

FRANCISCO JAVIER POZO MOREIRA

Abogado. Tercer ciclo Universidad de Alcalá de Henares

Extracto:

TRAS la reforma del Tratado de la Comunidad Económica por el Tratado de Ámsterdam, se ha producido un *nuevo paradigma* en el derecho social comunitario que obligaba a reformar el marco jurídico del principio de igualdad de trato en el empleo y en la ocupación establecido en la Directiva 76/207/CEE. Dentro de las modificaciones introducidas por la Directiva 2002/73/CE destaca la potenciación del papel de los Organismos públicos para la promoción de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en lo que respecta a la aplicación, implementación y control del principio de igualdad de trato, pues, tal y como obliga el nuevo artículo 8 bis: «los Estados miembros designarán uno o más Organismos responsables de la promoción, el análisis, el seguimiento y el apoyo de las acciones en pro de la igualdad de trato entre mujeres y hombres».

La Directiva 2002/73 establece para estos Organismos responsables, entre una de sus tareas, la de prestar una asistencia *integral* a las víctimas de discriminación. Los Estados miembros deberán, pues, antes del 5 de octubre del 2005, prever la intervención procesal de tales Organismos responsables, atendiendo a la mujer discriminada y garantizando una legitimación suficiente para actuar en pro de la víctima de discriminación.

El presente trabajo analiza los términos en los que la Directiva encomienda la tarea de asistencia a la víctima de discriminación, al objeto de indagar el interés legítimo del Organismo responsable en la defensa de la víctima de discriminación. Pues la legitimación procesal de los Organismos públicos requiere que se cumpla la regla general de toda legitimación activa: tener una titularidad del derecho, o un interés legítimo. Respecto de este último requisito, en los casos de discriminación por razón de sexo, los Organismos tendrán legitimación activa cuando defiendan un interés legítimo propio y específico de la organización (la defensa a la víctima, art. 8 bis Directiva 2002/73) que coincide con la defensa de derechos fundamentales ajenos (art. 14 de la Constitución) supuestamente infringidos por la actuación discriminatoria, y siempre coexistiendo con la legitimación individual de la mujer que ha sido objeto de discriminación.

El estudio se completa con un repaso a otras formas de intervención procesal de los Organismos responsables y con el análisis particular de la última normativa en materia de promoción de la igualdad (Ley 7/2004, de 16 de julio, gallega, para la Igualdad de mujeres y hombres).

Sumario:

1. La previsión comunitaria de Organismos para la promoción de la igualdad (Directivas 2000/43 y 2002/73).
 2. Implementación de la normativa anti-discriminatoria: el papel del Organismo responsable de la promoción de la igualdad entre mujeres y hombres.
 3. Caracteres con que la normativa comunitaria define a los Organismos responsables de la promoción de la igualdad de trato.
 4. La tarea de asistencia (integral) a la víctima de la discriminación.
 5. La intervención activa en el proceso laboral español del Organismo representativo, asistiendo y defendiendo a la víctima de discriminación.
 - 5.1. La intervención del Organismo responsable asistiendo a la víctima.
 - 5.2. Otras formas de intervención del Organismo responsable defendiendo a la víctima.
 6. La asistencia a la víctima y otras formas de intervención de los Organismos responsables de la promoción en la Ley 7/2004, gallega, para la Igualdad de mujeres y hombres.
- Anexo 1. Ley 7/2004, de 16 de julio, gallega, para la Igualdad de mujeres y hombres.

1. LA PREVISIÓN COMUNITARIA DE ORGANISMOS PARA LA PROMOCIÓN DE LA IGUALDAD (DIRECTIVAS 2000/43 Y 2002/73)

El derecho a la igualdad de trato entre hombres y mujeres está consagrado por la legislación comunitaria como principio básico de la comunidad: el artículo 2 del Tratado de la Comunidad Europea, firmado en Roma en 1957 (en adelante, TCE), establece, tras la reforma por el artículo 2.2 del Tratado de Ámsterdam, que la igualdad entre mujeres y hombres es una «misión» y un «objetivo» de la Comunidad. Asimismo, conforme al artículo 3.2 del TCE, reformado por el artículo 2.3 del Tratado de Ámsterdam, la Comunidad se fija el objetivo de eliminar las desigualdades y se impone la obligación positiva de «promover» dicha igualdad en todas sus actividades. Por otra parte, el artículo 141 del TCE, en particular su apartado 3, hace referencia específica a la igualdad de oportunidades y a la igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. El apartado 4 del artículo 141 del TCE permite el establecimiento de acciones positivas con la aspiración en primer término de mejorar la situación de las mujeres en la vida laboral ¹.

Al objeto de implementar eficazmente esta normativa antidiscriminatoria comunitaria en los Estados miembros, el derecho comunitario derivado considera a los Organismos para la promoción de la igualdad de oportunidades, a los agentes sociales y a las Organizaciones no gubernamentales como unos instrumentos fundamentales. La normativa comunitaria se marca como objetivo potenciar la capacidad de dichos agentes sociales para promover eficazmente la igualdad entre mujeres y hombres. Así, la Decisión del Consejo 2001/51/CE, por la que se establece un programa de acción

¹ Las conclusiones del Consejo Europeo de Lisboa 2000, donde se invitaba a los Estados miembros a que adoptaran medidas concretas en la igualdad de oportunidades en el empleo. Por ejemplo, la reducción de la segregación profesional, la conciliación de la vida profesional y familiar, y objetivos concretos de tasa de actividad de las mujeres. Véase, MORALES ORTEGA, J.M., *Fomento del empleo: medidas a favor de la mano de obra femenina*, Sevilla, CARL, 2002 pág. 211; PÉREZ DEL RÍO, T., «El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el Derecho Comunitario», *Una aproximación al Derecho Social Comunitario*. Madrid, 2000, pág. 88. Entre las nuevas disposiciones en materia de igualdad producto de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, la Declaración n.º 28 del Tratado de Ámsterdam que establece como los Estados miembros deben, en primer lugar, aspirar a mejorar la situación de la mujer en la vida laboral.

comunitaria sobre la estrategia comunitaria en materia de igualdad entre mujeres y hombres (2001-2005), señala como una de sus misiones la de promover la participación en el programa de todas las partes interesadas y, entre sus objetivos, a fomentar el intercambio de información y buenas prácticas entre los agentes sociales y el establecimiento de redes a nivel comunitario ².

En efecto, pese a las acciones emprendidas por los Estados miembros destinadas a lograr la igualdad y las medidas judiciales de reparación a la víctima de discriminación sexual en el trabajo (bien con la declaración judicial de reposición de la situación anterior, si es un supuesto de discriminación en el acceso y promoción; bien con la condena judicial de una indemnización y/o multa, si es un despido sexista ³), sigue existiendo trato discriminatorio en los centros de trabajo y, en algunos sectores, parece incluso que aumenta. Estudios demuestran que, a pesar de la búsqueda activa de las mujeres con estudios, su tasa de actividad es inferior y la de desempleo es mayor que la de los hombres ⁴, se incorporan en puestos de trabajo inferiores a su cualificación, y son objeto de estereotipos sobre su dedicación, sus ausencias en el trabajo y sus metas profesionales. De igual forma, la normativa anti-discriminatoria en el lugar de trabajo no ha limitado la brecha salarial y de empleo entre la mujer y el hombre ⁵. De ahí que las Agencias para la promoción de la igualdad de trato entre hombres y mujeres se vaya a convertir, junto con los agentes sociales, en un renovado instrumento de vigilancia de la aplicación y corrección de las medidas de acción positiva.

En este marco comunitario antidiscriminatorio, la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE ⁶, encomienda a los Estados miembros el fomento del diálogo entre los interlocutores sociales y, en el marco de las prácticas nacionales, con las organizaciones no gubernamentales, para estudiar las distintas formas de discriminación por razón de sexo en el lugar de trabajo y combatirlas (arts. 6 y 8 ter); el fortalecimiento de las instituciones y organismos tendentes a la promoción de la igualdad y a establecer sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias en caso de incumplimiento de las obligaciones

² Las acciones que establece la Decisión del Consejo 2001/51/CE de 20 de diciembre de 2000 (DOCE de 19 de enero 2001) se han concretado en España en la Ley 30/2003, de 13 de octubre (BOE 14 de octubre), sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno. Al igual que en alguna normativa propia de las Comunidades Autónomas de España, por ej.: la Ley 7/2004, de 16 de julio (BOE 21 de septiembre), gallega, para la igualdad de mujeres y hombres (LGPI), que prevé, en su artículo 7, la obligación de adjuntar, a los proyectos de ley presentados en el Parlamento gallego por la Xunta de Galicia, un informe sobre su impacto de género elaborado por el Servicio Gallego de Promoción de la Igualdad del Hombre y de la Mujer.

³ La medida de nulidad del acto empresarial discriminatorio se encuentra dentro de las previstas de forma genérica por el artículo 6 de la Directiva 76/207/CE. Pero además de la nulidad, tal y como ha señalado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) en su sentencia C-14/83 Von Colson y Kamann, «tales medidas pueden, por ejemplo, comprender disposiciones que exijan al empleador la contratación del empleado discriminado o que aseguren una indemnización pecuniaria adecuada, reforzadas, por un sistema de multas».

⁴ El Consejo Europeo de Lisboa del 2000 estableció como compromiso lograr que la tasa de actividad (o empleo femenino) de las mujeres pase del 51% actual al 60% para el año 2010.

⁵ Esta legislación con ser necesaria no es suficiente para alcanzar la igualdad real entre hombres y mujeres por lo que se hace preciso acudir a medidas legislativas de acción positiva.

⁶ Directiva 76/207/CEE, 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.

derivadas de la Directiva 76/207/CEE (art. 8 bis); así como la erradicación y sanción de la discriminación a través de los tribunales y actuaciones administrativas (art. 6). Respecto a esto último, antes de la reforma del 2002, la Directiva 76/207/CEE sólo contemplaba, en su artículo 6, que «Los Estados miembros introducirán en su ordenamiento jurídico interno las medidas necesarias para que cualquier persona que se considere perjudicada por la no aplicación del principio de igualdad de trato en el sentido de los artículos 3.º, 4.º y 5.º pueda hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional después de haber recurrido, eventualmente, a otras autoridades competentes»; tras la reforma del artículo 6, y desde la perspectiva del particular afectado, se amplían las posibilidades de tutela de la víctima de discriminación, pues, si los Estados miembros lo consideran oportuno, la víctima podrá acudir a un proceso extrajudicial o administrativo de conciliación.

La finalidad de este proceso extrajudicial o administrativo de conciliación no es, pues, cumplir una formalidad burocrática más previa al proceso, sino que contempla una situación de composición de fácil acceso a la trabajadora víctima de discriminación, en cuanto que la víctima puede dirigir su denuncia y celebrar la conciliación en el seno de una Autoridad específica u Organismo responsable de la promoción de la igualdad ⁷, con el consiguiente ahorro de costos y facilidad procedimental como veremos más adelante.

Esta libertad de opción que otorga el artículo 6 de la Directiva a los Estados para establecer procesos extrajudiciales para la protección y tutela de la igualdad es acorde con el principio comunitario denominado «autonomía institucional y procedimental» que la Sentencia del TJCE en el asunto Emmott concreta como «(...) corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las modalidades procesales (y extraprocesales) de los recursos que hayan de procurar la salvaguardia de los derechos que a favor del justiciable se deducen del efecto directo del Derecho comunitario (...) regulación que no puede estar redactada de tal forma que haga imposible en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento comunitario».

Con la inclusión de la opción por la resolución extrajudicial que es práctica habitual en los sistemas jurídicos del *common law*, se intenta superar, aunque de forma tangencial, una de las quejas que la doctrina venía realizando sobre el principio de «autonomía institucional y procedimental» cual era la inexistencia de una mínima armonización de tales procedimientos nacionales ⁸. En los sistemas de derecho continental, ante este trámite extrajudicial, habrá que tener en cuenta una doble consecuencia. Por un lado, el juez nacional encargado de la recepción de la denuncia por discriminación se verá vinculado por esta solución extrajudicial y a estar y garantizar la protección de lo que en vía extrajudicial se haya alcanzado ⁹. Por otro lado, la adecuación interpretativa de las estructu-

⁷ Para un estudio de los mecanismos institucionales para promover la igualdad en los diversos Estados, véase, VOGEL POLSKY, E., *Etudes comparative*, Comité pour l'Egalité entre les femmes et les hommes, Consejo de Europa. Estrasburgo, 1985.

⁸ SZYSZCZAK, E., «Comment on Case C-208/90 Emmott» *Common Market Law Review* núm. 29/1992, pág. 604.

⁹ En nuestro sistema de resolución extrajudicial de conflictos laborales, el arbitraje individual, aunque previsto en los instrumentos legales de resolución extrajudicial de conflictos laborales (Resolución de 2 de febrero de 2001), no encaja adecuadamente con los mecanismos instaurados para la resolución extrajudicial por los agentes sociales, siendo su «reserva natural» la sede judicial. A ello contribuye la interpretación del arbitraje individual en relación con el artículo 24 de la Constitución que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva. Véase, LANTARÓN BARQUÍN, D., *Ordenación de la solución extrajudicial de los conflictos laborales*, Lex Nova. Valladolid, 2003, pág. 144.

ras y trámites procesales a fin de permitir esta conciliación en defensa de los Derechos fundamentales. Tal es así que en España, por imperativo del artículo 53.2 de la Constitución, el artículo 64 de la Ley de Procedimiento Laboral exceptúa del requisito de conciliación administrativa previa las demandas de tutela de la Libertad sindical y demás Derechos Fundamentales, entre ellos la no discriminación ¹⁰.

Dentro de la implementación de la legislación antidiscriminatoria por los Organismos responsables de la promoción de la igualdad o por otras organizaciones sociales, se han contemplado medidas de potenciación de los Organismos responsables por otra normativa comunitaria derivada posterior al Tratado de Ámsterdam. Nos referimos a la Directiva 2000/43/CE. Ésta, tal y como establece su considerando veinticuatro, entiende que la protección contra la discriminación se vería reforzada con la existencia de uno o más organismos independientes en cada Estado miembro, con competencias para analizar los problemas existentes, estudiar las soluciones posibles y proporcionar asistencia específica a las víctimas. Idea que concuerda con la de la Directiva 2002/73/CE para la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres en el acceso al empleo, formación y condiciones de trabajo.

Lo que la normativa comunitaria derivada busca con la obligación del reconocimiento, o en su caso creación, de un Organismo responsable es armonizar institucionalmente estos Organismos responsables en todos los Estados miembros y dotarles a todos ellos de una serie de tareas propias mínimas. Bajo esta previsión normativa se armoniza, en toda la Unión Europea, las tareas y cometidos de todos Organismos para la igualdad de género. En todo este tipo de Directivas *post* Tratado de Ámsterdam ¹¹ se han establecido, de forma expresa, una concreta serie de tareas para los organismos específicos para la promoción de la igualdad y lucha contra la discriminación.

En efecto, el artículo 13 de la Directiva 2000/43/CE ¹² establece la obligación de todo Estado miembro de designar a uno o más organismos responsables de la promoción de la igualdad de trato entre todas las personas sin discriminación por motivo de su origen racial o étnico. Respecto a la forma de reconocimiento de dicho Organismo responsable, la normativa comunitaria, al objeto de no aumentar los costos organizativos y económicos de los Estados miembros, admite dos opciones en el reconocimiento: por un lado, que dicho organismo responsable se refiera a otro previamente creado y dedicado a defensa y promoción de los Derechos Humanos y, por otro lado, que sean Organismos responsables individualmente y autónomamente de cada causa concreta de discriminación. Lo que sí resulta semejante para una u otra opción es el encargo de tareas propias que el

¹⁰ Véase, RODRÍGUEZ-SANUDO GUTIÉRREZ, F., «Tutela judicial efectiva. Sobre la innecesariedad del acto de conciliación como presupuesto procesal para el restablecimiento de los derechos fundamentales (comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 81/1992, de 28 de mayo)» en Civitas *REDT* núm. 59/1993 págs. 405 y ss.

¹¹ Nos estamos refiriendo a las Directivas marco de Igualdad 2000/43/CE y 2000/78/CE, las cuales incluyen una referencia expresa a la obligación de los Estados miembros de crear instancias específicas de fomento de la igualdad y la lucha contra la discriminación.

¹² Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

Organismo tiene asignadas. Sobre esta base institucional, estos organismos responsables de la promoción de la igualdad de trato tendrán, entre otras, las siguientes competencias propias: a) Prestar asistencia independiente a las víctimas de discriminación a la hora de tramitar sus reclamaciones por discriminación; b) Realizar estudios independientes sobre la discriminación; c) Publicar informes independientes y formular recomendaciones sobre cualquier cuestión relacionada con dicha discriminación.

Hay que destacar, en lo que al objeto de este trabajo concierne, cómo la competencia propia de este Organismo responsable integra una facultad de actuación procesal: la de tramitar las reclamaciones de discriminación que denuncie la víctima ¹³. Esta facultad del Organismo responsable se realizará sin perjuicio del derecho de la víctima y de las asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas. Ahora bien, y dejando a salvo el derecho de la víctima en todo caso a reclamar judicialmente, aunque no lo establezca expresamente la Directiva, la capacidad de intervención de esas asociaciones u organizaciones, al igual que la del Organismo responsable, habrá de conectarse, en cada caso, mediante un vínculo o conexión entre la asociación u organización y la pretensión que se ejercita; requisito de legitimación a cumplir por la asociación que puede verse, en cierta medida, como una limitación del derecho de defensa a la víctima ¹⁴, pero esta visión se destruye por la línea ampliatoria de la legitimación que viene realizando la jurisprudencia ¹⁵.

La admisión de la intervención en el proceso de Asociaciones se ha interpretado en variadas situaciones, bien porque haya sido creada en el marco de una elecciones libres ¹⁶, bien porque los propios estatutos de la asociación reconocen expresamente el objetivo de la defensa procesal de sus miembros ¹⁷. En nuestro caso, sería la defensa del derecho a no sufrir discriminación por sexo de los propios miembros de la asociación u organización.

¹³ De esta forma, a través de la tramitación del recurso o acción judicial, el Organismo responsable está poniendo de relieve una situación jurídica discriminatoria ante los tribunales que será el objeto del proceso.

¹⁴ Así lo entiende REVILLA ESTEVE, E., «pese a que la normativa comunitaria dé un paso adelante en la defensa de la aplicación del principio de igualdad de trato al facilitar la representación por tercero en juicio en apoyo de una víctima que ha sufrido discriminación, lo cierto es que dicha posibilidad nace limitada por el hecho que son los Estados miembros quienes conforme a sus respectivas normativas procesales serán los que determinen quiénes gozan de un "interés legítimo"» («Comentario a las modificaciones introducidas por la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002, en la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres». En la revista: *Justicia Laboral*, núm. 14, mayo 2003, pág. 51).

¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 167/1986, en un asunto de impugnación de una Instrucción del Ministerio de Educación por una asociación de profesores de religión. En esta línea ampliatoria de la legitimación, se ha admitido (STS, sala 3.ª, de 13 de enero de 1988. RJ 1988\269) la legitimación de la Asociación Nacional Presencia Gitana en relación con el derecho de igualdad, puesto que «la legitimación corporativa de la asociación demandante viene dada porque la práctica totalidad de los ciudadanos afectados por aquellos actos son gitanos», pese a que la Asociación no acreditó ninguna titularidad ni propiedad sobre los terrenos en los que se hallaban los asentamientos afectados por las actuaciones del Ayuntamiento de Madrid recurridas.

¹⁶ La STS de 22 de noviembre de 2002 (RJ 2002\10367) consideró que la elección de la Asociación profesional en el proceso de elecciones sindicales en la empresa evidencia que la misma es titular de un interés que la legitima para participar en la mesa de negociación.

¹⁷ Se ha entendido, por ATC 13/1989 que la asociación ostentaba legitimación ya que la defensa jurídica de sus miembros se encontraba entre sus objetivos estatutarios. Para más detalle de esta jurisprudencia, CARRASCO DURÁN, M., «Examen jurisprudencial del concepto de interés legítimo, aplicado a la defensa de los Derechos Fundamentales en el proceso contencioso-administrativo». En *Justicia 2004* pág. 259.

2. IMPLEMENTACIÓN DE LA NORMATIVA ANTI-DISCRIMINATORIA: EL PAPEL DEL ORGANISMO RESPONSABLE DE LA PROMOCIÓN DE LA IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES

Si se realiza una comparativa entre el artículo 13 de la Directiva 2000/43/CE y el artículo 8 bis de la Directiva 2002/73/CE se observa que son semejantes. Así, en cuanto al reconocimiento de un Organismo para la promoción de la igualdad, el nuevo artículo 8 bis de la Directiva 76/207/CEE, modificado por la Directiva 2002/73/CE, establece que:

«Cada Estado miembro designará uno o más organismos responsables de la promoción, el análisis, el seguimiento y el apoyo de la igualdad de trato entre todas las personas, sin discriminación por razón de sexo, y adoptará en este sentido las disposiciones necesarias.

Dichos organismos podrán formar parte de los órganos responsables a nivel nacional de la defensa de los derechos humanos o de la salvaguardia de los derechos individuales».

Con este reconocimiento obligatorio en ambas Directivas, se profundiza en la implementación efectiva del principio de igualdad de trato en los Estados miembros ¹⁸ (art. 13 TCE). En efecto, estos Organismos responsables de la promoción, el análisis, el seguimiento y el apoyo de la igualdad de trato entre hombres y mujeres son vistas por el legislador comunitario como mecanismos esenciales de refuerzo y apoyo a la implementación de legislación comunitaria sobre igualdad y no discriminación y complementan a los mecanismos existentes en la legislación nacional.

Esta indagación del reconocimiento de los Organismos responsables en la normativa comunitaria derivada no es un mero ejercicio de rastreo de cualquier reconocimiento de mecanismos institucionales en los Estados miembros que refuercen la legislación antidiscriminatoria comunitaria, sino que posee un auténtico valor interpretativo y práctico, en cuanto que tales reconocimientos se asientan en una nueva forma de entender el logro de la igualdad entre mujeres y hombres en el derecho comunitario post-Ámsterdam, el papel de los Estados en la lucha contra la discriminación e incluso de la propia normativa comunitaria derivada ¹⁹.

Sobre esta nueva normativa antidiscriminatoria, las posiciones doctrinales han entendido que se ha producido un nuevo paradigma en el Derecho comunitario.

¹⁸ REVILLA ESTEVE, E., «Comentario a las modificaciones introducidas por la Directiva 2002/73/CE...», *op. cit.*, pág. 52.

¹⁹ En la actualidad, se habla de superación conceptual de la distinción dogmática absoluta entre obligación de resultados, y libertad de forma y medios. Véase, PUERTA DOMÍNGUEZ, E. M., *La directiva comunitaria como norma aplicable en derecho*. Granada, 1999, págs. 125, 477 y ss.

Así, un importante sector de la doctrina anglosajona sostiene que el establecimiento de una serie de tareas a los Estados miembros es acorde con el denominado «nuevo paradigma de la política social comunitaria»²⁰; bajo el cual, y como punto de comienzo de una común refundación de las diversas garantías contra la discriminación, se lleva a cabo un acercamiento horizontal en cuanto al reconocimiento y tareas comunes de todas las Agencias de la mujer en todos los Estados miembros, para, una vez armonizada dicha materia, llevar a cabo posteriores medidas verticales que toquen más temas específicos de cada una de las discriminaciones²¹.

En el caso de la discriminación por razón de sexo, las medidas verticales estarían relacionadas con la que constituye la medida principal y protagonista en este tipo de discriminación: las acciones positivas (o discriminaciones inversa). Estas actuaciones verticales van destinadas a compensar situaciones de desventaja inicial sufridas por un grupo de personas del mismo sexo. En la efectividad de puesta en marcha de estas acciones positivas, los organismos públicos tienen un papel principal en su triple tarea de aconsejar determinadas acciones positivas en determinados sectores, investigar la efectividad de las mismas y asistir a los organismos públicos, y a las mujeres que lo soliciten, en su aplicación práctica.

En este sentido, al establecer por la Directiva una obligación institucional o de medios a los Estados miembros (art. 8 bis Directiva 2002/73/CE), parece variar el esquema y misión de las Directivas, pues ya no se encuentran obligados sólo en el resultado. Como se conoce, la Directiva se define en el artículo 249 del TCE en contraposición al concepto de Reglamento comunitario. Así, se establece que existe un margen de discrecionalidad por los Estados miembros para trasponer las previsiones de la Directiva y lograr armonizar la materia. Es esta parte, la de los resultados, la indisponible para los Estados. Ellos se encuentran obligados sólo respecto del resultado a conseguir en el plazo establecido. En el artículo 8 bis de la Directiva 2002/73/CE, al igual que en el artículo 13 de la Directiva 2000/42, la obligación de crear el organismo responsable se completa con la obligación por los Estados miembros de garantizar que aquéllos lleven a cabo tres tareas básicas. Respecto a las tres competencias de dichos Organismos, los Estados miembros deberán asegurar que entre las tareas de estos organismos figuren, como mínimo, las siguientes:

- a) Prestar asistencia independiente a las víctimas de discriminación a la hora de tramitar sus reclamaciones por discriminación²².
- b) Realizar estudios independientes sobre la discriminación.

²⁰ SZYSZCZAK, E., «The new paradigm for social policy: a virtuous circle?» en *Common Market Law Review*, núm. 38, 2001, pág. 1.160.

²¹ BELL, M. «Equality and diversity: Anti-discrimination law after Amsterdam» en SHAW (Ed.) *Social Law and Policy in an Evolving European Union*. Hart, 2000.

²² Véase *supra*, en el comentario al artículo 13 de la Directiva 2000/43, lo comentado respecto a la actividad simultánea víctima y asociaciones. El ejercicio de esta tarea de asistencia integral se realizará sin perjuicio del derecho de víctimas a reclamar individualmente y de las asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas de actuar como co-adyuvantes de la víctima (según se contempla en el apartado 3 del art. 6 de la Directiva).

- c) Publicar informes independientes y formular recomendaciones sobre cualquier cuestión relacionada con dicha discriminación.

Ahora bien, en esta obligación instrumental prevista en ambas Directivas, no se aprecia la obligación por parte de los Estados miembros de crear Organismos independientes del poder público estatal, sino que esas tareas se ejerciten de forma independiente ²³.

Por último, la mención expresa por la normativa comunitaria y su trasposición legal posterior de estas tareas será lo que otorgue, en los países de tradición jurídica continental, al Organismo responsable un interés legítimo para asistir a la víctima de discriminación. Dicho interés legítimo habrá de tener semejante alcance procesal de defensa a la víctima ²⁴, puesto que es idéntico en ambas Directivas. Sin embargo, la clave a la hora de determinar el grado de legitimación procesal así como las formas de actuación del Organismo responsable vendrá determinado por la indagación de los caracteres con que la normativa comunitaria define a los organismos responsables y cómo entiende la tarea de asistencia la víctima; la indagación de estos caracteres va a condicionar el alcance del concepto de interés legítimo, aplicado a la asistencia a la defensa institucional a la víctima de discriminación por razón de sexo ²⁵.

3. CARACTERES CON QUE LA NORMATIVA COMUNITARIA DEFINE A LOS ORGANISMOS RESPONSABLES DE LA PROMOCIÓN DE LA IGUALDAD DE TRATO

Hay que partir de un hecho previo, numerosos Estados miembros ya cuentan con un organismo para la promoción de la igualdad específico para la discriminación por razón de sexo, o global para todas las causas de discriminación. La Directiva 2002/73/CE tiene en cuenta esta realidad previa. De ahí que, a fin de contemplar los diversos modelos de organismos para la promoción que existen en los diversos Estados miembros, se faculta a que cada Estado miembro opte a la hora de designar dicho organismo para la igualdad: bien por un organismo de igualdad en general, o bien por un organismo específico y especializado exclusivamente en la discriminación por razón de sexo. Como ya se apuntó, la elección de cada Estado por uno u otro modelo parece libre. Sin embargo, los criterios que determinarán en la práctica la elección de uno u otro tipo de organismo dependerán:

²³ FAVILLI, Chiara, «L'istituzione di un organismo per la promozione delle pari opportunità prevista dalla normativa comunitaria» en *Il Diritto dell'Unione Europea 1/2002* pág. 177. En contra, REVILLA ESTEVE, E., «Comentario a las modificaciones introducidas por la Directiva 2002/73/CE...», *op. cit.*, pág. 52.

²⁴ Incluso contemplando la compatibilidad de la actuación simultánea de la víctima de discriminación, la asociación a la que pertenece la víctima y el Organismo responsable de la lucha contra el tipo de discriminación detectada.

²⁵ Seguimos, en esta tarea de identificación de la noción de interés legítimo en los diversos procesos judiciales, el estudio de CARRASCO DURÁN, M., *Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2002.

De un lado, del modelo que mejor se adapte a su tradición jurídica nacional, determinado por la propia y previa experiencia práctica en materia de crear organismos encargados de la vigilancia, ya sea en el plano local o nacional, de la igualdad de oportunidades que tenga cada Estado miembro. En efecto, al igual que la forma de fomentar del diálogo social en esta materia por cada Estado miembro (art. 8 ter de la Directiva 2002/73), la elección del tipo de agencia para la igualdad de trato depende de la historia y del contexto nacional –aunque puede ser útil contar con un marco de referencia de otro país con el que compararse–, o de la existencia previa de tales organismos, sea el nivel que sea, en el Estado miembro. Así, por ejemplo, el modelo de un Organismo para la promoción de la igualdad o una Agencia para la igualdad única y genérica para todos los tipos de discriminación se adecua al ideal de «igualdad perfecta» (modelo escandinavo), pero se aleja de la situación real y los problemas concretos y específicos de la mujer. Entre éstos, se podrían citar: la adopción de medidas de acción positiva, el impulso del asociacionismo feminista, o la coordinación todos los esfuerzos públicos en el objetivo de la paridad real y no sólo formal ²⁶.

De otro lado, de que el organismo cuente con las garantías suficientes, en cuanto a su cualidad profesional y su robustez institucional, para cumplir ya no sólo las tres tareas «de mínimos» previstas en el artículo 8 bis, sino otras tareas complementarias.

Respecto a la robustez institucional del Organismo responsable en cuanto a la discriminación por razón de sexo, ésta puede ser evaluada conforme a los siguientes criterios ²⁷:

- El Organismo debe poner en marcha y llevar a cabo progresos considerables en la eliminación de la discriminación, cuantificables según los planes de igualdad y emplear, de forma coordinada al objetivo de la plena igualdad, un largo conjunto de instrumentos diversos.
- El Organismo debe ser independiente en la ejecución de las tres tareas del artículo 8 bis de la Directiva 2000/73/CE; independencia que garantizará y hará creíble tanto la tarea de asistencia a la víctima, como el resto de tareas encomendadas (estudios sobre las causas de la discriminación, y los informes y recomendaciones).
- El Organismo puede, si es preciso, estar adscrito o tener dependencia orgánica de algún Ministerio, pero dispondrá de la independencia que se le exige en el desarrollo de su actividad.
- El Organismo debe contar con poderes legales ejecutivos, presupuestarios y formular la ayuda jurídica en caso de necesidad.
- El Organismo debe coordinar el esfuerzo de las asociaciones que defienden la igualdad y luchan contra la discriminación por razón de sexo, no sustituirlas.

²⁶ Problemas que, en determinados países del mediterráneo, exigirán para su mejor resolución dar preferencia a un Organismo o Agencia separada y específica, encargada de la discriminación por sexo y comprensible además con otros motivos de discriminación añadidos (mujer y discapacidad, y raza, y etnia...).

²⁷ L'Europe contre la discrimination: conference du Brussell 2001. Commission Européenne DG 4.

- El Organismo debe ser accesible y coordinado a nivel local (con oficinas descentralizadas u organismos similares en las Comunidades Autónomas).
- El Organismo debe buscar, canalizar y realizar un seguimiento de la financiación de programas específicos para la mujer contando con el valor añadido de otras agencias estatales y de los colegios de abogados.
- El Organismo debe ser un organismo de Derecho público, en lo que se denomina la morfología jurídica del Organismo responsable. Morfología que determina su legitimación en defensa de los Derechos Fundamentales.

Dentro de ámbito de actuación de la Directiva 2002/73/CE, las ventajas de un Organismo responsable especializado en la discriminación por sexo, frente a otro generalista, serían, en lo que a la asistencia y defensa de la víctima, entre otras, las siguientes:

- El conocimiento más completo de las características y los problemas específicos de la asistencia a la mujer víctima de una discriminación por sexo.
- Un más claro objetivo y propósito de asistencia a la mujer. Al tener el Organismo responsable un designo determinado en la causa de discriminación por sexo, su trabajo es más profundo y efectivo.
- Los recursos humanos y económicos son empleados en exclusividad en la asistencia a la víctima por discriminación sexual o de género ²⁸. Lo que posibilita conocer mejor el esfuerzo personal y económico y medir mejor los resultados. Igualmente, se pueden coordinar en ese punto de los recursos las políticas de varias agencias.
- No hay jerarquía en la asistencia a la víctima. La asistencia se produce ante la discriminación por razón de sexo, causa que puede ir añadida a otras causas de discriminación sobre la mujer (p. ej.: mujer y raza, discapacidad), situaciones que requieren, en esos casos, un trato particular para esos determinados colectivos de mujeres que precisan de mayor apoyo y asistencia.
- Se coordina la asistencia a la víctima en una pluralidad de campos de actuación. No sólo 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. Todo ello, de acuerdo con el principio de *mainstreaming*.
- Habría una coordinación más eficaz la información exterior, con participación en foros e instituciones transnacionales dedicados al estudio internacional de la paridad, y donde se discuta sobre la defensa y asistencia especializada a la víctima de discriminación laboral por razón de sexo.

²⁸ Asimismo, la agencia es un interlocutor que se responsabiliza de las ayudas económicas y centraliza los programas e iniciativas de empleo de las mujeres en la Unión Europea (provenientes de los fondos de cohesión, de la iniciativa comunitaria *Now*).

Una vez analizadas las características que la Directiva 2002/73/CE fija al legislador nacional a la hora de cumplir con la obligación de reconocer un Organismo responsable de fomentar para la igualdad de oportunidades, corresponde indagar si, en nuestra legislación interna, dicho Organismo responsable (léase, Instituto de la Mujer ²⁹) podría llevar a cabo las tres tareas que establece el actual artículo 8 bis de la reformada Directiva 76/207/CEE y, en particular, con la tarea de asistencia (integral) a la víctima de la discriminación.

4. LA TAREA DE ASISTENCIA (INTEGRAL) A LA VÍCTIMA DE LA DISCRIMINACIÓN

La asistencia integral a la víctima de discriminación por sexo por parte del Organismo responsable de la promoción de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres se materializa, principalmente, con la puesta en marcha de medidas *ex ante* a la producción de la discriminación y, en menor medida, con la puesta en marcha de medidas *ex post*.

En los países de tradición jurídica continental, como es el nuestro, el papel de asistencia *ex post* a la víctima de la discriminación se lleva a cabo por los letrados adscritos a los «turnos de oficio» de los Colegios de Abogados ³⁰, y por aquellos agentes u organizaciones que tienen reconocida la actuación procesal coadyuvante a la víctima cuando la víctima tenga la condición de asociada.

En España ni la Inspección de trabajo ni el Instituto de la Mujer tienen atribuido expresamente el poder de ayuda judicial a la víctima de discriminación; contrariamente a lo que sucede en otros Estados miembros donde el Organismo para la promoción de la igualdad de oportunidades tiene reconocidas competencias en materia de mediación y asistencia a la víctima de discriminación.

En algunos de estos Estados miembros existe una *Autoridad* específica que realiza una labor de asistencia y seguimiento. En Gran Bretaña, Irlanda y Holanda existen Comisiones para la igualdad de oportunidades con funciones de asistencia legal a la víctima de discriminación ³¹.

²⁹ El Instituto de la Mujer se creó por la Ley 16/1983, de 24 de octubre (reformada en mayo de 1997), de creación del organismo autónomo del Instituto de la Mujer. Este organismo, aunque encuadrado dentro del Ministerio de Trabajo, y en particular dentro de la Secretaría de Estado de Igualdad, tiene la consideración de organismo autónomo.

³⁰ A través de la defensa y representación procesal independiente se presta por los Colegios de Abogados asistencia a la mujer víctima de discriminación. Las instituciones de la Abogacía (Colegios de Abogados y Consejo General) garantizarán que la prestación de este servicio público del turno de oficio lo sea con las máximas garantías para el justiciable en las mejores condiciones. Para ello, a los letrados se les exige la realización de un curso de 150 créditos, y en los temas de mujer y violencia doméstica, además un curso específico. Todo ello unido a una experiencia profesional de dos años (y cinco para turnos especiales).

³¹ En el Reino Unido, la *Sex Discrimination Act* de 1975 creó la *Equal Opportunities Commission*; En Holanda, la Comisión para la igualdad de trato (*Commissie Gelijke Behandeling*), creada en 1994 (bajo el mandato de la Ley para la Igualdad de Trato) por el gobierno con la misión de asegurar la protección integral a la víctima de discriminación por todas las causas que establece la Ley. En Irlanda, la Autoridad para la Igualdad (www.equality.ie) creada en octubre de 1999. Para un estudio en detalle de todos los organismos en los diversos Estados miembros, <http://perso.wanadoo.es/despachopozo/informeallear.pdf>

En todo caso, el fundamento para la creación de esta asistencia legal institucional se basa en la posición de parte débil del proceso judicial de la víctima de discriminación. La misión que ha de cumplir, en esta situación *ex post*, una Comisión para la igualdad de oportunidades es la relativa al reforzamiento y canalización procesal del principio de igualdad, tratando de garantizar que el derecho al acceso al proceso sea efectivo y evitando que la reglamentación procesal compleja, larga y abusiva terminen siendo una serie de requisitos que acaben con las esperanzas de la víctima de la discriminación, en lugar de vehículo que garantiza el principio de igualdad y no discriminación³². De esta forma, la Comisión para la igualdad tiene previstos procesos de mediación en su propia sede, labores de investigación, o incluso llevando a cabo una comunicación con el empresario. Esta opción por la resolución extrajudicial la contempla, para todos los Estados miembros, el artículo 6 de la Directiva. Ahora bien, de introducirse en nuestra legislación habría que tener en cuenta, como se analizó en el apartado 1 de este trabajo, tanto la garantía judicial de ejecución a lo acordado en la solución extrajudicial, como adecuar las estructuras procesales a fin de permitir esta conciliación en defensa de los Derechos Fundamentales.

5. LA INTERVENCIÓN ACTIVA EN EL PROCESO LABORAL ESPAÑOL DEL ORGANISMO REPRESENTATIVO, ASISTIENDO Y DEFENDIENDO A LA VÍCTIMA DE DISCRIMINACIÓN

La nueva tarea encomendada a los organismos representativos de los Estados miembros de tradición jurídica continental que no prevén, salvo algún caso concreto³³, la asistencia a la víctima o defensa jurídica *ex-post*, nos lleva a abundar en el estudio de una materia compleja como es la legitimación procesal de dicho Organismo responsable en el proceso laboral español y, en concreto, en la defensa y tutela del derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo. Para ello, vamos a analizar dos supuestos de intervención del Organismo responsable. Uno, la intervención activa en el proceso y otro, la intervención sustitutiva, presuntiva o de asesoramiento.

5.1. La intervención del Organismo responsable asistiendo a la víctima.

La legislación procesal reconoce legitimación activa a los titulares de un derecho o relación jurídica que se trae al proceso (art. 17 LPL) y a quienes aduzcan un *interés legítimo* (art. 175 LPL). Como se observa, la normativa procesal laboral hace del interés legítimo y el derecho individual los ejes en torno al cual se lleva a cabo la regulación de la legitimación, lo cual resulta conforme con la

³² VILÁ, B., «El principio de igualdad/no discriminación por razón de sexo: aplicación del derecho comunitario y su acción sobre los derechos internos» *Revista Jurídica de Catalunya* núm. 4, 1986, págs. 192-193.

³³ Es el caso de Italia con la creación de «il consiglieri di parità» por el artículo 8 de la ley de 10 de abril de 1991, núm. 125 y modificada, en parte, por el Decreto Legislativo 196/2000. Véase, FRANCA BORGOGELLI. «I consiglieri di parità» en «Legge 10 aprile 1991, N.125, Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro», a cura di T. TREU e M.V. BALLESTRETTO, en la revista *Le nuove leggi civili commentate*, 1994, págs. 143-162.

interpretación que el Tribunal Constitucional realiza del derecho al acceso a los tribunales (art. 24 CE)³⁴ y con el requisito de legitimación para acceder al recurso de amparo (art. 43 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, LOTC).

Hay que realizar una precisión en torno a los conceptos interés legítimo y titularidad del derecho por parte de las personas jurídico-públicas. Pues, como la doctrina ha señalado³⁵, resulta perfectamente posible entablar un recurso de amparo en defensa de derechos ajenos por poseer la Organización colectiva legitimación para solicitar el auxilio constitucional (art. 44 LOTC), pero esta legitimación por interés legítimo colectivo es independiente de la titularidad del derecho fundamental que puede recaer en un sujeto individual o en la propia Organización.

De lo anterior se deduce que la intervención principal del Organismo representativo en un proceso laboral se producirá por dos vías legitimadoras: de una parte, el Organismo responsable debería ser titular del derecho a luchar contra la discriminación producida. Por ejemplo, la Administración pública cuando es empresario³⁶. Aquí, el auxilio judicial sólo lo solicitará cuando la gravedad de los hechos discriminatorios no alcance la sanción que puede imponer con su *potestas* pública.

De otra parte, en lo que es el supuesto más común, el Organismo responsable debería tener la titularidad de un interés legítimo. La actuación principal (legitimación activa) en el proceso laboral del Organismo responsable de la promoción de la igualdad dependerá, pues, de la amplitud del alcance del concepto «interés legítimo» en estos supuestos de discriminación por razón de sexo. En otras palabras, la limitación de la legitimación activa del Organismo responsable vendrá dada por la concurrencia de tres elementos. Uno, la propia naturaleza del derecho, tanto de la asistencia (integral) a la víctima (art. 8 bis de la Directiva 2002/73/CE) como del acceso al proceso sin indefensión (art. 24 CE). Dos, por la morfología jurídica del organismo. Tres, por la ejecución de poder público, o no.

Entrando en el estudio de la primera condición, la propia naturaleza del derecho, la normativa comunitaria prevé esta tarea de asistencia (integral) a la víctima, correspondiendo al Organismo responsable de su efectivo logro. En este sentido, el Organismo es titular potencial de la utilidad jurí-

³⁴ STC 74/1996, de 30 de abril (los comités de empresa no son *titulares del derecho* a la libertad sindical), STC 101/1996, de 11 de junio (los sindicatos poseen legitimación para la defensa de los *intereses* económicos y sociales que les *son propios*).

³⁵ Véase, LASAGABASTER, I., «Derechos fundamentales y personas jurídicas de Derecho Público», En *Estudios sobre los derechos fundamentales de las personas jurídico-públicas: su influencia sobre nuestra doctrina constitucional. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, T.II Civitas. Madrid, 1991 pág. 656.

³⁶ Así se ha previsto en la normativa gallega: la LGPI, dentro del Título II dedicado a «Las condiciones de empleo en la Administración pública gallega» la cual, en sus apartados 1 y 3 del artículo 51, prevé que «1. Si la persona denunciante no se considera satisfecha en la solución alcanzada en el procedimiento informal (...), si no consideró aconsejable acudir al procedimiento informal de solución o, en todo caso, si los hechos revistieran caracteres de delito (...), se incoará un procedimiento disciplinario contra la persona denunciada, (...) sin perjuicio, si los hechos revistieran caracteres de delito (...), de comunicar los hechos al juzgado de instrucción o al ministerio fiscal (...); 3. La denuncia se podrá formalizar ante el asesor o asesora confidencial, quien la pondrá en conocimiento del órgano competente para incoar el procedimiento disciplinario».

dica de la erradicación de la discriminación producida, y que se materializaría si el tribunal accede a lo solicitado por el Organismo³⁷. Aparece una duda respecto de esta titularidad de un interés legítimo en la lucha judicial contra una discriminación individual o colectiva por parte del Organismo responsable, si el legislador interno ya ha otorgado al Organismo una serie de potestades, (por sí mismo o de forma mediata –a través de la remisión de la denuncia a la Inspección de trabajo–), para hacer efectiva la asistencia a la víctima, ¿Por qué el Organismo responsable va a reclamar la legitimación activa?, o si el Organismo por sí o por medio de otros puede ejecutar el propio patrimonio del empresario que ha discriminado ¿Por qué necesita acudir al proceso judicial? ¿No será el empresario quién reclame el Derecho fundamental *no bis in idem*? En definitiva, Si se ha previsto un sistema institucional de sanciones administrativas en los casos de discriminación por razón de sexo (art. 40, en relación con el art. 8.12, de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social), ¿Qué utilidad jurídica obtiene el Organismo al acudir a los tribunales? La respuesta la encontramos en el artículo 8 bis de la Directiva 2002/73/CE en la atribución de una individualidad singular al Organismo en lo relativo a la defensa (*ex-ante* y *ex-post* del hecho discriminador) de la víctima, lo que genera en él intereses propios. El Organismo pasa a ser un medio en aras de dar plenitud al derecho de las mujeres a disfrutar del valor de la igualdad y no sufrir discriminaciones por razón de su sexo; de materializarse en la práctica, el Organismo obtiene su utilidad jurídica pues ha puesto en marcha todos los mecanismos de reparación a la discriminación, cumpliendo con ello su tarea de asistencia a la víctima.

El interés legítimo es colectivo porque colectivo es el propio sujeto público que tiene la titularidad potencial de la utilidad jurídica de la lucha contra la discriminación. Es un interés legítimo real porque la actuación del Organismo tendrá repercusión sobre la situación jurídica de discriminación que sufre una mujer o las mujeres en el marco de la relación laboral. Por lo que no valdría una sentencia meramente declarativo o pro-futuro³⁸. Por último, es un interés legítimo al tiempo de solicitar la actuación judicial, pues la discriminación se ha mostrado en el momento actual, tratando peyorativamente a una trabajadora frente a un hombre sólo por razón del sexo.

Para realizar este bien jurídico de combate contra la discriminación por razón de sexo, las potestades y prerrogativas con las que el legislador ha creado el Organismo no son ilimitadas. Algunas de ellas precisan del auxilio judicial (leáse, eliminar la discriminación normativa; o la restitución de la situación anterior, en las relaciones jurídicas entre particulares), otras se muestran insuficientes para reparar la situación o para vencer la resistencia de los sujetos incumplidores.

³⁷ Para un estudio de la doctrina constitucional, SAEZ LARA, C., *La tutela judicial efectiva y el proceso laboral*, Civitas. Madrid, 2004, pág. 125. Véase la STC 195/1992, de 16 de noviembre.

³⁸ Así, no existe un interés jurídicamente relevante cuando la estimación de las pretensiones de los funcionarios actores (que impugnan las bases de un concurso) no alcanzaría a producir modificaciones de la situación jurídica de aquéllos, bien porque no se hubieran presentado al concurso, o bien porque la aplicación a los baremos y bases de las correcciones propuestas no fueran suficiente para alterar el resultado del mismo (STC 167/1986 y 363/1993). Véase, CARRASCO DURÁN, M., «Examen jurisprudencial del concepto de interés legítimo...», *op. cit.*, pág. 239.

En efecto, dado que estas prerrogativas son limitadas –bien porque las sanciones que puede imponer no son disuasivas, bien porque no se consigue la restitución de la igualdad, o bien porque escapan a la acción del propio Organismo representativo–, parece preciso que el Organismo responsable, de forma independiente, paralela o subsidiariamente a la víctima, inste la acción judicial. Acceso al recurso jurisdiccional al objeto de lograr la satisfacción del bien jurídico (no discriminación sexual) cuya consecución no se alcanza exclusivamente a través de un recurso judicial aislado. (por ej.: la discriminación normativa, que está fuera del alcance del recurso individual; o la inacción de la víctima de un acoso discriminatorio).

Con esta exposición, también se ha entrado a analizar la segunda y tercera de las condiciones impuestas para ostentar legitimación activa, relativa a la morfología del Organismo y el ejercicio de poder público o no, que bajo las anteriores condiciones de limitación de acción tendrá, aún su naturaleza de persona jurídica-pública, legitimación activa³⁹. Dentro del ejercicio del poder público, en los supuestos de discriminación, hay que destacar la figura especial del Ministerio fiscal, que es parte en el proceso bajo la figura de la adhesión simple⁴⁰ (art. 181 LPL en relación con el 175 LPL).

En resumen de todo lo anterior, el Organismo responsable tiene la titularidad de un interés legítimo en los siguientes supuestos:

Por una parte, cuando el interés público no se ve colmado a pesar de atenderse la denuncia, pues los efectos continúan a pesar de la sanción de la Autoridad laboral –para lo cual el organismo público tiene la posibilidad de instar la vía penal, conforme al art. 314 del Código Penal–.

Por otra parte, cuando la sanción administrativa no ha restaurado todas las consecuencias del acto discriminatorio, para lo cual el Organismo público debe solicitar al Juez la eliminación *erga omnes* del acto empresarial y el restablecimiento de la situación previa a la discriminación⁴¹.

³⁹ El derecho a la tutela judicial efectiva alcanza a los Organismos representativos (personas jurídicas) de Derecho privado, véase, STC 19/1983, de 14 de marzo, y 53/1983, de 20 de junio. Más difícil resulta su reconocimiento en los organismos de Derecho público, los cuales son excluidos de los avances experimentados en la aplicación de los Derechos Fundamentales a las personas jurídicas. Véase, CIERCO SEIRA, C., «El Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de las Administraciones Públicas» En *Revista Poder Judicial*, núm. 69/2003, pág. 97.

⁴⁰ Su actuación en el proceso laboral será como legitimado *ad causam* por tener legalmente reconocida la defensa del interés público que se lesiona por el acto empresarial discriminatorio, sin perjuicio de una imputación delictiva por lesión de un Derecho Fundamental –facultad esta que no tiene la trabajadora discriminada o el sindicato al que ella se encuentre afiliada dado el limitado objeto de la acción que prevé el art. 176 LPL– o recurso al Tribunal Constitucional. Por esta doble intervención del Ministerio Fiscal, por un lado, como acusador público en un futuro proceso penal y, por otro lado, como guardián de las garantías constitucionales interviniendo los procesos judiciales –ordinarios o constitucionales– de amparo, se ha calificado su actuación como peculiar y paradójica.

⁴¹ Estas dos últimas posibilidades de intervención de los Organismos públicos no se encuentran previstas expresamente en la Ley procesal, debiendo ser la jurisprudencia quien, al igual que sucedió con la intervención de la Inspección en los procesos de oficio, reconozca la legitimación activa derivada de ese interés público de acudir a los tribunales para poder eliminar todas las consecuencias de la discriminación, más allá de la acción que puede realizar la Autoridad laboral. La intervención que se propone lo es a título de *lege ferenda* pero sobre la base un interés suficiente en la materia puesto que las consecuencias del acto o cláusula discriminatoria aún perduran.

5.2. Otras formas de intervención del Organismo responsable defendiendo a la víctima.

Aparte del futuro título de interés legítimo del Organismo responsable en el proceso laboral en defensa de la víctima de una discriminación por razón de sexo, la Ley procesal ya reconoce otros títulos de intervención bajo los que pueden actuar los Organismos públicos. Las diferentes situaciones procesales que adoptan en el proceso (intervención adhesiva, sustitutiva, o como Organismo experto) van unidas a otras respectivas facultades de actuación procesal de acuerdo con esos diferentes títulos y situaciones procesales (por ej.: posibilidad de recurrir, o no).

La regla de la legitimación no permite que el Organismo responsable sustituya a la mujer víctima titular del derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo. Por este motivo, la figura de la sustitución procesal debe interpretarse restrictivamente por los serios problemas que plantea su aplicación práctica ⁴², pues a la falta de previsión legal de un interés público hay que añadir la configuración que el artículo 20 de la LPL realiza de la sustitución. Así, en la sustitución procesal se presentan los siguientes rasgos legales ⁴³: a) Hay una defensa, simultánea, de intereses propios del que lleva la cabo la sustitución y de intereses particulares de la parte principal del proceso. b) Se precisa autorización de la parte principal del proceso. c) Puede existir revocación de la autorización. d) Existen garantías legales frente al uso irregular de la sustitución procesal.

Dentro de la asistencia *ex-post* que debe prestar el Organismo responsable, puede suceder que la actuación mediata sancionadora haya sido impugnada por el empresario indicando que la situación donde se ha levantado acta de infracción no constituía relación laboral. En estos casos, la intervención en este proceso de oficio es una intervención presuntiva, pues, aunque los titulares de la relación jurídica son el empresario y la trabajadora discriminada, está en juego igualmente la defensa del acta de infracción impuesta por actos discriminatorios sexistas del empresario (art. 149.2 LPL ⁴⁴). Por tanto, a pesar de la disociación que se produce entre quien presenta la demanda ante el tribunal (empresario) y quien posee la condición de parte (trabajadora y Autoridad laboral). La justificación de la intervención se encuentra en que la Autoridad laboral tiene, conforme el deber de defensa de su interés público, un indudable interés en las resultas del proceso ⁴⁵.

⁴² Se podría pensar que, igual que recientemente se ha reconocido a las personas jurídicas habilitadas la defensa de los intereses colectivos (art. 19 de la Ley 51/2003 y art. 31 de la Ley 63/2003 para los supuestos de discriminación por discapacidad y raza, respectivamente), podría igualmente reconocerse a los Organismos responsables de la promoción de la igualdad.

⁴³ SAEZ LARA, C., *La tutela judicial ... op. cit.*, pág. 161.

⁴⁴ El procedimiento de oficio es una especie de cuestión prejudicial devolutiva. El proceso de oficio admite el requerimiento realizado por la autoridad laboral a los Tribunales laborales para que se pronuncien sobre la alegación del sujeto infractor en la contestación al acta de infracción de la Inspección de trabajo respecto de la incompetencia social (o respecto de la naturaleza no laboral de la relación jurídica que ha objeto de sanción).

⁴⁵ De igual forma, y aunque la cuestión respecto a quién está legitimado es un supuesto de mera legalidad, el Tribunal Constitucional, a través del canon de la razonabilidad de la sentencia de los Tribunales ordinarios, ha entendido que los sindicatos también pueden personarse en dicho procedimiento de oficio, dado el interés colectivo y constitucional en el mantenimiento del acta de infracción por lesión de los derechos fundamentales (STC 215/2001, de 29 de octubre). Véase, SÁEZ LARA, C., *La tutela judicial ... op. cit.*, pág. 165.

Por último, puede existir una intervención de asesoramiento. Esta intervención, a través del trámite procesal «para mejor proveer», se concreta en el dictamen sobre la discriminación por sexo del Organismo público competente (art. 95 LPL). El apartado tercero del artículo 95 de la LPL hace referencia a la facultad que tiene el órgano judicial para solicitar un informe especial al Organismo público competente para traer su opinión al proceso ya iniciado y donde se ha suscitado una cuestión de discriminación por razón de sexo ⁴⁶. De esta forma, el artículo 95.3 de la LPL prevé expresamente esta petición de dictamen jurídico como una diligencia para mejor proveer del juez en orden a considerar la existencia de una discriminación alegada en un proceso ya iniciado.

En cuanto a su naturaleza procesal, este informe es un medio de prueba que trae al proceso la interpretación jurídica de una discriminación –indirecta– por sexo. Esta opinión del Organismo público sería difícil de aportar por otra vía que no sea por requerimiento del juzgado al mismo para que elabore el dictamen-informe jurídico requerido.

En cuanto a los sujetos encargados de evacuar el dictamen, el artículo 95.3 de la LPL no identifica cuáles serán éstos, sino que lo deja a la determinación que en su caso se realice: «Organismos públicos competentes» dice, por eso habrá que suponer que engloba tanto a la Inspección de Trabajo ⁴⁷, como a los diversos Institutos de la Mujer –nacional y de las Comunidades Autónomas ⁴⁸, así como al Servicio Jurídico del Estado.

6. LA ASISTENCIA A LA VÍCTIMA Y OTRAS FORMAS DE INTERVENCIÓN DE LOS ORGANISMOS RESPONSABLES DE LA PROMOCIÓN EN LA LEY 7/2004, GALLEGA, PARA LA IGUALDAD DE MUJERES Y HOMBRES

La LGPI prevé que el Servicio Gallego de Promoción de la Igualdad del Hombre y de la Mujer, en el marco de las relaciones laborales, será informado de los resultados de la actuación judicial de impugnación de Convenio colectivo instado por la Autoridad laboral (art. 45). Hay que indicar que, como ha señalado recientemente la jurisprudencia ⁴⁹, la única legitimada para solicitar la impugna-

⁴⁶ Tras la reforma de la Ley procesal laboral por la Ley 63/2003, de Medidas, parece una interpretación contraria al derecho de defensa el limitar el dictamen de referencia exclusivamente a las discriminaciones por sexo y no a situaciones mixtas de discriminación por sexo y raza, o sexo y discapacidad.

⁴⁷ La competencia de estos órganos, se concreta: para la Inspección en el artículo 3.2 y 10 de la Ley 42/1997 Ordenadora de la Inspección de Trabajo (LOIT) y para el Instituto de la Mujer en el artículo 2.9 de la Ley 16/1983; y se complementa con el deber de colaboración con la Administración de justicia que impone el artículo 118 de la CE y el artículo 17 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

⁴⁸ La LGPI, en su artículo 26, establece: «la Xunta de Galicia, a través del organismo competente a este efecto (Servicio Gallego de Promoción de la Igualdad del Hombre y de la Mujer), cumplimentará, en relación con los procesos judiciales donde se suscitara una cuestión de discriminación por razón de sexo, el dictamen requerido por el juez o jueza o por el tribunal a quien esté atribuido su conocimiento».

⁴⁹ STS 9 de abril de 2003. Comentada por SÁEZ LARA, C., *La tutela judicial... op. cit.*, pág. 142.

ción judicial del Convenio es la autoridad laboral del respectivo ámbito del Convenio, y no el Organismo responsable de la igualdad (Servicio Gallego de Promoción de la Igualdad del Hombre y de la Mujer), que será sólo informado del resultado.

Por otro lado, y ya dentro del terreno del trabajo en la propia administración gallega (Título II: Las condiciones de empleo en la administración pública gallega), la ley prevé una serie de medidas de prevención del acoso sexual discriminatorio. Por una parte, en el artículo 48 la propia administración pública gallega garantiza: a) Una la declaración de principios de la administración, b) Garantías de información y de compromiso, c) Actuaciones de explicación del amparo o tutela extrajudicial y, d) Creación, en cada unidad administrativa o en cada centro de trabajo, del *asesor o asesora confidencial*.

En concreto, la Administración adoptará la medida del establecimiento y puesta en marcha de un procedimiento (extrajudicial) informal de solución ⁵⁰. El asesor/a confidencial tendrá entrevistas con la persona denunciante y el denunciado. A este último le informará de la queja, le requerirá información de su proceder y le conmitará a que cese ese comportamiento, a fin de no iniciar un expediente disciplinario.

La tarea más importante de este asesor confidencial, desde el punto que nos interesa en este estudio, es la previsión respecto a que si la discriminación reviste matiz penal, cambia la función del asesor confidencial, el cual pondrá la queja en conocimiento del órgano competente para incoar el procedimiento disciplinario administrativo (art. 50.4 LGPI), al tiempo que habrá de comunicar los hechos al juzgado de instrucción o al ministerio fiscal (art. 51.1 *fine* LGPI).

Si los hechos discriminatorios se enmarcasen en el plano laboral, es decir, si los hechos no revistieran caracteres de delito perseguible de oficio o mediante querrela o denuncia del ministerio fiscal, el asesor confidencial entrará en contacto, de forma confidencial, con la persona denunciada, solo o en compañía de la persona denunciante, a elección de ésta, para manifestarle la existencia de una queja sobre su conducta y las responsabilidades disciplinarias en que, de ser ciertas y de reiterarse las conductas denunciadas, la persona denunciada podría incurrir (art. 50.3 LGPI). Si la víctima de discriminación no considera cerrado el asunto en esta vía conciliadora, bien por entender insuficientes las explicaciones ofrecidas, o bien por producirse reiteración en las conductas denunciadas, si no consideró aconsejable acudir al procedimiento informal de solución, (...) se incoará un procedimiento disciplinario contra la persona denunciada (art. 51.1 LGPI).

Junto a esta función conciliadora, el asesor confidencial podrá proponer a la dirección del centro las recomendaciones oportunas para una mejor prevención del acoso sexual, debiendo la dirección asumir las propuestas adecuadas al marco normativo vigente (art. 50.5 LGPI).

⁵⁰ A través de la negociación colectiva con la representación del personal funcionario y laboral se podrán mejorar las condiciones de prevención y de sanción del acoso sexual establecidas en los artículos 47 a 52 de la presente Ley, y, en especial, se podrán ampliar las prerrogativas y las funciones de los asesores o asesoras confidenciales (disp. adic. cuarta).

ANEXO 1. LEY 7/2004, DE 16 DE JULIO, GALLEGA, PARA LA IGUALDAD DE MUJERES Y HOMBRES (LGPI)

(Publicada en el «Diario Oficial de Galicia» de 3 de agosto de 2004; y en el BOE de 21 de septiembre)

TÍTULO PRELIMINAR**CAPÍTULO I**

Disposiciones generales

CAPÍTULO II

El principio de transversalidad

TÍTULO I. LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA XUNTA DE GALICIA**CAPÍTULO I**

La educación y la formación para la igualdad entre mujeres y hombres

CAPÍTULO II

Igualdad de oportunidades y medios de comunicación

CAPÍTULO III

La erradicación del uso sexista del lenguaje

CAPÍTULO IV

La violencia contra las mujeres

CAPÍTULO V

El Plan integral de apoyo a la familia

CAPÍTULO VI

La igualdad laboral entre mujeres y hombres

CAPÍTULO VII

La inserción social de las mujeres en situación de exclusión social

CAPÍTULO VIII

La participación de las mujeres en el desarrollo rural

CAPÍTULO IX

La colaboración autonómica con las corporaciones locales

TÍTULO II. LAS CONDICIONES DE EMPLEO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA GALLEGA**CAPÍTULO I**

El acceso al empleo público gallego

CAPÍTULO II

La igualdad retributiva en el empleo público

CAPÍTULO III

Los derechos de conciliación del empleo y de la vida familiar

CAPÍTULO IV

Las medidas de prevención y de sanción del acoso sexual

CAPÍTULO V

La erradicación del acoso moral por razón de género

Exposición de motivos

La igualdad de derechos entre mujeres y hombres es una necesidad esencial en una sociedad democrática moderna que, desde todos los niveles normativos, se intenta conseguir a través de diversas medidas plasmadas en los tratados internacionales, en la normativa comunitaria, en nuestra Constitución y en la normativa legal y reglamentaria interna. También la Comunidad Autónoma de Galicia, en su campo de competencias, se comprometió, en desarrollo de las obligaciones impuestas en el artículo 4 de la Ley orgánica 1/1981, de 6 de abril, del Estatuto de autonomía para Galicia, en la defensa de la igualdad. Fruto de este compromiso surgió la Ley 3/1991, de 14 de enero, de creación del Servicio Gallego de Promoción de la Igualdad del Hombre y de la Mujer, y, en el ejercicio de sus funciones, la elaboración de hasta cuatro planes de igualdad de oportunidades de las mujeres gallegas. En la misma línea, desde 1994, se constituye, en el Parlamento gallego, la Comisión para la Igualdad y para los Derechos de las Mujeres, que elabora y emite conclusiones y dictámenes en sucesivas legislaturas, en lo relativo a esta materia.

Sin embargo, aun reconociendo los importantes logros conseguidos, la situación de desigualdad entre mujeres y hombres es un hecho notorio e indiscutible en nuestra sociedad. Ello manifiesta la necesidad de ahondar en el compromiso de la Comunidad Autónoma

de Galicia en la defensa de la igualdad y contra la discriminación. Con esta finalidad, se hace necesario ampliar el marco legal de las políticas autonómicas de igualdad entre mujeres y hombres, tanto en lo relativo a los principios de actuación como en las actuaciones concretas.

En lo que se refiere a los principios de actuación, es necesaria una ley para garantizar la vinculación de la totalidad de los poderes públicos gallegos en el cumplimiento de la transversalidad como instrumento imprescindible para el ejercicio de la totalidad de las competencias autonómicas en una clave de género, buscando conseguir, en suma, la eliminación de todas las discriminaciones directas e indirectas y de los perjuicios, causantes de dichas discriminaciones.

En lo relativo a las actuaciones concretas, la ley, en dos títulos, establece diversas medidas de defensa de la igualdad entre mujeres y hombres.

En el primero, se regula la actuación administrativa de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de igualdad, buscando, al mismo tiempo, dar cobertura legal a actuaciones en vigor y ampliar las posibilidades de actuación, con respecto a aspectos

en los que se estime necesario actuar; si bien, en aplicación de la transversalidad, no es un elenco exhaustivo, resultando factible que en el futuro se incida en otros aspectos distintos si así se considerara necesario.

En el segundo, se regulan los aspectos de la tutela antidiscriminatoria en el empleo público gallego con la intención de la asunción ejemplar, por la Xunta de Galicia, de su compromiso con el principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres con relación a la totalidad del personal a su servicio. Para ello, resulta necesario un instrumento legislativo que garantice, precisamente, la uniforme aplicación de las mejoras concedidas a las distintas clases de personal.

La aparente fragmentación de las actuaciones concretas no puede ocultar, en todo caso, la necesidad de un entendimiento armónico de todas las actuaciones, de forma que, al actuar en cada aspecto, se están mejorando simultáneamente los demás aspectos de la situación de las mujeres y se busca conseguir el pleno desarrollo de los seres humanos, a través de la participación en igualdad de ambos sexos en todos los ámbitos de desarrollo de las personas.