.4 de la Ley 12/2001 de 9 -julio). Con la consecuencia de que, en ninguno de tales supuestos, cabe poner en duda que sería plenamente aplicable el ahora cuestionado art. 55.5.b) ET cuando el despido afectara a trabajadoras embarazadas.

SÉPTIMO.- Las diversas garantías del derecho a la no discriminación por razón de sexo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, se plasman, en la normativa comunitaria y en la nacional, en múltiples aspectos de la relación de trabajo, no solamente frente al despido, sino también en otros ámbitos como los afectantes a la seguridad, la higiene y la protección de la salud en el lugar de trabajo; lo que obliga a entender, dada su finalidad global protectora de tales situaciones que afectan específicamente a la mujer, que no existe fundamento, aunque hipotéticamente no se proclamara expresamente en la normativa aplicable, para efectuar distinciones atendida la naturaleza de la relación de servicios o en base a que para su válida extinción en determinados supuestos se exija o no la concurrencia formal de expresión de causas de diverso carácter.

OCTAVO.- 1.- Con anterioridad a la nueva jurisprudencia constitucional sobre la extinción del contrato de trabajo tratándose de mujer embarazada (reflejada en las citadas SSTC 92/2008 y 124/2009), el Tribunal Constitucional había examinado la resolución del contrato de trabajo de una mujer embarazada durante el período de prueba, afirmándose que aunque dicha resolución no consistía en un despido causal fundado en motivos tasados sino en una decisión no motivada, resultaba igualmente ilícita una resolución discriminatoria, aplicando para su determinación los mismos parámetros que para los restantes derechos fundamentales.

2.- En el sentido expuesto, la STC 94/1984 de 16-octubre al resolver el problema relativo a la posibilidad de valorar la resolución del contrato de trabajo durante el período de prueba desde la perspectiva del principio de igualdad y la prohibición de discriminación que contiene el art. 14 CE, señalando que no debían establecerse distinciones en razón a que se tratara de “despido causal fundado en una serie de motivos tasados” o de “decisión no motivada”, y afirmaba que “el problema no se plantea aquí como una cuestión de legalidad, sino en confrontación con un precepto constitucional que pro-

JURISPRUDENCIA • TS

híbe toda discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, y cuyo predominio debe quedar garantizado. Y atendiendo al mandato constitucional habrá de completarse aquella proposición en el sentido de que la motivación de la resolución del contrato de trabajo durante el período de prueba carecerá de trascendencia siempre que tenga cabida dentro del ámbito de libertad reconocido por el precepto legal, que evidentemente no alcanza a la producción de resultados inconstitucionales”, concluyendo “que dicha resolución no consista en un despido causal fundado en una serie de motivos tasados, sino en una decisión no motivada, no excluye que desde la perspectiva constitucional sea igualmente ilícita una resolución discriminatoria. En otros términos, la facultad de resolución de la relación laboral concedida por el art. 14.2 ET, y de la que en el presente caso ha hecho uso la Empresa está limitada en el sentido de que no se puede hacer valer, por causas ajenas al propio trabajo, en contra de un derecho fundamental, como en el presente caso el de igualdad, recogido en el artículo 14 de la Constitución Española”.

3. La anterior doctrina se reitera en la ulterior STC 66/1988 de 26-septiembre, en la que, equiparando a efectos de protección de los derechos fundamentales la extinción contractual durante el período de prueba al despido, aplica a la extinción durante el periodo de prueba *ex art. 14.2 ET* los principios básicos de la extinción por despido obligando a la empresa a justificar la razonabilidad de su conducta resolutoria, argumentando que “En el caso ... el T, como pudo haber hecho, no dio más explicación al despido que la de su voluntad resolutoria. Ante la presencia de un derecho a no ser discriminada, que la actora alegó informando de su embarazo, la empresa debió explicitar que los motivos que la movieron eran ajenos a tal hecho o situación, significativa de un plus o añadido al concreto derecho laboral -condición de mujer digna de protección más fuerte por desigualdad justificada- que la obligaba a su vez -a la empresa- a justificar la razonabilidad de su conducta resolutoria. Este deber ha sido señalado, por lo demás, por este Tribunal Constitucional al propugnar con su doctrina el uso de la inversión del *onus probandi*. Así se dijo ya en su STC 38/1981: «un principio de justicia, que opera en el tratamiento de las reglas de la prueba, apoya la conclusión de que asuma el empresario la carga de probar los hechos generadores de la extinción de la relación laboral, bien constituyan causa legítima subsumible en alguna de las de ruptura unilateral de aquélla, a impulso del empresario, bien sin legitimar el despido por causas excluyentes de su procedencia o por incurrir en nulidad, se presenten razonablemente como ajenos a todo propósito discriminatorio atentatorio a un derecho constitucional». Doctrina reiterada *mutatis mutandi*, en las SSTC 103/1983 y 104/1983. Es aplicable aquí, en consecuencia, por semejanza de los hechos, sustancialmente considerada, la doctrina precedentemente expuesta, y estimar que el T, pese a sus facultades resolutorias al amparo del art. 14.2 ET, traspasó indebidamente el ámbito de la legalidad, contra un

derecho fundamental (art. 14 C. E.), produciendo un acto arbitrario en cuanto discriminatorio por razón del sexo”.

4. En la STC 17/2003 de 30-enero, aun referida a un supuesto ordinario de despido, ya se anunciaba la posible incidencia de la Ley 39/1999 de 5 -noviembre en la doctrina constitucional, señalándose que “Quedan al margen de esa conclusión las consecuencias que lleven aparejadas las intervenciones legislativas que se han producido con posterioridad a los hechos enjuiciados y siguiendo las prescripciones del ordenamiento comunitario, aprobando una reforma para dar una protección singular frente a la finalización del contrato de trabajo de la mujer embarazada o en permiso de maternidad”.

5. Por último en este apartado, en la STC 17/2007 de 12-febrero, relativa a una extinción contractual de una trabajadora embarazada por alegada no superación del periodo de prueba, se aplican las reglas ordinarias de protección, razonándose, con carácter general, que “dado que la parte recurrente se considera discriminada por razón de sexo al haber sido despedida por causa de las bajas laborales que su estado de gestación le produjo, se hace preciso recordar que, como este Tribunal ha tenido ocasión de mantener, tal tipo de discriminación no comprende sólo 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 (por todas, recogiendo doctrina precedente, SSTC 175/2005, de 4 de julio; 182/2005, de 4 de julio, y 214/2006, de 3 de julio). Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres (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”); y destacando, en lo que ahora más directamente nos afecta, sobre el control de constitucionalidad de las decisiones extintivas no causales, que “Partiendo de que los tratos desfavorables en el trabajo basados en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen una discriminación por razón de sexo proscrita por el art. 14 CE, la doctrina de este Tribunal ha estimado diversos recursos de amparo por este motivo también en relación con decisiones no causales, a saber, en concreto sobre resolución del contrato de trabajo en período de prueba (SSTC 94/1984, de 16 de octubre, y 166/1988, de 26 de septiembre), o la no renovación de contrato de trabajo temporal (STC 173/1994, de 7 de junio)”.

NOVENO.- 1. Como advierte el Ministerio Fiscal en su razonado informe, si bien esta Sala de casación no ha abordado hasta ahora de forma directa la nulidad en los supuestos de extinción del contrato durante el período de prueba en relación con la situación de embarazo de las trabajadoras no conocida por el empresario, si la ha sancionado, de conformidad plena con la doctrina aplicable a los supuestos de despido, en

JURISPRUDENCIA • TS

su STS/IV 28-abril-2010 (dictada en Sala General), — en la que se resolvía sobre el despido de una trabajadora embarazada por no superación del período de prueba, en relación a la cuestionada extinción del contrato temporal que había suscrito por alegada expiración del plazo durante la tramitación del proceso por despido nulo —, afirmándose expresamente que “El derecho de la trabajadora a no ser discriminada por su situación ha sido tutelado al declarar la nulidad de su despido por la no superación del período de prueba, al no haberse acreditado por la empresa que el cese no tuviese relación alguna con el embarazo de la actora, cual se deriva del artículo 55-5 del Estatuto de los Trabajadores y de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en sus sentencias 94/1984, de 16 de octubre, y 166/1988, de 26 de septiembre”.

2. Aunque se interpretara que la afirmación contenida en la citada sentencia dictada en Sala General si bien constituye un importante “obiter dicta” no es creador de jurisprudencia unificada, los argumentos que venimos exponiendo entendemos que avalan la solución de que una vez nuestro legislador ha optado por otorgar una protección reforzada incrementando las ordinarias las garantías precedentes frente al despido del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas, conectándolas con una tutela también reforzada de otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos, existe base para aplicar la doctrina contenida en las referidas SSTC 92/2008 y 124/2009 al cese o extinción de la relación laboral durante el periodo de prueba de una trabajadora embarazada aunque tal situación no conste que fuera conocida por el empresario, al igual que se venía efectuado por la jurisprudencia constitucional y ordinaria cuando, sin distinción entre decisiones empresariales extintivas causales y no causales (incluyendo, entre estas últimas, el cese o desistimiento a decisión empresarial durante el período de prueba), se aplicaba la anterior normativa de protección de la trabajadora embarazada frente al despido.

3. En definitiva, entendemos quienes suscribimos este Voto particular, que una vez que el legislador ha optado por un desarrollo concreto del art. 14 CE, que incrementa las garantías precedentes frente al despido del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas, conectándolas con una tutela también reforzada de otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos, existe base jurídica suficiente para aplicar la doctrina contenida en las referidas SSTC 92/2008 y 124/2009 al cese o extinción de la relación laboral durante el periodo de prueba de una trabajadora embarazada aunque tal situación no conste que fuera conocida por el empresario, tanto más cuanto, como ha señalado la más reciente doctrina constitucional, esta última cuestión “pertenece a la esfera más íntima de la persona y que la trabajadora puede desear mantener -legítimamente- preservado del conocimiento ajeno; aparte de que con ello también se corrige la dificultad probatoria de acreditar la citada circunstancia [conocimiento empresarial], que incluso se presenta atentatoria contra la dignidad de la mujer”.

4. Por tanto, la protección legal y su desarrollo constitucional en el supuesto del embarazo de la mujer trabajadora debe ser idéntica en los supuestos de despido que en los de extinción contractual durante el período de prueba, no pudiendo resultar soslayada la referida protección por la especialidad prevista en el art. 14.2 ET para el período de prueba. Por lo que en los supuestos de extinción del contrato de trabajo durante el período de prueba que afecte a una trabajadora embarazada, aun sin conocimiento por parte de la empresa de tal situación, la sola concurrencia de dicho estado es dato suficiente para configurar una nulidad objetiva de la decisión empresarial, distinta de la nulidad por causa de discriminación, 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; por lo que, en consecuencia, para declarar la procedencia del cese sería exigible que el empresario acreditara que el mismo no tiene relación alguna con el embarazo, y que, en su caso, responde a una causa procedente, real, suficiente y seria, debiendo justificar la razonabilidad de su conducta resolutoria.

DÉCIMO.- Por todo lo expuesto, entendemos que la sentencia de contraste era la que contenía la doctrina jurídicamente correcta, por lo que debería haber sido casada y anulada la sentencia recurrida, y resolviendo el debate suscitado en suplicación, ante la falta de acreditación empresarial de que el cese por alegada no superación del período de prueba no tiene relación alguna con el embarazo de la trabajadora demandante, y no acreditarse que responde a una causa real, suficientemente seria, deberíamos haber declarado que su decisión extintiva constituía un despido que debía ser calificado de nulo, con las consecuencias a ello inherentes (art. 55.5 y 6 ET); pues la falta de rendimiento alegado no encontraba justificación en los hechos probados de la sentencia de instancia modificados en suplicación dada la cuantía de lo percibido en concepto de comisiones, que era la única forma de salario pactada y que resultaba cuantitativamente superior al mínimo contractualmente exigido (aunque se obviara la circunstancia de que el periodo pactado de determinación del rendimiento era de dos meses, los que no llegaron a alcanzar la actora) y, por otra parte, que con respecto al otro trabajador varón al que ese mismo día se le extingue el contrato por alegada no superación del periodo de prueba no constaba circunstancia alguna, distinta de la libre decisión empresarial, para efectuarlo al no figurar datos sobre su posible rendimiento que pudieran servir de elemento comparativo, en su caso, respecto a la actividad de la trabajadora embarazada demandante. Madrid 18 de abril de 2011

COMENTARIO A LA STS, SALA DE LO SOCIAL, DE 18 DE ABRIL DE 2011. DESPIDO DE TRABAJADORA EMBARAZADA DURANTE EL PERÍODO DE PRUEBA

En la sentencia que ahora se comenta se aborda una cuestión relativa a la igualdad de género y a los mecanismos previstos

JURISPRUDENCIA • TS

en el ordenamiento para combatir la discriminación por razón del sexo, de gran interés. Se trata de una cuestión sobre la que, además, al menos hasta el momento, no se ha pronunciado expresamente el Tribunal Constitucional. Esto dota de mayor relevancia, si cabe, a esta resolución del Tribunal Supremo, en la medida en que en ausencia de pronunciamiento expreso del Tribunal Constitucional, constituye la jurisprudencia a la que habrán de sujetarse el resto de Jueces y Tribunales cuando tengan que resolver supuestos similares al que ahora nos ocupa. Lástima que el Tribunal Supremo se haya pronunciado en el sentido en que lo ha hecho. Esperemos que el Tribunal Constitucional no tarde en rectificar esta jurisprudencia, a nuestro juicio, errónea.

Básicamente de lo que se trata aquí es de determinar si la doctrina sobre la *objetivación* del despido de una trabajadora embarazada resulta o no de aplicación a aquellos supuestos en los que la extinción del contrato de trabajo tiene lugar durante el denominado *periodo de prueba*. Esto es, si una vez constatado que la extinción del contrato de trabajo –durante el periodo de prueba y por decisión unilateral del empresario– se produjo estando la trabajadora embarazada, dicha extinción ha de estimarse nula al haberse producido con lesión del derecho a no sufrir discriminación por razón de género, es decir, por razón del embarazo de la trabajadora a no ser que el empresario acredite la procedencia del despido. O si, por el contrario, para que el despido pueda estimarse nulo –por discriminatorio– se requiere además, desde el momento inicial del proceso y como condición *sine qua non* para que actúe la protección prevista en el ordenamiento jurídico, que la trabajadora aporte un indicio razonable o prueba indiciaria acerca de la motivación discriminatoria de dicho despido o resolución unilateral del contrato de trabajo. Sólo así operaría la inversión de la carga de la prueba en virtud de la cual corresponde al empresario demostrar que el despido no ha sido discriminatorio, sino que obedece a razones y motivos que nada tienen que ver con el embarazo de la trabajadora.

La cuestión principal se contrae, pues, a determinar cuál es el régimen jurídico y, sobre todo, probatorio aplicable a estos supuestos de extinción del contrato de trabajo durante el periodo de prueba. Cuando se trata propiamente de un despido, la cuestión está meridianamente clara, gracias a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁹². Pero ¿qué ocurre en aquellos casos en los que la resolución del contrato de trabajo no constituye, en sentido técnico, un despido a los efectos del art. 55.5 b) ET?⁹³ Esto es precisamente lo que sucede cuando tal extinción tiene lugar durante el periodo de prueba. ¿Qué sucede en estos casos, cuando la extinción del contrato de trabajo de la trabajadora embarazada es decidida unilateralmente por el empresario? ¿Rige aquí la protección aplicable a los despidos de embarazadas, en virtud de la cual el em-

presario deberá acreditar que tal extinción no obedece a motivo discriminatorio alguno? ¿O, por el contrario, es necesario que primero quede acreditado en el proceso que la empresa conocía el estado de gestación de la trabajadora para que después opere la protección del embarazo y la maternidad?

Es preciso recordar aquí que la facultad de que dispone el empresario de dar por concluida la relación laboral durante el periodo de prueba no es absoluta o ilimitada. Por el contrario, cede en aquellos casos en que obedece a un móvil espurio, discriminatorio. En estos casos, tal extinción, habrá de tenerse por nula. Por tanto, la cuestión no es si el empresario puede o no extinguir el contrato de trabajo de una trabajadora embarazada, sino si tal extinción, en el caso concreto, es o no discriminatoria y, por tanto, nula. Lo que está íntimamente ligado a la prueba de la discriminación. O más en concreto, al régimen probatorio que resulta de aplicación: ¿el propio de la nulidad por lesión de derechos fundamentales (que requiere que quede acreditado que la empresa conocía el embarazo de la trabajadora) o el de la nulidad objetiva para los casos de despidos de trabajadoras embarazadas (que atiende al dato objetivo del embarazo)?

Como puede apreciarse fácilmente no se trata, en absoluto, de una cuestión baladí. Antes al contrario, adquiere una importancia de primer orden. Sobre todo si tenemos en cuenta que son precisamente las cuestiones probatorias, el hecho de si el estado de gestación de la trabajadora se conocía o no por la empresa, los que centran (o centraban) la mayoría de los procesos relativos a despidos discriminatorios, por razón de sexo, entendiendo el término despido aquí en un sentido amplio y teniendo en cuenta, además, la dificultad intrínseca que acompaña a este tipo de prueba. Lo que lleva a que en no pocas ocasiones, a pesar de existir una razonable sospecha, incluso cierta convicción de que el estado de embarazo era conocido en la empresa, no ha podido tenerse en cuenta por el juez al no haber quedado adecuadamente probado en el proceso judicial y no constituir, por tanto, una realidad procesal, la *verdad* a efectos procesales.

Precisamente estas dificultades probatorias están en la base de la flexibilización de la carga de la prueba que tiene lugar en los procesos en los que se alega lesión de derechos fundamentales. Tratándose de la igualdad de género, dicha flexibilización se contiene tanto en la normativa europea como en la nacional. A nivel europeo, esta inversión de la carga de la prueba se contempla ya en la Directiva 97/80/CE así como, más recientemente, en la Directiva 2006/54/CE. En nuestro país, será el propio TC el que ya desde sus primeras Sentencias admita esta flexibilización en los despidos discriminatorios⁹⁴. La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, consagrará, con carácter general, esta inversión de la carga de la prueba en aquellos

⁹² SSTC 92/2008 y 124/2009.

⁹³ El art. 55.5 b) ET, tras la redacción dada por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras dispone que será nulo el despido “de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a) (...)”. El TC ha interpretado este artículo en el sentido de que contiene un mecanismo reforzado de tutela de las trabajadoras embarazadas, al configurar un supuesto adicional de nulidad “objetiva” del despido de las trabajadoras embarazadas, salvo que se declare la procedencia del despido. Y todo ello sin necesidad de que se aporte prueba alguna acerca del conocimiento del embarazo por parte de la empresa.

procedimientos relativos a actuaciones discriminatorias por razón de sexo (artículo 13).

Esta flexibilización prevista para una mejor protección de la mujer que es objeto de discriminación se ha demostrado, sin embargo, insuficiente en numerosas ocasiones. Por ello, nuestro legislador, consciente de la capital importancia que tiene la igualdad de género en una sociedad democrática avanzada y de las dificultades que para la igualdad efectiva sigue planteando, a pesar de los indudables avances experimentados, este sistema probatorio, optó por ir más allá, superando los estándares europeos y nacionales del momento. La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras dio una nueva redacción al art. 55.5 b) ET, estimando nulo, además de aquellos despidos discriminatorios o que se produzcan con lesión de los derechos fundamentales y las libertades públicas del trabajador, el “de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a)” (del art. 55.5 ET). El TC, a su vez, ha interpretado este artículo en el sentido de entender que configura un nuevo supuesto de nulidad, resulta indiferente que el empresario conociese o no el estado de embarazo de la trabajadora con anterioridad al despido. La única excepción es la acreditación de la procedencia del despido. (SSTC 92/2008 y 124/2009).

Se asiste, así, en nuestro ordenamiento jurídico a una progresiva objetivación del despido de la trabajadora embarazada, para una mejor protección de la maternidad y en definitiva de la igualdad de género⁹⁴. Una objetivación que nace de la Ley y que se ve definitivamente consagrada gracias a la interpretación que de la norma hace el Tribunal Constitucional.

Distinto es, sin embargo, el papel que juega aquí el Tribunal Supremo. Lejos de contribuir con su jurisprudencia al avance en los derechos de igualdad de género, la resolución que ahora nos ofrece actúa a modo de freno u obstáculo a tales avances, al sostener una interpretación de la norma claramente regresiva.

No obstante, hay que matizar inmediatamente que lo anterior no es aplicable a todo el Tribunal, o mejor dicho a todos los magistrados y magistradas que lo forman, sino al propio Tribunal en cuanto institución. O lo que es lo mismo, a su mayoría, que es la que sustenta el fallo de esta sentencia. Por el contrario, en el Voto Particular se sostiene una interpretación bastante más adecuada de la igualdad de género y sus implicaciones. Más acorde, en definitiva, con el papel de garante natural de los derechos fundamentales, entre ellos la igualdad de género, que nuestra Constitución atribuye al conjunto de los jueces y Tribunales y, en especial, al Tribunal Supremo en cuanto órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes.

En efecto, coexisten aquí, en el seno del propio TS, dos concepciones claramente diferentes, incluso contrapuestas, en la materia que nos ocupa. Una de ellas, favorable a extraer de la

normativa antidiscriminatoria su máxima potencialidad, en aras de la mayor efectividad del derecho. Otra, por el contrario, reacia a cualquier avance que no quede taxativamente establecido en la norma, sin ningún atisbo posible de duda o divergencia interpretativa.

Esto último es, precisamente, lo que hace la mayoría del Tribunal Supremo en la argumentación judicial que conduce al fallo desestimatorio del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la trabajadora embarazada. Bajo la apariencia de una razonada y razonable argumentación judicial [1º.- El legislador de modo expreso sólo ha ampliado la protección, mediante la “nulidad objetiva”, en los casos de despido a que se refiere el art. 55 b) ET; 2º.- La extinción del contrato de trabajo durante el período de prueba *no* es un despido a los efectos del art. 55 b) ET; 3º.- En consecuencia, la extinción del contrato de trabajo durante el período de prueba no está protegida por este nuevo régimen de nulidad objetiva, ni siquiera mediante la aplicación analógica de lo previsto en el art. 55 b) ET] no se esconde sino lo que tan sólo es *una interpretación posible* de la normativa protectora del embarazo y la maternidad. No la única, ni siquiera la más adecuada o correcta, como perfectamente se pone de manifiesto en el Voto particular.

Frente a la interpretación literal, excesivamente apegada al texto de la norma, restrictiva y rigurosa en exceso, son posibles otras interpretaciones que tengan en cuenta no sólo la letra de la ley, sino también su espíritu y finalidad. En atención a este criterio de interpretación *teleológico* no cabe duda de que la finalidad de la norma es reforzar la protección de la trabajadora embarazada ante la extinción de su contrato de trabajo, en el entendimiento de que una de las principales causas de discriminación es la pérdida de empleo que el embarazo y la maternidad supone para el conjunto de las mujeres. El instrumento elegido para ello es configurar una nueva modalidad de nulidad de la extinción contractual: la nulidad objetiva. De tal modo que se dispensa a la trabajadora embarazada de la carga de la carga de acreditar indicio alguno sobre la conculcación de su derecho fundamental, eximiéndola de probar que el empresario tenía conocimiento del embarazo. ¿Qué razón hay para que esta mayor protección sólo opere en caso de “despido” y desaparezca en cualquier otra modalidad de extinción contractual, como, por ejemplo, la que consistiendo también en una decisión unilateral no justificada del empresario tiene lugar, sin embargo, en los momentos iniciales del contrato de trabajo, durante el período de prueba? En puridad sólo una, que es a la que se aferra el Tribunal Supremo: que la norma sólo lo ha previsto expresamente para el caso de los “despidos”. Pero, frente a ésta, cabe esgrimir otras razones que posibilitan otra interpretación, más acorde con la Constitución, así como más favorable a la efectividad del derecho. No sólo el argumento teleológico al que se acaba de hacer referencia, sino que incluso si nos fijamos en la literalidad

⁹⁴ Véase, a este respecto, J.F. Lousada Arochena, “La prueba de la discriminación y del acoso sexual y moral en el proceso laboral”, Cuadernos de Derecho Judicial, 2005/7.

⁹⁵ M^o. L. Balaguer Callejón, *Igualdad y Constitución española*, Tecnos, Madrid, 2010, pág. 187.

JURISPRUDENCIA · TS

de la norma, podremos observar cómo la norma legal fija el inicio de la protección en “la fecha de inicio del embarazo”. Esto es lo realmente relevante, el dato objetivo de la gestación, por cuanto que el embarazo puede darse en cualquier momento de la relación laboral, no sólo una vez superado el período de prueba.

De este modo, lejos de constituir una actividad puramente

mecánica o silogística, aséptica o neutral, la argumentación judicial, toda y ésta en particular, evidencia la más íntima concepción que acerca del derecho y del mundo que le rodea sostiene a quien así argumenta. Como le ocurre igualmente a quien esto escribe. (María del Mar Navas Sánchez, Profesora Titular de Derecho Constitucional, Universidad de Málaga).

I. Antecedentes

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO SOCIAL), DEL 19 DE ABRIL DE 2011. CONFLICTO COLECTIVO. AUXILIARES DE CLÍNICA. UNIFORME OBLIGATORIO DE LAS TRABAJADORAS. USO DE FALDA Y NO USO DE PANTALÓN. PODER DE DIRECCIÓN. DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO. DERECHO A LA DIGNIDAD E INTIMIDAD. SEGURIDAD E HIGIENE

PRIMERO.- Por la representación de la Confederación Sindical de CC.OO. de Andalucía se presentó demanda sobre Conflicto Colectivo de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que se declare: “a) que la práctica de la empresa de imponer a sus trabajadoras un sólo uniforme consistente en falda, delantal, cofia y medias como prenda obligatoria, sin poder por el uniforme de pantalón, no es ajustada a derecho y vulnera el derecho a no ser discriminadas por razón de sexo de las trabajadoras (artículo 14 de la Constitución Española), a la dignidad, intimidad personal y a la propia imagen (artículos 10 y 18.1 del mismo cuerpo legal); b) que la misma es contraria a la seguridad e higiene de las trabajadoras afectadas.- c) Y en definitiva la nulidad de la práctica de empresa; y en consecuencia se condene a la empresa estar y pasar por tal declaración, con las consecuencias inherentes a la misma, entre ellas, la condena a la misma a ofrecer y proporcionar a las trabajadoras conforme al convenio colectivo aplicable la ropa de trabajo que ofrece al personal masculino y cuanto más en derecho corresponda”.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda tuvo lugar el acto del juicio, compareciendo como parte personada la Federación de Sanidad y Sectores Sanitarios de Comisiones Obreras. Se efectuaron las alegaciones y se propusieron las pruebas que constan en el acto del juicio y que se dan por reproducidas.

TERCERO.- El día 27 de noviembre de 2.008, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: “Que debemos desestimar y desestimamos el conflicto colectivo formulado por la representación letrada de CONFEDERACIÓN SINDICAL DE COMISIONES OBRERAS DE ANDALUCÍA, contra la Empresa X, S.A., habiendo sido parte la Federación de Sanidad y Sectores Socio Sanitarios de Comisiones Obreras y absolviendo a la empresa demandada de las pretensiones deducidas en la misma”. En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes he-

chos: “1º.- La Confederación Sindical de CCOO, de Andalucía, por medio de sus representantes, plantea ante esta Sala de lo Social del T.S.J.A. demanda de conflicto colectivo contra la Empresa X, S.A., cuyo objeto es determinar la legalidad de la práctica de empresa consistente en asignar a la categoría profesional de enfermeras y auxiliares de enfermería que prestan servicios en planta y consultas externas una ropa de trabajo consistente en falda, delantal, cofia y medias como prenda obligatoria, sin posibilidad de opción por el pijama que usan no sólo el personal masculino, sino también otras trabajadoras de diferentes categorías o secciones.-2º.- Dicha ropa de trabajo la lleva usando dicho colectivo desde hace al menos 15 años, sin que hasta el presente conflicto se haya planteado queja o denuncia alguna por parte de ningún colectivo de los distintos centros hospitalarios de la Empresa X, S.A., habiendo recogido el artículo 19 del Convenio, referente al vestuario, el mismo texto que en Convenios anteriores.-3º.- La expresada ropa de trabajo asignada a las enfermeras y auxiliares que prestan servicios en planta y consultas externas no presenta diferencias, respecto al tipo de uniforme denominado pijama, ni en materia de higiene y seguridad en el trabajo, ni desde el punto de vista ergonómico, como dificultad para moverse, comodidad, manipulación manual de cargas o posiciones posturales.-4º.- La empresa demandada tiene siete centros hospitalarios en la Comunidad Autónoma Andaluza, situados en las localidades de Puerto de Santa María, Sanlúcar de Barrameda, Villamartín, Montilla, Cádiz, Huelva y Málaga; habiéndose planteado la cuestión litigiosa sobre el uso del uniforme únicamente en el Centro hospitalario de Cádiz, a pesar de que en todos ellos se utiliza la misma indumentaria.-5º.- En virtud de visita realizada por los Inspectores de Trabajo de Cádiz a la empresa demandada, motivada por unas declaraciones de la Presidente del Comité de Empresa a los medios de comunicación en relación al uso de la expresada ropa de trabajo, son citadas las partes del conflicto a una comparecencia, así como para la aportación de documentación, requiriendo a la empresa para que consulte con los trabajadores y sus representantes sobre la elección de la ropa de trabajo de las enfermeras y au-

JURISPRUDENCIA · TS

xiliares de enfermería. El 31-3-08 las partes comparecen aportando la documentación requerida, celebrándose una segunda reunión con el resultado que consta en el acta de la inspección levantada al efecto.-6º.- El día 1-4-08 la empresa convoca en Sevilla a los representantes de los colectivos afectados, a fin de realizar consulta a los trabajadores y sus representantes sobre los aspectos señalados en el requerimiento de la Inspección de Trabajo en relación a la ropa de trabajo, celebrándose la reunión el día 3-4-08, ausentándose los componentes del Comité de Empresa del Hospital de Cádiz, pese a estar debidamente citados.-7º.- En fecha 28-3-08 se celebró una reunión en los locales de la FSP de la Unión General de Trabajadores en Sevilla para la aprobación de un calendario para el estudio, discusión y aprobación de un modelo de Plan de Igualdad, planteándose en el mismo el tema de los uniformes.-8º.- En fecha 8 de Abril del presente año la inspección de Trabajo y Seguridad Social de Cádiz levantó acta de infracción contra la Empresa demandada, proponiendo una sanción de 6251 euros por entender que había cometido una infracción del artículo 17-1º del Estatuto de los Trabajadores.-9º.- En fecha 24-X-08 se formuló por la empresa X, S.A demanda de Conflicto Colectivo contra el Comité de Empresa del Hospital de Cádiz con el objeto de que se declare el derecho de la empresa a sancionar a las trabajadoras a que hace mención en la demanda por incumplimiento de las normas de uniformidad establecidas por la empresa.-10º.- El Convenio Colectivo de empresa, vigente desde Enero de 2007, en su artículo 19 1, establece que los trabajadores recibirán dos uniformes de trabajo completos, que serán distribuidos por la Dirección de los Centros con ocasión de la formalización del contrato de trabajo y de forma periódica antes del 1 de Mayo y antes del 1 de Octubre de cada año ... 2º la Empresa independiente de las entregas mencionadas anteriormente, se compromete a sustituir los uniformes deteriorados para velar por la buena imagen de sus profesionales.-11º.- El presente conflicto colectivo afecta a las trabajadoras pertenecientes al cuerpo de Enfermeras y Auxiliares de enfermería que prestan servicios en planta y consultas externas en los siete centros sanitarios que la empresa tiene en Andalucía, si bien las únicas trabajadoras que han mostrado expresamente su disconformidad con el vestuario son las del Hospital de Cádiz.-12º.- La Unión General de Trabajadores es el Sindicato mayoritario en todos los Centros Sanitarios de la empresa demandada, excepto en el ubicado en Cádiz en el que el sindicato mayoritario es Comisiones Obreras”.

CUARTO.- Por la representación de la Federación de Sanidad y Sectores Sanitarios de Comisiones Obreras de Andalucía, se formaliza recurso de casación contra la anterior sentencia, en el que se formulan los siguientes motivos: 1er. motivo) Al amparo del art. 205 c) LPL, por infracción de lo establecido en el art. 97 y concordantes LPL, en consonancia con lo establecido en el art. 218 de la Ley Enjuiciamiento Civil, por haber incurrido en incongruencia omisiva al no tratar la violación del art. 18de la Constitución; 2º motivo) Al amparo de lo establecido en el art. 205 b) LPL por error en la valoración de la prueba;

3er. motivo) Al amparo de lo establecido en el art. 205 e) LPL, 1º.- por infracción del art. 14de la Constitución Española, arts. 3, 4, 5, 6 y 12 de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo y art. 17.1 ET; 2º.- por infracción del art. 13 de la Ley Orgánica 3/2007; 3º.- la Infracción de los arts 10 y 18 de la Constitución Española y 4º.- infracción del art. 14.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre y art. 3.2 del RD 487/1997, de 14 de abril.

QUINTO.- Personada la parte recurrida y evacuado el trámite de impugnación, se emitió el preceptivo informe del Ministerio Fiscal en el sentido de considerar el recurso procedente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 14 de abril de 2.011, en cuya fecha tuvo lugar.

II. Fundamentos

PRIMERO.- La cuestión que ha de resolverse en el presente recurso de casación consiste en determinar si resulta constitucionalmente lícita la práctica empresarial adoptada sobre la uniformidad que han de seguir las mujeres enfermeras o auxiliares de enfermería que prestan servicios en la empresa en planta y consultas externas, consistente en exigir que lleven en su trabajo falda, delantal, cofia y medias, sin posibilidad de optar por el conocido pijama sanitario de dos piezas, pantalón y chaqueta, que llevan los trabajadores masculinos de las mismas categorías profesionales y que desarrollan su actividad en las mismas dependencias que aquéllas. La demanda de conflicto colectivo que dio origen a estas actuaciones se planteó por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras de Andalucía, y en ella se tachaba de inconstitucional esa distinción, por atentar al principio de no discriminación (art. 14 CE) y al de la propia imagen e intimidad (artículos 10 y 18 CE), así como contraria a las normas referidas a la salud e higiene en el trabajo, particularmente al artículo 3 del RD 1215/1997, sobre la utilización de equipos de trabajo. Fue turnada a la Sala de lo Social de Málaga, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, y en el proceso se personó como parte interesada la Federación de Sanidad y Sectores Socio sanitarios de Comisiones Obreras, adhiriéndose a la demanda en el acto de juicio oral. Por sentencia de dicha Sala de 27 de noviembre de 2.008se desestimó la demanda formulada y se absolvió a la empresa demandada. Para llegar a tal conclusión, la sentencia recurrida parte de la obligación que impone al trabajador el artículo 5 a) del Estatuto de los Trabajadores sobre cumplimiento de las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, y entre éstas las derivadas de la uniformidad, facultad de regulación que la sentencia recurrida entiende incluida en el ámbito de las facultades de dirección empresarial a que se refiere el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores. A continuación se analiza la adecuación de la práctica empresarial de uniformidad que ahora examinamos al principio de no discriminación (art. 14 CE). Así, se razona literalmente en el fundamento de derecho sexto, que de los autos se desprendía la realidad de que “el uso de la repetida vestimenta obedece no a un problema sexista o de aprovechamiento singular del sexo en beneficio de la empresa y detrimento de la mujer, sino a

JURISPRUDENCIA • TS

consideraciones organizativas empresariales, ajenas a aquellos motivos, adoptados también, como ocurre en otros sectores laborales, con la finalidad de dar a la clientela una buena imagen de la empresa, a través de una adecuada uniformidad en el vestir”, destacando sobre este punto la realidad de que el personal afectado viene utilizando esa uniformidad “desde al menos 15 años sin que haya surgido ningún problema o incidencia en la empresa, sin que se haya producido denuncia alguna durante esos años y sin que en la Inspección de Trabajo en visitas realizadas a la empresa en años precedentes haya constatado que el vestuario de dichas trabajadoras representaban algún problema para su seguridad o comodidad o fuese discriminatorio”.

Por otra parte, excluye también la sentencia recurrida que la exigencia de utilizar la indumentaria de referencia sea contraria, suponga una infracción del artículo 18.1 CE, en relación con los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Sobre ello se razona en el último párrafo del fundamento de derecho sexto lo siguiente: “no se puede, afirmar, razonablemente, en el contexto y circunstancias laborales en que ha sido tomada la medida empresarial, que el uso de una falda que según la testifical practicada es por debajo de la rótula, exigida a dichas empleadas, que no alcanza a su vida privada, al limitarse la imposición al ámbito exclusivo de su actividad laboral, viole los derechos citados; ni tampoco, consecuentemente, se ha infringido el artículo 4.2 c) ET que proyecta, en el ámbito laboral, el derecho a la no discriminación tutelado en el repetido artículo 18.1 CE”. Finalmente, la sentencia recurrida rechaza también que la uniformidad exigida a las trabajadoras enfermeras y auxiliares de enfermería vulnere lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 1215/97 de 18 de Julio, por el que se establecen las disposiciones mínimas de Seguridad y Salud para la utilización por los trabajadores de los equipos de trabajo, puesto que, en primer término, la ropa de trabajo no es un equipo de protección individual (EPI). Además, se afirma en la sentencia, “la diferencia existente en materia de prevención de riesgos laborales entre el uso de la falda o el pijama,...desde el punto de vista de la seguridad en el trabajo la utilización de ropa de uno u otro tipo puede incidir en la posibilidad de que se produzcan rozamientos con distintos elementos móviles, como pueden ser elementos salientes del mobiliario, y partes móviles de equipos de trabajo, si bien dadas las características de ambas modalidades de uniforme no existen diferencias significativas que puedan suponer menor riesgo en uno u otro”.

Y en relación con la protección frente a los agentes o contaminantes físicos, químicos o biológicos en general, “la ropa de trabajo no sirve como medio de protección de los trabajadores que garantice su salud frente a riesgos derivados de la exposición a ruidos o vibraciones y presenta una limitada efectividad en la protección frente a radiaciones”. Finalmente se descarta que existan diferencias relevantes entre las ropas comparadas en lo que se refiere al confort térmico y la mani-

pulación manual de cargas.

SEGUNDO.- Frente a la referida sentencia de la Sala de Málaga se intentó preparar en su día recurso de casación por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras de Andalucía y se preparó por la Federación de Sanidad y Sectores Sanitarios de Comisiones Obreras de Andalucía, pero por auto de esa Sala de 13 de enero de 2.009, confirmado tras una serie de vicisitudes procesales por otro auto de la misma Sala de 25 de junio de 2.010, se decidió tener por no preparado el recurso de casación intentado por la referida Confederación, al haberse llevado a cabo la presentación del correspondiente escrito fuera de plazo. Esa decisión de la Sala de Málaga se confirmó al sustanciarse el recurso de queja interpuesto al efecto, por otro auto de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2.010. Por tal razón, el único recurso de casación que se preparó e interpuso válidamente frente a la sentencia de la referida Sala de instancia es el planteado por la Federación de Sanidad y Sectores Sanitarios de Comisiones Obreras de Andalucía, construido sobre un primer motivo relativo al quebrantamiento de las normas correspondientes a la elaboración de la sentencia, a la que se atribuye incongruencia omisiva (art. 205 c) LPL), siete motivos más que se amparan en la letra b) del mismo precepto procesal, para la adición, supresión o modificación de hechos probados y cuatro de infracción legal que se insertan en la letra e) del mismo artículo 205 LPL. No obstante, la parte recurrida plantea en su escrito de impugnación una cuestión previa, además de la ya explicada y resuelta sobre la extemporaneidad del recurso de casación que intentó preparar la Confederación, que consiste en que, en su opinión, no es procesalmente admisible que quien no interpuso la demanda, como es el caso de la Federación de Sanidad, sino que se personó en el proceso y se adhirió a la demanda, sostenga el recurso ahora cuando no lo puede hacer la Confederación demandante, alegando, en suma, la existencia de una falta de legitimación para recurrir. La objeción indicada y propuesta con carácter previo ha de ser rechazada, tal y como propone el Ministerio Fiscal en su informe, aunque por razones jurídicas no exactamente coincidentes. La Federación de Sanidad y Sectores Sanitarios de CC.OO. se personó en el proceso de conflicto colectivo iniciado por demanda de la Confederación al amparo de lo previsto en el artículo 153 de la LPL, teniéndosele por parte a todos los efectos, posición de parte que se ratifica en el juicio oral, cuando la Federación se adhiere a la demanda. De esta forma, el precepto que resulta aplicable para definir la posición de esa parte es el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues se trata de la intervención en el proceso ya iniciado de sujetos originariamente no demandantes ni demandados. El número 1 de esa norma permite esa intervención como demandante o demandado mientras se encuentre pendiente el proceso para quien, como es el caso, tenga un interés directo y legítimo en el resultado del pleito. De esta forma, la posición procesal como demandante de la Federación interviniente se puso de relieve claramente en el juicio oral, cuando se adhirió

JURISPRUDENCIA • TS

a la demanda planteada originariamente por la Confederación y para esa situación, el número 3 del referido precepto establece que “admitida la intervención, no se retrotraerán las actuaciones, pero el interviniente será considerado parte en el proceso a todos los efectos y podrá defender las pretensiones formuladas por su litisconsorte o las que el propio interviniente formule, si tuviere oportunidad procesal para ello, aunque su litisconsorte renuncie, se allane, desista o se aparte del procedimiento por cualquier causa”, añadiéndose en el último inciso del precepto que “el interviniente podrá, asimismo, utilizar los recursos que procedan contra las resoluciones que estime perjudiciales a su interés, aunque las consienta el litisconsorte”. El artículo 12 de la Ley Orgánica 3/2007, de igualdad efectiva de hombres y mujeres, no aporta en este caso nada distinto a lo que se ha expuesto, cuando admite que cualquier persona pueda recabar de los tribunales la tutela de esa igualdad, pues la capacidad y legitimación para intervenir en los procesos que se incoen para encauzar esa protección, es la que resulte de la aplicación de las normas procesales por las que la pretensión haya de resolverse.

En consecuencia, ante la claridad del artículo 13 de la LEC solo cabe rechazar las argumentaciones que sobre la pretendida ausencia de legitimación para recurrir de la Federación de Sanidad y Sectores Sanitarios de CC.OO se formulan y admitir la plena legitimación de ésta para impugnar la sentencia de la Sala de instancia, puesto que se trata del recurso de casación interpuesto por quien es parte en el proceso a todos los efectos, a lo que no cabe oponer, como pretende la empresa recurrida, que la norma específica por la que ha de resolverse el problema procesal indicado es el número 2 del artículo 175 LPL, pues ésta norma se refiere a un supuesto específico muy concreto en el que en un proceso distinto, el de tutela de los derechos fundamentales la legitimación activa corresponde a un trabajador individual, en quien reside el único interés legítimo, aunque se permita la intervención del Sindicato al que pertenezca el trabajador o de otros Sindicatos con especial representatividad. Finalmente, esa posición procesal del coadyuvante ha dejado de existir, como se ha visto, en la Ley de Enjuiciamiento Civil y desapareció de la Ley de 27 de diciembre de 1956, al ser derogada por la nueva Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en cuya exposición de motivos se justifica su desaparición diciendo que “... carece de sentido mantener la figura del coadyuvante, cuando ninguna diferencia hay ya entre la legitimación por derecho subjetivo y por interés legítimo”.

TERCERO.- El primero de los motivos jurídicos que contiene el recurso de casación formulado por la Federación recurrente tiene un carácter también previo, pues en el mismo se achaca a la sentencia recurrida la infracción del artículo 97 y concordantes de la Ley de Procedimiento Laboral, desde el momento en que, en opinión del recurrente, la Sala de instancia incurrió en incongruencia omisiva al redactar la sentencia, pues no resolvió sobre la invocación que se hacía en la demanda en relación con la vulneración del artículo 18 CE por

parte de la empresa con la práctica empresarial de imponer determinado uniforme a las mujeres que desempeñan las tareas propias de enfermeras y auxiliares den enfermería. Para que una sentencia incurra en el vicio de incongruencia por omisión es preciso que se produzca una falta de respuesta razonada en la resolución judicial al planteamiento de un elemento esencial de la pretensión, cuyo conocimiento y decisión por el Tribunal sean trascendentes para fijar el fallo. Sólo así se daría una denegación tácita de justicia contraria al artículo 24.1 de la Constitución. Así se afirma en la sentencia de esta Sala de 13 de mayo de 1998 (recurso 1439/1997), entre otras muchas. Como se recuerda en esta sentencia, esas conclusiones son el reflejo de una abundantísima doctrina del Tribunal Constitucional, expuesta en las sentencias 142/1987,36/1989,368/93,87/ 1994y39/1996, y que resumidamente afirma que sólo viola el artículo 24.1 de la Constitución aquella incongruencia en virtud de la cual el órgano judicial deja sin contestación las pretensiones de las partes sometidas a su conocimiento, siempre que el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como una desestimación tácita (sentencia 368/93). La exigencia del artículo 218 de la LEC y del artículo 97.2 LPL de que las sentencias decidan todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto de debate y de que sean congruentes con las demandas y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, no implica un ajuste literal a las pretensiones, dada la potestad judicial para aplicar la norma correcta, lo que supone el deber judicial de dar respuesta adecuada y congruente con respecto a los hechos que determinen la *causa petendi*, de tal modo que sólo ellos, junto con la norma que les sea correctamente aplicable, sean los que determinen el fallo (STC 142/87). Aplicando esa doctrina al presente caso, basta leer el último párrafo del fundamento de derecho sexto, parcialmente antes transcrito, para rechazar las afirmaciones que formula el recurrente sobre la existencia de una pretendida incongruencia omisiva, pues lo cierto es que en el razonamiento judicial se contienen, tal y como afirma el Ministerio Fiscal en su informe, elementos suficientes para conocer las razones del no acogimiento de las pretensiones de la demanda sobre la vulneración de los derechos de intimidad personal y de la propia imagen de las trabajadoras afectadas (art. 18 CE), con independencia de que tales argumentos se compartan o no por el recurrente.

CUARTO.- El recurso de casación contiene, como antes se anticipó, siete motivos de revisión de hechos probados, que se encauzan a través de la letra b) del artículo 205 LPL, error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos. 1.- El primero de ellos propone al modificación del primero de los hechos probados de la sentencia recurrida, para que se diga que “La empresa... impone a las enfermeras (ATS/DUE) y auxiliares de clínica femeninas de planta y consultas externas de sus centros de trabajo, uniforme consistente en falda, delantal, cofia y medias, mientras que sus compañeros hombres de idénticas categorías, visten uniforme consistente en pijama hospitalario. El resto del personal sanitario

y no sanitario femenino puede optar por el uso de pantalón o falda”, señalando los documentos de los que, a su juicio, se desprende el error de apreciación o valoración de la prueba. Sin embargo, tal y como afirma el Ministerio Fiscal, el motivo ha de ser rechazado, porque sin perjuicio de que la redacción propuesta pueda contener un relato algo más extenso y preciso (pijama ver sus pijama sanitario, por ejemplo) de los factores de hecho que determinarán el pronunciamiento jurídico de fondo, la realidad es que el relato judicial de hechos probados, transcrito en otra parte de esta resolución, es totalmente suficiente en este punto y coincide en lo esencial con lo que ahora se propone por el recurrente. Por otra parte, resulta irrelevante la introducción que en el primero de los hechos probados que lleva a cabo la sentencia recurrida del contenido de la pretensión que se formula por el demandante por el cauce del proceso de conflicto colectivo bajo la expresión, pues nada impide que se refleje en aquellos tal extremo, que resulta por otra parte cierto. 2.- En el segundo motivo de revisión de hechos se propone una nueva redacción para el se pide que el hecho segundo de los probados en la sentencia recurrida se diga lo siguiente: “Los mencionados uniformes han venido usándose indistintamente hasta principios de 2.008, dictándose por la empresa nueva norma de uniformidad e identificación reglamentaria del personal femenino ATS/DUE y Auxiliar de Clínica en sus labores sanitarias comunes de los hospitales. El artículo 19 del Convenio Colectivo prevé la entrega de dos uniformes a todo el personal de la empresa al año, sin hacer mención alguna a la composición del uniforme, el mencionado artículo refleja el mismo texto que en convenios anteriores”. El motivo no puede prosperar porque, en primer lugar, la referencia a una norma, como es artículo 19 el Convenio Colectivo, no hace falta describirla o expresarla literalmente en el texto de los hechos probados. Su realidad es objetiva y a su contenido habrá de estarse, cuando, ciertamente, en el precepto nada se especifica sobre la concreta uniformidad que habrán de llevar los trabajadores. Precisamente por ello resulta irrelevante lo que se contiene en esa norma a efectos de la resolución del presente conflicto, como resulta también indiferente que con anterioridad a su planteamiento hubiese alguna denuncia o protesta por parte de los trabajadores. La clave del problema, lo que se ha de resolver aquí, tal y como repetidamente venimos afirmando, es si esa práctica empresarial de imponer determinado uniforme a las mujeres ATS/DUE y Auxiliares de clínica de consultas externas y de planta, sin permitir que utilicen el pijama sanitario que sí utilizan las enfermeras en otras áreas y siempre los hombres de aquéllas categorías, es contraria al principio de no discriminación o vulnera los derechos de intimidad y propia imagen de las trabajadoras o, eventualmente, afecta a la seguridad en el trabajo. 3.- El hecho probado tercero de la sentencia recurrida se pretende modificar, introduciendo la redacción que sigue: “El personal masculino y femenino con categoría de enfermeras/os y auxiliares de clínica, desarrollan idénticas funciones, siendo la única razón aducida por la

empresa para la utilización de distintos uniformes el haberse éste utilizado desde hace 15 años. La mencionada ropa proporcionada presenta distintas características, tanto en materia ergonómica como de higiene y seguridad en el trabajo”. En lo que se refiere al primer punto, resulta un hecho admitido que el personal femenino afectado por el conflicto lleva a cabo las mismas funciones que el personal masculino de su categoría, por lo que no es preciso que conste nada nuevo sobre ello en los hechos probados, cuando ya se reconoce además en el primero de ellos. Y en cuanto a las características de la ropa masculina y femenina y sus diferencias en el ámbito de la ergonomía y seguridad e higiene, la nueva redacción propuesta por el recurrente pretende que se diga justamente lo contrario que dice el hecho probado tercero de la sentencia, en el que se afirma que tales diferencias no existen. Para resolver sobre este motivo del recurso debe recordarse que el artículo 205 d) LPL en que se apoya, únicamente permite ser acogido si el error en la apreciación de la prueba sobre el que se pretende construir o modificar hechos probados se desprende de la prueba documental, en ningún caso (a diferencia del recurso de suplicación art. 191. b) LPL) de la prueba pericial. Por ello, las pretensiones de modificación de hechos que se fundan en la intervención en juicio del perito propuesto por la parte actora, Sr. Augusto, folios 81 y vuelto a que alude el Ministerio Fiscal, no pueden ser acogidas a estos efectos. En cuanto a la prueba documental, la parte recurrente invoca como apoyo para la nueva redacción propuesta los documentos obrante en los folios 90 a 93 y 95 a 103. El primero de los documentos es un informe de la Inspección de Trabajo de Cádiz, fechado el 9 de abril de 2.008, en el que se afirma que la práctica empresarial de uniformidad en la manera impuesta es discriminatoria, pero nada se dice sobre las posibles diferencias que puedan existir entre una y otra ropa en relación con la prevención de riesgos laborales. El segundo documento - folios 95 a 103- no puede tener ninguna virtualidad a los efectos pretendidos, pues se trata del texto de una demanda de oficio planteada por la Autoridad laboral ante el Juzgado de lo Social número 1 de los de Cádiz, en la que se postula la declaración de trato discriminatorio en el hecho de imposición de la uniformidad de la que se trata en este proceso de conflicto colectivo, demanda que no es sino la expresión de pretensiones de parte sujetas a contradicción en el marco del proceso y que se resolverá, en su caso, mediante sentencia o por cualquiera otra de las formas hábiles de terminación del mismo. No hay por tanto evidencia documental alguna que apoye las conclusiones modificativas del motivo de casación examinado, que por ello debe desestimarse, sin perjuicio de que las diferencias formales entre una y otra clase de ropa resultan evidentes (dossier 22 de la Fundación Esculapio aportado por la empresa) y serán objeto de análisis a la hora de valorar los motivos de infracción jurídica. 4.- Se pide en el correspondiente motivo del recurso la supresión o eventual modificación del hecho probado cuarto de la sentencia, para que se elimine la referencia a que únicamente se ha planteado el pleito

JURISPRUDENCIA • TS

sobre el uso de la ropa de trabajo en el centro hospitalario de Cádiz, pues, se afirma por el recurrente, también en Málaga ha surgido el mismo problema y conflictividad. El motivo ha de decaer por resultar absolutamente intrascendente la eliminación que se propone, pues en nada afecta a la solución jurídica del presente conflicto la eventual generalización del mismo a los distintos centros de la empleadora, cuando se trata de analizar y resolver una cuestión general que afecta a los siete centros hospitalarios de la demandada. Por otra parte, no hay evidencia documental alguna de que, al margen de la intervención que llevó a cabo la Inspección de Trabajo en Málaga, se haya promovido pleito o litigio alguno que tenga el mismo objeto que el presente conflicto colectivo y que afecte a la empresa demandada. 5.- Para la recurrente, debe modificarse también el hecho quinto de la sentencia, que hace referencia al contenido del acta de la Inspección de Trabajo de 8 de abril de 2.008. Pero ese documento obra por sí mismo y con un texto determinado y unas conclusiones que obran en autos, valorándose el mismo en la sentencia recurrida en los términos correspondientes. Por ello en nada afecta al resultado del pleito que el hecho probado haga remisión a su literalidad o no, o se exprese su contenido parcial o total, pues el hecho refleja la realidad de la existencia del acta, no que se asuma su contenido en ese lugar de la sentencia, y sin perjuicio de lo que luego razona en derecho. Resulta también por ello irrelevante la modificación que se postula. 6.- Se pretende también en motivo separado la eliminación del hecho probado sexto de la sentencia recurrida, en el que se dice que “El día 1-4-08 la empresa convoca en Sevilla a los representantes de los colectivos afectados, a fin de realizar consulta a los trabajadores y sus representantes sobre los aspectos señalados en el requerimiento de la Inspección de Trabajo en relación a la ropa de trabajo, celebrándose la reunión el día 3-4-08, ausentándose los componentes del Comité de Empresa del Hospital de Cádiz, pese a estar debidamente citados”. Tampoco se ha de admitir el motivo, pues en nada afecta su existencia o no, el contenido que se pretende, sobre derecho que se discute, como admite el propio recurrente, y mucho menos en la forma neutra en que aparece redactado, sin incidencia positiva o negativa en el punto fundamental que de que se trata, el de la adecuación al principio de no discriminación de la ropa uniforme de las trabajadoras afectadas. 7.- En el séptimo de los motivos de revisión de hechos, se pide por la recurrente la eliminación de los hechos probados undécimo y duodécimo. En ellos la sentencia recurrida expresa lo siguiente: “Undécimo.- El presente conflicto colectivo afecta a las trabajadoras pertenecientes al cuerpo de Enfermeras y Auxiliares de enfermería que prestan servicios en planta y consultas externas en los siete centros sanitarios que la empresa tiene en Andalucía, si bien las únicas trabajadoras que han mostrado expresamente su disconformidad con el vestuario son las del Hospital de Cádiz.- Duodécimo.- La Unión General de Trabajadores es el Sindicato mayoritario en todos los Centros Sanitarios de la empresa demandada, excepto en el ubicado en Cádiz en el que el sin-

dicato mayoritario es Comisiones Obreras.”. El motivo tampoco cabe acogerlo, como afirma el Ministerio Fiscal, porque en primer término, no se expresa el origen documental de la pretendida equivocación del juzgador cuando redacta esos hechos, ni suponen predeterminación del fallo, ni además resultan relevantes para la decisión final que haya de adoptarse sobre el fondo del asunto.

QUINTO.- En el primero de los motivos del recurso de infracción jurídica, planteado al amparo de la letra e) del artículo 205 LPL, denuncia la Federación recurrente la infracción del artículo 14 de la Constitución Española, los artículos 3, 4, 5 y 6 de la Ley Orgánica 3/2007 y artículo 17.1 del Estatuto de los Trabajadores. Realmente esta es la cuestión fundamental que se ha de resolver en el recurso de casación, esto es, si resulta respetuosa con el principio de no discriminación entre hombres y mujeres la práctica empresarial que impone en sus centros sanitarios la uniformidad a las trabajadoras enfermeras y auxiliares de enfermería que prestan servicios en planta y consultas externas, consistente en falda, delantal, medias y cofia, sin posibilidad de sustitución u opción por el pijama hospitalario que sí llevan los hombres en esas dependencias, con las mismas categorías profesionales y actividad, y otras trabajadoras en otras secciones distintas de los hospitales (quirófanos, cuidados intensivos, paritorios, etc.) con las mismas categorías de Enfermeras o Ayudantes de enfermería. Por ello, podría tratarse conjuntamente el segundo motivo del recurso, que se refiere a la vulneración del artículo 13 de la LO 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, pues realmente este precepto se incardina dentro de las cuestiones procesales de carga de la prueba que, en todo caso, ante la invocación de la violación del derecho fundamental de igualdad y la aportación de indicios sobre esa situación, necesita de una justificación objetiva que excluya una discriminación por razones de sexo invocada, lo que supone que todas esas cuestiones se relacionan entre sí de manera lógica y habrán de resolverse por ello de forma conjunta y armónica. De hecho, los otros motivos de infracción jurídica que se plantean, el tercero y el cuarto, se refieren a la eventual vulneración en la sentencia recurrida de los artículos 10.1 CE (dignidad de la persona) y 18.1 CE (intimidad y propia imagen) y a la violación del artículo 14.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales, y el artículo 3.2 del Real Decreto 487/1997, de manera que si se acogieran los dos primeros motivos del recurso y se estimara el mismo en ese punto, resultarían de alguna manera accesorios, pues el restablecimiento de la igualdad postulada entre mujeres y hombres significaría la estimación de las pretensiones de la demanda de conflicto colectivo en lo esencial.

SEXTO.- La sentencia recurrida parte de una afirmación cierta y ajustada a derecho, como es la de que el artículo 38 CE, reconoce, aunque no como derecho fundamental, la libertad de empresa, y el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores confiere al empresario el poder de dirección y control de la actividad laboral, resultado por tanto obligado para el trabaja-

JURISPRUDENCIA • TS

dor(artículo 5 c) ET) el cumplimiento de las órdenes e instrucciones que en el ejercicio regular de esas facultades formule el empleador. Pero, por otra parte, como es conocido a través de una nutrida doctrina constitucional, la celebración de un contrato de trabajo no implica la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadanos. Del mismo modo, la libertad de empresa no legitima que los trabajadores hayan de soportar limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas (por todas, STC 80/2001, de 26 de marzo, FJ 3, con cita de la STC 88/1985, de 19 de julio, FJ 2. De esta forma, la modulación que el contrato de trabajo puede producir en el ejercicio de los derechos fundamentales solo se producirá en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva ...para el logro de los legítimos intereses empresariales, y proporcional y adecuada a la consecución de tal fin (SSTC 6/1982, de 21 de enero, FJ 8; 106/1996, de 12 de junio, FJ 5; 204/1997, de 25 de noviembre, FJ 2; 1/1998, de 12 de enero, FJ 3; 90/1999, de 26 de mayo, FJ 3; 98/2000, de 10 de abril, FJ 7; y 80/2001, de 26 de marzo, entre otras). Dentro de los derechos fundamentales del trabajador que no deben verse indebidamente modulados por el hecho de que exista un contrato de trabajo, evidentemente se encuentra el de igualdad en la forma de no discriminación por razón de sexo. Existe también una muy numerosa doctrina del TC a propósito de las medidas empresariales que puedan resultar restrictivas de derechos fundamentales, cuya constitucionalidad ha de venir determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. Como se afirma en las SSTC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 5; 55/1996, de 28 de marzo, FFJJ 6, 7, 8 y 9; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4.e) y 37/1998, de 17 de febrero, FJ 8), "para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)".

SEPTIMO.- Desde la perspectiva jurídica que proporciona la anterior doctrina, en el caso presente nos encontramos con una iniciativa empresarial que en principio se encuentra dentro de las facultades de su poder de dirección, como es la orden de uniformidad de los empleados de los distintos centros hospitalarios. El problema se plantea cuando esa orden de uniformidad, como ocurre en este caso, contiene una dimensión diferente en el caso de que se trate de mujeres o de hombres dentro de aquellos centros, pues como se ha dicho antes reiteradamente, es distinta la indumentaria que han de llevar los ATS/DUE y Auxiliares de clínica, hombres y mujeres, que

prestan servicios en planta y consultas externas, es decir, quienes tienen una mayor visibilidad para el usuario de los servicios sanitarios. De esta forma, se impone a aquellas mujeres trabajadoras, sin posibilidad de opción por el pijama sanitario de los hombres de su misma categoría y actividad, la necesidad de que vistan falda, medias, delantal con peto y cofia. Ante ese panorama de distinción por razón del sexo, ante esos indicios de situación discriminatoria, es preciso entonces determinar si esa limitación que incide únicamente sobre las mujeres afectadas por este conflicto tiene una justificación objetiva y razonable, como pretende la empresa, o, lo que es lo mismo, si esa medida resulta equilibrada, ponderada y necesaria para materializar la facultad empresarial de uniformidad de sus empleados. Esa es la perspectiva general que ofrece la cuestión, desde la redacción del número 2 del artículo 6 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, con arreglo al que "se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados". En ese juicio, en esa ponderación necesaria que llevó a cabo el Tribunal de instancia en sentido favorable a la posición empresarial y que ahora ha de abordar esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo, han de valorarse aspectos de la cuestión relacionados no solo con los aspectos jurídicos, sino que también los usos sociales y las máximas de experiencia pueden tener un valor referencial; con arreglo a éstas, la uniformidad femenina que exige la empresa tiene un cierto componente tradicional o antiguo, que se vincula con una serie de valores próximos a una posición no equilibrada de la mujer en relación con la de los hombres. Componente de distinción vinculado al sexo de las trabajadoras que al resultar obligatorio para ellas y no permitirles que vistan la indumentaria generalizada del pijama sanitario, que sí utilizan los hombres y otras mujeres de su misma categoría, pero en otras dependencias, supone una actitud empresarial que no resulta objetivamente justificada y por ello discriminatoria, pues de esa forma, lo que se evidencia y pretende con esa política empresarial de uniformidad obligatoria y característica para las mujeres, con ese componente de vestuario tradicional que hemos dicho, es proyectar al exterior una determinada imagen de diferencias entre hombres y mujeres que no se corresponde con una visión actual que el usuario pudiera percibir de los servicios sanitarios, lo que también pone de manifiesto que no resulta proporcional la medida en relación con el derecho de igualdad y no discriminación, ni es necesaria, pues si se concediera por la empresa la opción de llevar la vestimenta uniformada del pijama sanitario por parte de la enfermeras y auxiliares de planta y consultas afectadas que así lo desearan, ello permitiría también que se materializase la comprensible finalidad pretendi-

JURISPRUDENCIA • TS

da por la empresa de uniformidad de sus empleados para que los usuarios conozcan en todo momento la calidad o condición de la persona empleada de que se trate, como ocurre con los hombres que hacen aquéllas mismas funciones. No obstante, en este punto debe decirse además con total claridad que el hecho de que esta Sala haya de pronunciarse sobre el alcance de la medida de uniformidad adoptada por la empresa y de su licitud constitucional y se haya decantado por el carácter discriminatorio de la mismas, no significa que no se considere totalmente digno el uniforme tradicional que impuso la empresa y plenamente lícita la eventual decisión que pudiesen adoptar aquellas trabajadoras afectadas que, aún teniendo la posibilidad de vestir el pijama sanitario, optasen por la vestimenta cuestionada constitucionalmente por el Federado demandante.

OCTAVO.- Invoca la empresa recurrida en su escrito de impugnación del recurso y en apoyo de su pretensión la doctrina contenida en nuestra conocida STS de 23 de enero de 2001 (recurso 1851/2000), en la que se trataba también de un problema de límites de uniformidad impuesta para el personal femenino de la empresa Y que prestaba servicios en los entonces nuevos trenes Z. En ese caso la empresa imponía a los trabajadores masculinos llevar un uniforme consistente en pantalón y calcetines y falda de 2 centímetros por encima de la rodilla para el femenino, llegándose por la Sala a la conclusión de que en ese caso tal medida no era discriminatoria, pero con base en unos hechos y razones diferentes a los que han servido de fundamento a la presente sentencia. En aquél caso las razones de la instauración de un sistema novedoso y moderno comunicación en una empresa pública, que había de competir en régimen de igualdad con otras empresa de igual o semejante actividad y la equivalencia del vestuario hombre-mujer desde el punto de vista de la costumbre social o habitual y su normalidad social también, hacían la medida empresarial lícita, no contraria al derecho de no discriminación por razón de sexo. No hay por tanto identidad de supuestos ni la doctrina jurisprudencial citada se contradice con la que ahora se sostiene.

NOVENO.- En suma, de lo razonado hasta ahora se desprende que la medida impuesta por la empresa en la forma en que ha quedado explicado en los anteriores fundamentos resulta discriminatoria por contener ilícita distinción entre hombres y mujeres y no permitir a éstas la utilización de la prenda de uniforme que utilizan los hombres en las mismas dependencias y con las mismas categorías, el pijama sanitario, lo que determina la necesidad de estimar el recurso en este punto, tal y como propone el Ministerio Fiscal en su informe. Pero no aprecia la Sala en este caso que también se haya vulnerado los derechos fundamentales de intimidad (artículo 18 CE) y dignidad (artículo 10 CE), que implica (SSTC 92/2000 y 98/2000) “la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás”, o el derecho a la propia imagen, pues como en esos casos se trata de derechos que no son absolutos, sino que pueden ceder ante intereses u otros

derechos constitucionalmente relevantes, como es el poder de dirección del empresario. En todo caso, cuando se invoca su vulneración se ha de llevar a cabo un análisis detallado del caso concreto para determinar si concurren tales vulneraciones. En un supuesto como el presente, vinculado a esas facultades de dirección del empresario y proyectadas sobre la uniformidad en la manera en que se ha reiterado, aquellos usos, hábitos o formas sociales de vestir cobran protagonismo para que podamos afirmar que la imposición de un uniforme como el que se discute en estos autos, falda, medias, delantal con peto y cofia, en modo alguno afecta de la dignidad de la trabajadora o a la intimidad, pues la utilización de la falda en dimensiones normales no solo está socialmente como algo absolutamente corriente, sino que incluso se vincula en ocasiones con tradicionales o históricas ideas de elegancia femenina, cuando, por otra parte, y en relación con ello, no hay exhibición física inadecuada o excesiva que no sea total y absolutamente normal desde el punto de vista de nuestros usos sociales.

DÉCIMO.- Tampoco se aprecia vulneración por parte de la sentencia recurrida de lo dispuesto en los artículos 14.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y artículo 3.2 del Real Decreto 487/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de Seguridad y Salud relativas a la manipulación manual de cargas que entrañe riesgos, en particular dorso lumbares, para los trabajadores. En este sentido, ya se razonó antes sobre la desestimación del motivo del recurso referido a la modificación de los hechos probados de la sentencia recurrida, en concreto el tercero de ellos, con arreglo al que “La expresada ropa de trabajo asignada a las enfermeras y auxiliares que prestan servicios en planta y consultas externas no presenta diferencias, respecto al tipo de uniforme denominado pijama, ni en materia de higiene y seguridad en el trabajo, ni desde el punto de vista ergonómico, como dificultad para moverse, comodidad, manipulación manual de cargas o posiciones posturales”. Si hemos de partir de esa base entonces y de la realidad de que la ropa ordinaria de trabajo, el uniforme en este caso, no es un “equipo de protección individual” que pueda encuadrarse en el ámbito del R.D. 773/1997, con independencia de que una u otra clase de uniforme pueda resultar más o menos cómodo para llevar a cabo la actividad diaria (lo que dependerá en muchos casos de apreciaciones personales, no jurídicas) su utilización ordinaria, en actividades corrientes no tiene incidencia alguna en el régimen general de la prevención de riesgos laborales, sin perjuicio de que cuando se lleven a cabo actividades específicas que comporten riesgos especiales, se adopten por el empleador las medidas exigibles legalmente, de conformidad con lo prevenido en la normativa específica en cada caso, como podría ser, a título de ejemplo, el RD 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, el Real Decreto 665/1997 del 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición

JURISPRUDENCIA • TS

a agentes cancerígenos durante el trabajo, o el R.D. 783/2001, de 6 de julio, por el que se aprueba el reglamento de protección sanitaria contra radiaciones ionizantes.

UNDECIMO.- En conclusión, de todo lo razonado se desprende la necesidad de estimar en parte el recurso de casación formulado por Federación de Sanidad y Sectores Socio sanitarios de Comisiones Obreras frente a la sentencia de la Sala de lo Social del la Sala de lo Social de Málaga, del TSJ de Andalucía, y declarar que la práctica empresarial de uniformidad al imponer a las trabajadoras enfermeras o auxiliares de enfermería que prestan servicios para la demandada en planta y consultas externas, consistente en cofia, delantal con peto falda y medias, sin posibilidad de opción por el pijama sanitario que visten los hombres de las mismas categorías y servicios y otras enfermeras y auxiliares en otros departamentos es contraria al principio de no discriminación por razón de sexo que se contiene en el artículo 14 de la Constitución Española, condenándose a la empresas a estar y pasar por tal declaración, restableciéndose la igualdad permitiendo que las referidas trabajadoras puedan desempeñar la actividad con la misma ropa de trabajo asignada para los hombres.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

Fallo

Estimamos en parte el recurso de casación formulado por la Federación de Sanidad y Sectores Socio sanitarios de Comisiones Obreras frente a la sentencia de la Sala de lo Social del la Sala de lo Social de Málaga, del TSJ de Andalucía de fecha 27 de noviembre de 2.008; declaramos que la práctica empresarial de uniformidad al imponer a las trabajadoras enfermeras o auxiliares de enfermería que prestan servicios para la demandada en planta y consultas externas, consistente en cofia, delantal con peto falda y medias, sin posibilidad de opción por el pijama sanitario que visten los hombres de las mismas categorías y servicios y otras enfermeras y auxiliares en otros departamentos, es contraria al principio de no discriminación por razón de sexo que se contiene en el artículo 14 de la Constitución Española, condenándose a la empresa a estar y pasar por tal declaración, restableciéndose la igualdad permitiendo que las referidas trabajadores puedan desempeñar la actividad con la misma ropa de trabajo asignada para los hombres. Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 19 DE ABRIL DE 2011. EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES Y TRABAJADORAS

1.- Consideraciones básicas en torno a la igualdad.

La igualdad es un postulado esencial del Estado social y democrático de Derecho y nuestro art. 1.1 de la Constitución la

consagra como un valor superior del ordenamiento jurídico, lo que significa que todo el ordenamiento teleológicamente debe tender a alcanzar el valor igualdad, e implica que, tanto el legislador en la elaboración de la Ley, como los órganos jurisdiccionales en su aplicación, deban observar ese valor de igualdad. Además, el art. 9.1 CE consagra el principio de vinculación constitucional al establecer que “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la CE y al resto del ordenamiento jurídico”. Vinculación a toda la Constitución, a sus valores superiores y a sus derechos fundamentales. La igualdad es también un derecho fundamental reconocido en el art. 14 CE, que expresamente prohíbe la discriminación por razón de sexo⁹⁶. Esta igualdad significa el derecho de la ciudadanía a recibir un trato igual o, como se formula técnico-jurídicamente, la exigencia de que ante supuestos de hecho iguales, la consecuencia jurídica sea igual, salvo que el trato desigual esté justificado.

Por lo que respecta a la igualdad de género, en el año 2007 se promulgó la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres que es una ley transversal, que regula diversos aspectos normativos aplicando la perspectiva de género y, específicamente, al ámbito laboral se le dedica el Título IV que, como expresa su Exposición de Motivos, incorpora “medidas para garantizar la igualdad entre mujeres y hombres en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesionales, y en las condiciones de trabajo”. La LO 3/2007 modifica el Estatuto de los Trabajadores en la Disposición Adicional décimo primera y, concretamente, el punto Uno de esta disposición modifica el párrafo e) del apartado 2 del artículo 4, que queda redactado en los términos siguientes: “e) Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad...”. El punto Dos modifica el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 17, en los siguientes términos: “Serán igualmente nulas las órdenes de discriminar...”.

Con anterioridad, la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, modificó el art. 4.2.c) ET, que establece que entre los derechos laborales de los trabajadores en la relación de trabajo, estos tienen derecho: “c) A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta Ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español”.

2.- El poder de dirección del empresario y los derechos fundamentales de los trabajadores y trabajadoras.

Dentro de la empresa el empresario ostenta un conjunto de facultades para desarrollar el normal funcionamiento de la empresa y, por lo tanto, puede dictar órdenes o dar instrucciones a los trabajadores. Su fundamento constitucional es el art. 38 de la Constitución que reconoce la libertad de empresa. Se desarrolla en sede legal por el Estatuto de los Trabaja-

JURISPRUDENCIA • TS

dores, que le dedica el art. 1.1, según el cual los trabajadores prestan sus servicios “dentro del ámbito de organización y dirección” de un empresario; el art. 5.c) indica que es deber básico del trabajador “cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus funciones directivas” y, sobre todo, el art. 20.1, al establecer que el trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue”. Así lo recoge la sentencia analizada en el fundamento jurídico Sexto.

Ahora bien, este poder de dirección tiene unos límites impuestos por la Constitución, las leyes, los convenios colectivos y los contratos de trabajo, que son básicamente el respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores⁹⁷, sin que el empresario pueda atentar a su integridad, intimidad o dignidad personal y, desde luego, tampoco puede realizar un trato discriminatorio.

El Tribunal Constitucional exige la proporcionalidad de la medida. De acuerdo con este principio, para comprobar si una determinada medida llevada a cabo por el empresario supera el juicio de proporcionalidad es necesario constatar si cumple tres requisitos o condiciones: 1.- La idoneidad: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto. 2.- La necesidad: si, además, esta medida es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más adecuada para la consecución de tal propósito con igual eficacia. 3.- La proporcionalidad: la medida debe ser ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

Esta doctrina se recepciona en el fundamento jurídico Sexto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2011, al hilo de la que realizamos estas reflexiones y que consideramos oportuno reproducir por su importancia. Se afirma en este fundamento jurídico sexto que “la celebración de un contrato de trabajo no implica la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadanos. Del mismo modo, la libertad de empresa no legitima que los trabajadores hayan de soportar li-

mitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas (por todas, STC 80/2001, de 26 de marzo, FJ 3, con cita de la STC 88/1985, de 19 de julio, FJ 2). De esta forma, la modulación que el contrato de trabajo puede producir en el ejercicio de los derechos fundamentales sólo se producirá en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva (...) para el logro de los legítimos intereses empresariales, y proporcional y adecuada a la consecución de tal fin (SSTC 6/1982, de 21 de enero, FJ 8; 106/1996, de 12 de junio, FJ 5; 204/1997, de 25 de noviembre, FJ 2; 1/1998, de 12 de enero, FJ 3; 90/1999, de 26 de mayo, FJ 3; 98/2000, de 10 de abril, FJ 7; y 80/2001, de 26 de marzo, entre otras)”.

3.- El uniforme diferenciado por razón de sexo.

El caso que nos ocupa parte de la imposición por la empresa de un uniforme de trabajo diferente para las trabajadoras y los trabajadores ATS/DUE y Auxiliares de clínica. Para las trabajadoras se impone la falda con medias y cofia, y para los trabajadores el pijama sanitario. Hay que dilucidar, como expresa el TS en el fundamento jurídico Séptimo, si esta distinción por razón de sexo tiene una justificación objetiva y razonable, y es una medida equilibrada, ponderada y necesaria para el desarrollo de la empresa.

Concluye el TS en el Fundamento jurídico Noveno que “de lo razonado hasta ahora se desprende que la medida impuesta por la empresa en la forma en que ha quedado explicado en los anteriores fundamentos resulta discriminatoria por contener ilícita distinción entre hombres y mujeres y no permitir a éstas la utilización de la prenda de uniforme que utilizan los hombres en las mismas dependencias y con las mismas categorías, el pijama sanitario, lo que determina la necesidad de estimar el recurso en este punto, tal y como propone el Ministerio Fiscal en su informe”. Por ello, estima en ese punto el recurso de casación. **(María Dolores Cabello Fernández. Profesora Colaboradora de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga).**

⁹⁶ Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa, “Principio de igualdad y derechos individuales”, en *Manual de Derecho Constitucional*, (Coord.) Balaguer Callejón, Francisco, Tecnos, Madrid, 2011, págs. 87-106 y *Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género*, ediciones Cátedra, Madrid, 2005.

⁹⁷ En este sentido, Alfredo MONTOYA MELGAR, considera sobre el poder de dirección y la Constitución que: “Es patente que nuestra Constitución parte de la naturalidad del contrato de trabajo como institución jurídica básica en la ordenación de las relaciones laborales, aunque, explicablemente, la Ley Fundamental no se preocupe de <<constitucionalizar>> expresamente el contrato de trabajo. Toda una serie de preceptos –arts. 7, 28.2, 35, 37, 129.2, 149.1.7º. ...- sólo tiene sentido referida a la noción de contrato de trabajo, basada tradicionalmente en las ideas de dependencia del trabajador y poder directivo del empresario. Ideas que, aunque no plasmadas explícitamente en la Constitución, se consagran en la legislación ordinaria (ET y normas complementarias) y son refrendadas sin discusión por el propio Tribunal Constitucional. En efecto, éste no duda en reconocer la legitimidad de los poderes empresariales en la relación laboral, siempre que se ajusten al fin para el que han sido reconocidos (STCo. 34/1984) y respeten los derechos fundamentales de los trabajadores (SSTCo. 166/1988, 22/1993, 94/1994, 134/1994, etc.); el control de ese respeto es una de las tareas habituales del Alto Tribunal, cuya doctrina en la materia es la de que <<aunque la relación laboral tiene como efecto típico la supeditación de ciertas actividades a los poderes empresariales, no basta con la sola afirmación del interés empresarial para restringir los derechos fundamentales de los trabajadores>> (SSTCo. 99/1994, 6/1995, 57/1999)” (Alfredo MONTOYA MELGAR, “El poder de dirección del empresario”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, marzo-agosto de 2000, págs. 580-589).

Instituto Andaluz de la Mujer

CONSEJERÍA PARA LA IGUALDAD Y BIENESTAR SOCIAL

www.juntadeandalucia.es/institutodelamujer

Teléfono de Información a la Mujer

900 200 999