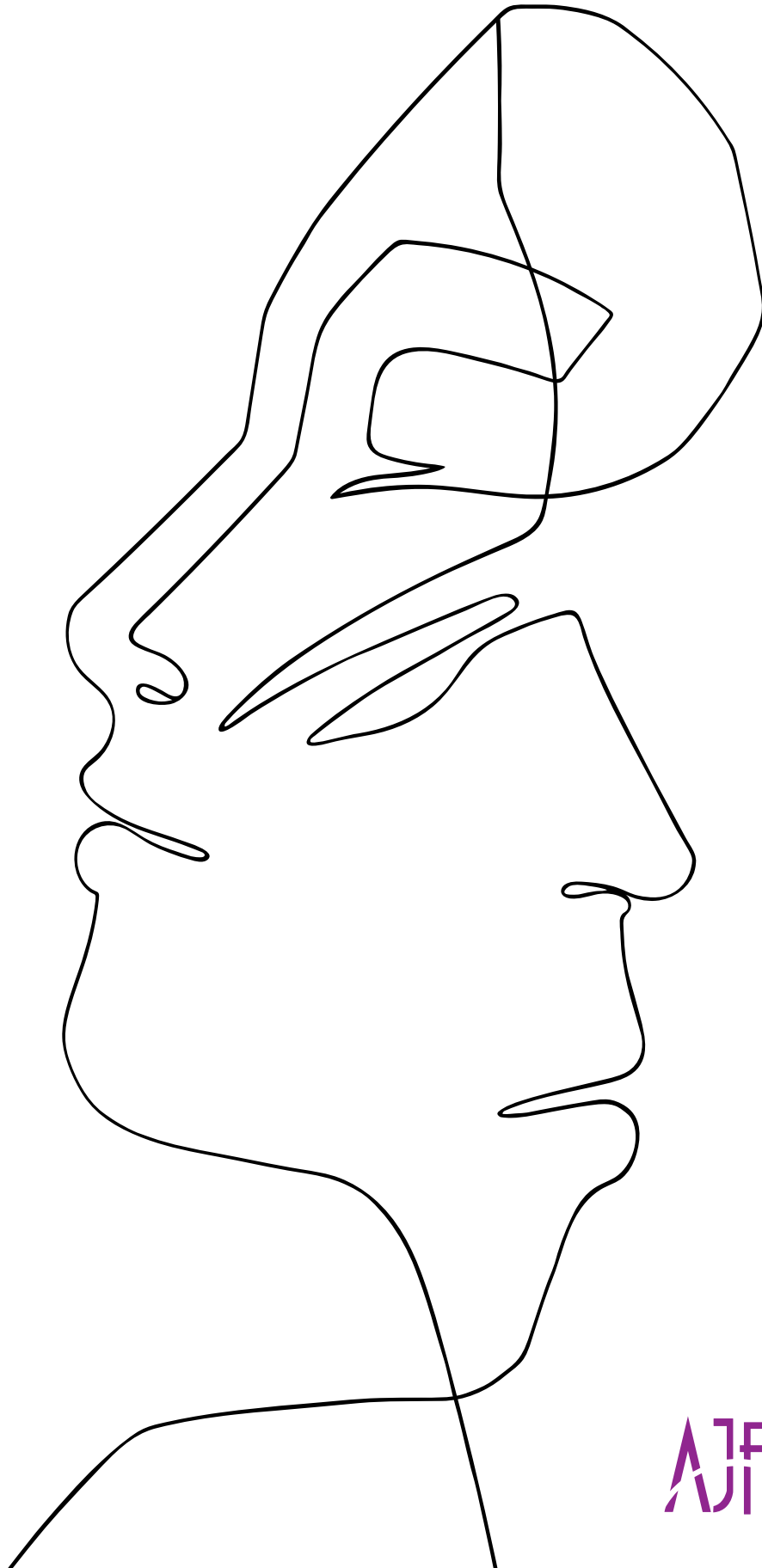


Nº1 | Octubre 2018

IGUALDAD

Revista Jurídica de Igualdad de la Asociación de Jueces Francisco de Vitoria





Índice

05 EDITORIAL

06 REFLEXIONES
Objetivo: rehabilitación

Por Cristina Molina Petit

08 DERECHO NACIONAL

Las consecuencias del Caso González Carreño contra España

Por José Fernando Lousada Arochena

12 La brecha salarial en la carrera judicial

Por Estefanía López Muñoz

15 La perspectiva de género: una exigencia de Justicia

Por María Tardón Olmos

17 EL SILLÓN DE PENSAR

Mujeres de éxito

ENTREVISTA A

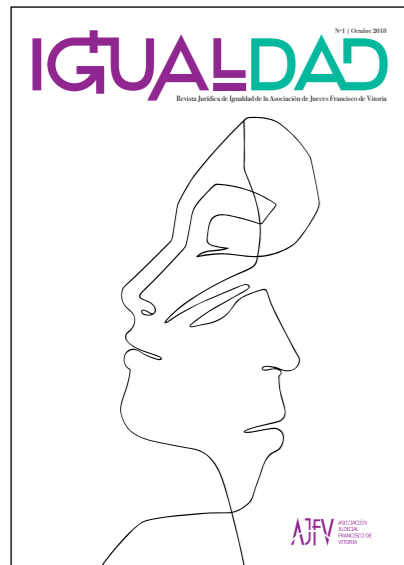
ANA BELLA ESTÉVEZ

Por Jorge Fernández Vaquero

18 RESOLVIENDO EN IGUALDAD

Por Jorge Fernández Vaquero

Nº1 | Octubre 2018

**Equipo de dirección:**

María Auxiliadora Díaz Velázquez María Tardón Olmos - Alfonso Álvarez Buylla Navarro-Jorge Fernández Vaquero Carmen Gámiz Valencia

Esta revista aceptará para su publicación aquellos artículos que sean originales e inéditos y que versen sobre igualdad en un sentido amplio y violencia de género en todas sus manifestaciones.

Se publicarán principalmente artículos de investigación, de una extensión suficiente, originales y/o técnicos. También podrán publicarse ponencias y comunicaciones en congresos, coloquios y jornadas. Con carácter accesorio, también se publicarán comentarios de sentencias o reseñas, recensiones y noticias sobre bibliografía jurídica y de otras disciplinas.

Los trabajos irán firmados por el autor o autores con nombre y apellidos (los dos apellidos de tenerlos). Se hará constar necesariamente la profesión así como la entidad o institución a la que esté inscrito el autor.

Los trabajos contendrán un resumen breve (máximo 10 líneas) del contenido o abstract en español y también, preferentemente, en inglés.

En el resumen o abstract se hará constar la cuestión que se plantea, la solución que se aporta, y se justificará la publicación del trabajo.

A continuación, se incluirán cinco palabras clave tanto en castellano como en inglés.

Los originales deberán ser remitidos al correo: revistaigualdadafv@gmail.com

Los trabajos no excederán de 10 hojas, DIN A4, de 30 líneas de texto.

Los trabajos se realizarán en word o similar, indicando a que apartado de la revista va dirigido.

Se deberán incluir en el pie de página, las citas, AUTOR/A LIBRO, N. Título, lugar de edición, editorial, año, página. AUTOR/A REVISTA, N. "Título del artículo de la revista", Revista, n.o, vol. (año), pp. 1-31.

A través de este correo el Consejo de redacción que está integrado por los miembros de la Comisión de Igualdad de la Asociación de Jueces Francisco de Vitoria atenderá cualquier solicitud o sugerencia al respecto.

El Consejo de redacción se reserva el derecho de aceptar o rechazar la publicación del trabajo, así como, en caso de que sea necesario, de sugerir al autor o autores los cambios que considere oportunos en orden al cumplimiento de los requisitos de calidad exigidos para la publicación.

Los autores de los trabajos publicados, ceden a esta revista, los derechos de explotación de sus trabajos, y, en particular, los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública de la misma. La cesión alcanza a la edición en papel, la edición en soporte electrónico, así como el acceso a las mismas por medio de telecomunicación, en la medida adecuada a las necesidades de la explotación de la obra. El autor renuncia a la percepción de toda remuneración económica por la cesión de los derechos de explotación sobre su obra y para todas las modalidades de explotación anteriormente apuntadas. El Consejo de Redacción respetará escrupulosamente los derechos de autor de contenido no patrimonial y se compromete, si se diera el caso, a no percibir otros ingresos por la publicación más que aquéllos que deban destinarse al pago del coste de producción y distribución del medio de publicación.

La Comisión de Igualdad de la Asociación de Jueces Francisco de Vitoria, no comparte necesariamente las opiniones vertidas por los autores, los cuales son los únicos responsables de los mismos.

Editorial

Una mujer, una víctima, una noticia, un asesinato y sollozos. La escena de nuevo es la misma, encendemos la televisión y observamos que la Violencia de Género ha entrado en nuestros hogares, en nuestras vidas, haciéndose cómplice muchas veces con nuestro silencio. Mientras la sociedad calla, la violencia se empodera y la igualdad se resiente. Quizás no nos hayamos detenido lo suficiente ante la cantidad de estereotipos que siguen existiendo en la sociedad actual. La violencia simbólica es "suave y a menudo invisible", como dice Bourdieu.

Los estereotipos de género afectan tanto a hombres como a mujeres, pero tienen un efecto más negativo sobre las mujeres, ya que a nosotras desde siempre se nos han asignado roles secundarios y socialmente menos valorados. Desde el origen del ser humano, la primacía del hombre sobre la mujer ha venido justificada por la idea de la protección. Esta idea ha permanecido a lo largo de los siglos. Con frecuencia, las mujeres hemos sido consideradas

más como un objeto que como una persona.

La imagen actual de la mujer, sigue estando cargada de estereotipos sociales y traspasa incluso después de su muerte.

Basta con encender la televisión y allí está como siempre, la imagen de una mujer asesinada por su marido, pero siempre acompañada de dudas y culpas. Así consta en los medios de comunicación: "La mujer asesinada por su marido en Sevilla retiró la denuncia". "La mujer asesinada por su ex pareja no quiso presentar denuncia." ¿Por qué no quiso protección? ¡Era un hombre ejemplar, un buen padre, un buen vecino! ¡Algo ha tenido que pasar para hacer esto! Seguro que tenía problemas mentales. Incluso después del hecho, seguimos haciéndola responsable de lo ocurrido.

No llegamos a ver, que las víctimas de la violencia de género, son víctimas especialmente vulnerables, que tienen unas características propias, su propio tiempo y que, en ningún caso, se pueden comparar con el resto de víctimas. No podemos tratar en un

plano de igualdad formal a este tipo de víctimas, con el resto, ya que son materialmente desiguales.

Todavía algunos considerarán que las casi 60 muertes anuales, son muy pocas en comparación con otro tipo de actos violentos, cuando en realidad constituyen el 21% de los asesinatos que se producen en nuestro país cada año. Se intenta negar la violencia de género y entender que es una cosa de estadísticas y que no existe ningún problema social. Nada más lejos de la realidad.

Tenemos que estar atentos para identificar los estereotipos de género y, evitar caer en la trampa de la normalidad, entendiendo que lo que es normal, es bueno para todos y no hace falta cambiarlo.

La igualdad ha venido para quedarse y no vamos a perder la oportunidad de acabar con esta desigualdad, que lleva instaurada en nuestra sociedad siglos.

Hagamos una sociedad más igualitaria, combatiendo la violencia de género, entendida como un grave problema social y no como algo estadístico.

M^a Auxiliadora Díaz Velázquez

Presidenta Comisión de Igualdad AFV

Diseño y maquetación:

R+Ideas - Tlf. 679 823 082

Objetivo: REHABILITACIÓN

Por **Cristina Molina Petit**

Doctora en Filosofía

Para alguien ajena como yo al mundo de las ciencias jurídicas pero interesada en la Justicia que rige nuestra convivencia, puede resultar llamativo el discurso dominante en torno a las penas que hablan siempre de "rehabilitación" por parte de la sociedad y parecen eludir la culpa individual. Leo en el artículo 25 de la Constitución que el objetivo de las penas de privación de libertad es la "reeducación y la inserción social". Permítanme una reflexión al respecto desde el respeto a nuestra Carta Magna como también desde cierta perplejidad cuando oigo declaraciones y sentencias en este sentido.

Parece que la Justicia en su sentido más inmediato y hasta en su representación como balanza, alude a un equilibrio, a una estabilidad u orden social necesario de modo que cuando ese equilibrio se rompe, precisa de compensación y si hubiere daño, ha de repararse el

daño, y si hay crimen, vendrá aparejado un castigo. Pero da la impresión de que esta palabra "castigo", se ha vuelto obscena- algo "fuera de la escena"- fuera de lugar, políticamente incorrecta, algo que hay que desterrar como si fuera un término arcaico que remite a sociedades bárbaras, crueles e incivilizadas. El castigo, entonces, se saca fuera de los objetivos- al menos explícitamente- de las penas y se busca la reinserción y rehabilitación, diluyéndose así el sentido retributivo de la justicia en una suerte de deber que la sociedad tiene respecto a los infractores o criminales que se supone, lo son, a causa de las circunstancias de sus entornos vitales violentos o poco afortunados. O sea, a causa de la sociedad.

Pero aquí hay muchas cosas que se dan por supuestas. La primera es el convencimiento de que la violencia y el crimen no tienen nada

que ver con la naturaleza humana sino que es una conducta aprendida, una patología causada por agentes externos- educación, cultura, pobreza, marginación social- y que por lo tanto se puede eliminar mediante programas sociales que reeduquen y que es un deber de la sociedad el aplicarlos. Es la tesis del "buen salvaje" que asegura que el ser humano es bueno por naturaleza y que la sociedad lo corrompe. Fue defendida ardentemente por Rousseau y muchos la defienden todavía bienintencionadamente. Pero esta tesis ha sido rebatida tanto desde las investigaciones etnográficas cuanto desde los estudios neurológicos.

Se ha demostrado, en efecto, que en las culturas primitivas, no existe nada como "el buen salvaje": las sociedades de cazadores-recolectores han sido de lo más violentas y sanguinarias, practicando la guerra y el canibalismo contra sus tribus vecinas, aun sin motivos de supervivencia. Y desde el punto de vista de la Neurociencia, el prestigioso investigador Steven Pinker, autor de un libro de éxito, *La Tabla Rasa* (2003) nos cuenta como la violencia forma parte de la naturaleza humana como una estrategia más con que cuentan las personas perfectamente sanas y racionales dirigidas a conseguir sus objetivos y atender a sus intereses. Hoy se excluye el que el ambiente, la pobreza o al marginación sean determinantes de comportamientos violentos o asociales. Ni siquiera podemos decir que estos comportamientos sean "bestiales" (ya decían los sobrevivientes del Holocausto que sus verdugos eran gentes "normales"-salvo excepciones-). No se trata entonces de algo residual animalesco, ni de una patología, sino de impulsos de nuestra propia naturaleza humana. Claro que frente a estos impulsos violentos, contamos-afortunadamente- con otros impulsos inhibidores que también funcionan como mecanismos de "aplacamiento" que aprendemos a usar. Pero a algunas personas les falla y otras no quieren aplicarlos, sen-

cillamente porque la violencia o el daño a otros les resultará útil y provechoso a sus fines y a sus intereses (al fin y al cabo, como alguien comentaba, el modo definitivo de superar un conflicto es acabar con el contrincante; o como dice el refrán: muerto el perro, se acabó la rabia).

Entonces no es ocioso preguntarse como será posible la "reinserción para ciertas personas que o bien nunca han estado "insertadas" o no les interesa "insertarse". Pueden existir- y existen- desalmados, sociopatas eternamente desconectados del discurso moral, fuera del pacto social y que por tanto representan una amenaza devastadora para los otros. Gente perfectamente sana y racional, incluso gente con excelente educación y sentido estético pueden ser refinados criminales (De Quincey se refirió a ellos en su obra "Del asesinato como una de las bellas artes"). Para estas personas la reinserción no sería una buena idea. ¿No sería más efectiva la disuasión, el aplacamiento de la violencia por mecanismos disuasorios por los cuales no les compensen tales comportamientos?

Otra suposición igualmente buenista y relacionada con al anterior tesis del "buen salvaje" es la de que el mal no existe como tal sino que es un fallo del sistema, una falta de racionalidad, de orden, de sentido común.

Desde tiempos antiguos, la Teología se encargó de definir el mal como "ausencia de bien debido" con el fin de salvar la bondad infinita de Dios que como Creador de todo lo existente no podría haber creado también el mal. Dadas las dificultades de defender que el mal no existe con la presencia tozuda, machacona, insistente y universal de tantos males en forma de sufrimientos, dolores, enfermidades, desgracias, miserias etc. etc. hubo que inventar al Diablo, el Maligno para apuntarle a él toda la ristra de males y así librar a Dios como el Sumo Bien.

No se si el Diablo existe, pero el mal está ahí: hay cosas malas- que no vienen por ningún bien, como asegura el refrán- y hay gente mala. Fue precisamente el sentido innato de la justicia el que llevó a los seres humanos a imaginar el Mas Allá, otra vida donde la gente mala que no hallaba su castigo en ésta, lo pagara en la otra.

El mal está presente en el inicio de la Historia y la leyenda (Cain mata a Abel) y en el principio de la fundación de las ciudades (Rómulo mata a Remo para fundar Roma) y en el principio de las Nuevas Eras: el cristianismo empieza en un patíbulo y las revoluciones para cambiar regímenes políticos opresores son precedidas - y a veces seguidas- de sangre y terror.

El mal existe. El filósofo Schopenhauer edificó su sistema partiendo de que el mal era lo positivo, lo que abundaba en este mundo siendo el bien, justamente -y al contrario de lo dicho por los teólogos- era la ausencia de sufrimiento (así como aunque la violencia exista, la buena convivencia es la ausencia de violencia). Y si el mal existe, si personas malvadas atentan con sus crímenes contra el orden social, ¿su pena va a consistir en negar que son malas personas, en echar las culpas a la misma sociedad que atacaron y educarlas para que se conviertan en buenas y vuelvan al redil? ¿No estaremos aquí hablando, más bien de "perdón"?

Recuerdo que en el antiguo Catecismo de la Doctrina Cristiana se decía que para conseguir el perdón de los pecados- que es el mal moral- había que arrepentirse, confesarse y tener propósito de enmienda, para empezar. Parece que el rehabilitado ha de cumplir esos mismos requisitos con lo cual no estaríamos hablando de la justicia sino del perdón porque ¿donde está la reparación, la restitución, el equilibrio y como última instancia disuasoria, esa palabra hoy obscenizada, el castigo?

Las consecuencias del Caso González Carreño contra España

(A PROPÓSITO DE LA STS, CONTENCIOSO, DE 17 DE JULIO DE 2018)

Por **José Fernando Lousada Arochena**

Magistrado especialista de lo social – TSJ/Galicia

El Caso de Doña Ángela González Carreño es bien conocido, no solo por quienes operan en el mundo jurídico, también más ampliamente por la opinión pública, tanto por la importante trascendencia mediática que en su momento tuvo el asesinato de su hija a manos de su padre, y el suicidio de este, como por la no menos importante trascendencia tanto jurídica como mediática que ha tenido el Dictamen de 16 de julio de 2014 (Comunicación 47/2012) del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en virtud del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de dis-

criminación contra la mujer (CEDAW), según el cual España ha incumplido con las obligaciones que le corresponde asumir como Estado parte. Sobre este Dictamen y la inicial decisión gubernativa de no darle eficacia interna por no haber trámite previsto para ello, me remitir al lector o lectora a mi estudio previo "El Caso González Carreño contra España" en el Curso del Plan Estatal de Formación Judicial "Aplicación del principio de igualdad e interpretación antidiscriminación en la impartición de Justicia" (Madrid, 21 a 23 septiembre 2015, accesible en el CENDOJ).

La trascendencia del Caso, así jurídica como mediática, continúa merced a la reciente Sentencia 1263/2018, de 17 de julio, de la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Supremo (Rec. Cas. 1002/2017), que, en contra de la inicial decisión gubernativa –en principio confirmada por la Audiencia Nacional-, ha admitido la eficacia interna del Dictamen, a pesar de no haber trámite previsto para ello, a través de una responsabilidad por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia.

Tal trascendencia en el ámbito jurídico se concreta en dos importantes consecuen-

cias: una más inmediata, en cuanto concede eficacia jurídica interna a los dictámenes del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, y, por extensión a los comités del Sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas; otra derivada de la anterior pero no menos importante, en cuanto viene a dar entrada en el ordenamiento jurídico interno a los criterios interpretativos sobre los cuales asienta su jurisprudencia el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.

SOBRE LA EFICACIA JURÍDICA INTERNA DE LOS DICTÁMENES DEL CEDAW

La especial configuración del recurso de casación en el orden contencioso administrativo facilita enormemente la fijación de los términos del debate casacional, pues es la propia Sala del Tribunal Supremo la que fija sus términos mediante un auto. En el caso, la Sala, en Auto de 5/7/2017, precisó que las cuestiones en las que la Sala entiende que existe un interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia son las siguientes: (1) Cuál debe ser el cauce adecuado para solicitar del Estado español el cumplimiento de los dictámenes del Comité de la CEDAW, emitidos en los términos y por el procedimiento previsto en el Protocolo Facultativo de la Convención –ratificado por España–, cuando se contienen en tales dictámenes recomendaciones dirigidas a nuestras autoridades a fin de que reparen los daños derivados del incumplimiento constatado de los derechos previstos en la Convención. (2) O si, como sostiene la sentencia de instancia, la inexistencia de un procedimiento en el ordenamiento español que posibilite dotar de eficacia ejecutiva a aquellas recomendaciones y la ausencia de mecanismos necesarios para la tutela eficaz de los

derechos reconocidos en la Convención no permiten exigir autónomamente el cumplimiento de aquellos dictámenes, más allá de la posible revisión –por los cauces correspondientes– de la decisión del Estado español de denegar la reparación solicitada.

El Tribunal Supremo, en una fundamentación jurídica densa e impecable, realiza una serie de consideraciones sobre: (1) el carácter vinculante / obligatorio para el Estado parte de los Dictámenes del Comité de la CEDAW según lo establecido en la Convención –artículo 24– y en el Protocolo –artículo 7.4–, y ello aún reconociendo que ni la Convención ni el Protocolo instauran una instancia superior supranacional, ni el carácter ejecutivo de dichos Dictámenes; (2) la integración en nuestro ordenamiento jurídico del Convenio y el Protocolo, según la Constitución Española –artículo 96–, siendo además criterio interpretativo de las normas relativas a los derechos fundamentales –artículo 10.2–; (3) en consecuencia, la no adopción por España de medidas reparadoras del derecho a la no discriminación vulnerado según el Dictamen de la CEDAW representan el mantenimiento de la lesión en los términos de los artículos 14 y 24 de la Constitución Española; y (4) la responsabilidad patrimonial del Estado es el remedio efectivo último para la reparación del derecho, no tanto por estar vinculada al fatal desenlace que ciertamente acaeció hace años, cuanto por no haber sido restaurada la lesión de derechos por el Estado tras el Dictamen del Comité del CEDAW.

A la vista de todo lo anterior, se sienta la siguiente doctrina general: (1) la inexistencia de un cauce específico y autónomo para hacer efectivas en el ordenamiento español las recomendaciones de un Dictamen del Comité de la

CEDAW por vulneración de derechos fundamentales reconocidos en la Convención por parte del Estado español, impide exigir autónomamente el cumplimiento de aquellos dictámenes; y (2) no obstante esa afirmación, dado que la existencia de un cauce adecuado y eficaz para hacer valer el reconocimiento de la vulneración de derechos fundamentales ante los órganos judiciales españoles atañe directamente al respeto y observancia por los poderes públicos españoles de los derechos fundamentales, es posible admitir en este caso que ese Dictamen sea el presupuesto habilitante para formular una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia como último cauce para obtener la reparación, ello con independencia de la decisión que resulte procedente en cada caso e, incluso, de la posible procedencia de otros en los supuestos de hecho que puedan llegar a plantearse.

Doctrina general que, aplicada al caso, le permite al Tribunal Supremo concluir que la Administración vulneró derechos fundamentales de la recurrente, concretamente sus derechos a la igualdad y a no ser discriminada por razón de sexo, a la integridad física y moral, y a la tutela judicial efectiva, y ello por no asumir la demanda de reclamación de responsabilidad patrimonial y poner fin a los efectos de una declaración de lesión de derechos de la mujer por haber sufrido un acto de discriminación derivado de una situación de violencia sobre la mujer, que le vinculaba en los términos de la Convención y el Protocolo Facultativo. Finalmente, ello conduce a casar y anular la sentencia impugnada, así como la inicial decisión administrativa por silencio, y declarar la obligación de la Administración

de reparar esa vulneración imponiéndole directamente una condena por importe de 600.000 € por los daños morales padecidos.

Sobre los criterios interpretativos de la jurisprudencia del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.

La consecuencia derivada de dar eficacia interna a los Dictámenes del Comité de la CEDAW –por la vía de un responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia– es dar entrada en el ordenamiento jurídico interno a los criterios interpretativos sobre los cuales asienta su jurisprudencia el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Se trata de una consecuencia de una muy notable importancia pues el Comité de la CEDAW ha superado el concepto tradicional de discriminación vinculado a la diferencias de trato entre situaciones de hecho comparables, para asumir un concepto moderno de discriminación vinculado a las diferencias de estado derivadas de los prejuicios asociados al sexo de las personas.

Y todo esto se aprecia simplemente recordando algunos de los razonamientos conclusivos más significativos que, después del examen de las circunstancias de hecho, el Comité de la CEDAW alcanza en el mismo Caso González Carreño: "todos estos elementos reflejan un patrón de actuación que obedece a una concepción estereotipada del derecho de visita basado en la igualdad formal que, en el presente caso, otorgó claras ventajas al padre a pesar de su conducta abusiva y minimizó la situación de madre e hija como víctimas de violencia, colocándoles en una situación de vulnerabilidad"; "en asuntos relativos a la custodia de los hijos y los derechos de visita el interés superior

del niño debe ser una consideración esencial, y ... cuando las autoridades nacionales adoptan decisiones al respecto deben tomar en cuenta la existencia de un contexto de violencia doméstica"; "los estereotipos afectan el derecho de la mujer a un proceso judicial imparcial"; "la judicatura no debe aplicar estándares inflexibles sobre la base de nociones preconcebidas sobre lo que constituye violencia doméstica"; "las autoridades del Estado, al decidir el establecimiento de un régimen de visitas no vigilado aplicaron nociones estereotipadas y, por lo tanto, discriminatorias en un contexto de violencia doméstica, y fallaron en su obligación de la debida vigilancia".

Tal concepto moderno de discriminación sistémica ya está asumido en el derecho español a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LOPIVG), y de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (LOIEMH).

En la LOPIVG ello se aprecia con toda claridad en la misma definición de la violencia de género en la relación de pareja que es objeto de protección: la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre estas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia" – artículo 1.1–.

Y la LOIEMH concibe la igualdad, no solo como un valor fundamental o un principio –que es como la califica la CE, artículos 1 y 14–, también como un "derecho de igualdad de trato y oportunidades

entre mujeres y hombres" –artículo 1–, con la dimensión objetiva o institucional que caracteriza a todo derecho fundamental, según la cual "la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas" –artículo 4–. Por ello, asume el principio de transversalidad, dirigido a integrar la perspectiva de género en la totalidad del ordenamiento jurídico y las políticas públicas con la finalidad de erradicar los estereotipos de género –artículos 14 y 15–. En suma, y como se dice en su Exposición de Motivos: "la consideración de la dimensión transversal de la igualdad, seña de identidad del moderno derecho antidiscriminatorio, (es) principio fundamental del presente texto".

La asunción por el Comité de la CEDAW de este concepto moderno de discriminación por razón de sexo / género casa a la perfección con lo que ya se establece en la LOPVIG y en la LOIEMH. Y, al haberle dado efectividad interna a los Dictámenes del Comité de la CEDAW, la Sentencia 1263/2018, de 17 de julio, de la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Supremo, refuerza esta manera de entender la discriminación con la finalidad de su detección, prevención y erradicación. Desde la perspectiva de la aplicación judicial, se podría concluir que el concepto moderno de discriminación que encontramos en la LOPIVG y en la LOIEMH hay que aplicarlo no solo porque lo digan esas leyes: también porque lo dice la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW).

La brecha salarial en la carrera judicial

Por **Estefanía López Muñoz**

Magistrada del Juzgado de lo Social nº 1 de Avilés



A pesar de que el porcentaje de jueces y magistrados de sexo femenino es superior al de sexo masculino, los cargos de nombramiento discrecional efectuados por el Consejo General del Poder Judicial relativos a Presidentes de Tribunales Superiores de Justicia, de Sala y de Audiencia Provincial recaen fundamentalmente en hombres, lo que implica que las mujeres no sólo no acceden a puestos de mayor responsabilidad sino que, además, obtienen unas retribuciones inferiores a las de sus compañeros varones con semejante experiencia y preparación.

La autora analiza la disfunción que provoca el hecho de que, con aptitudes y conocimientos técnicos comparables, las mujeres no accedan a puestos comparativamente mejor pagados llegando a la conclusión de que la brecha como tal no se produce en la retribución de los puestos comparables, sino por el sexo de los sujetos que ocupan los mejor remunerados.

VOCES: Carrera judicial. Nombramientos discrecionales. Brecha salarial. Discriminación indirecta. Acción positiva.

Según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), la diferencia salarial de género, también conocida como brecha salarial, es la diferencia existente entre las retribuciones de los hombres y las de las mujeres. Ha de partirse, lógicamente, de puestos comparables.

En nuestro derecho positivo, con base a lo previsto en el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación por razón de sexo (art. 14 de la Constitución Española), el empresario está obligado a pagar

por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquella (art. 28 ET) y, a pesar de la libertad que se concede a las partes en la negociación colectiva, es obligatorio el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en el ámbito laboral (art. 85.1 ET).

En la Carrera Judicial las retribuciones las marca la Ley de Presupuestos Generales del Estado y la Ley 15/2003, de 26 de mayo, reguladora del régimen retributivo de las carreras judicial y fiscal, cuyo art. 3 perfila las retribuciones fijas de los miembros de la Carrera descomponiéndolas en retribuciones básicas (sueldo y antigüedad) y retribuciones complementarias (complemento de destino y complemento específico). Las retribuciones se vinculan al puesto de trabajo, no a la persona que lo desarrolla, por lo que, en principio, no podría suscitarse la brecha salarial.

Sin embargo, y para ello me remito a los datos contenidos en el informe sobre la estructura de la Carrera Judicial de 1 de enero de 2018 efectuado por la sección de estadística del Consejo obrantes en la página web del Consejo General del Poder Judicial, a pesar de que los hombres representan el 46'8% y las mujeres el 53'2% de la Carrera, los cargos vinculados a nombramiento discrecional, con mayores retribuciones según es de ver en los Anexos II.2 y III de la Ley 15/2003, que establecen las cuantías de los complementos de

destino y específico, recaen fundamentalmente en varones.

Poniendo en relación los puntos 5º y 10º del citado informe de estructura demográfica y analizando sus resultados se observa que en los Tribunales Superiores de Justicia, aunque las mujeres representan el 36,2%, de las 59 Presidencias (sumadas las de las tres Salas, de lo Civil-Penal, Contencioso-Administrativo y Social), sólo 12 son ostentadas por mujeres. Teniendo en cuenta la presencia femenina en este tipo de Órganos, tendría que haber 21 Presidentas.

En las Audiencias Provinciales, aunque las mujeres representan el 37,6%, de las 50 Presidencias, sólo 8 son ostentadas por mujeres. Teniendo en cuenta la presencia femenina en este tipo de Órganos, tendría que haber 18 Presidentas.

En la medida en que estos cargos llevan aparejados un mayor salario que los puestos en órganos colegiados en general y, por supuesto, que los puestos en órganos unipersonales, nos encontramos con que, en puestos comparables, homogéneos, hombres y mujeres jueces ganan igual pero, con preparación técnica, antigüedad y aptitudes comparativamente iguales, las mujeres no acceden a los puestos mejor retribuidos.

A partir de aquí, no se puede hablar de brecha en el sentido técnico del término pero sí que se produce de manera fáctica en la medida en que, aún siendo mayoría, las mujeres no accedemos a los puestos con un mayor salario, las Presidencias, de una manera proporcional a nuestra presencia en la Carrera Judicial y en los órganos colegiados. La conclusión es que, a igual preparación y experiencia, menor salario.

Concurrir traslado voluntario para acceder a un Órgano Judicial con

mayor retribución es una decisión personal pero, en el caso de los nombramientos discrecionales, dependemos de la voluntad de un tercero para poder llegar a los puestos mejor remunerados y, como se ha expuesto, se adjudican sistemática y mayoritariamente a hombres a pesar del porcentaje de mujeres en disposición de acceder a los mismos. Esto provoca una infrarrepresentación femenina en los cargos de mayor relevancia y responsabilidad con consecuencias económicas que impactan directamente en el colectivo judicial de sexo femenino.

El art. 6.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que incorpora al ordenamiento español dos directivas en materia de igualdad de trato, la 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, 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, y la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro, señala 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.

Los principios de la LO 3/2007 son de plena aplicación y deben inspirar los nombramientos de cargos discrecionales. De hecho, la Exposición de Motivos del Acuerdo de 25 de febrero de 2010, del Ple-

no del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 1/2010, que regula la provisión de plazas de nombramiento discrecional en los órganos judiciales señala expresamente que, "en relación con los principios constitucionales de mérito y capacidad, se atenderá al principio de presencia equilibrada de hombres y mujeres en los nombramientos y designaciones de los cargos de responsabilidad, a que se refiere la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres". Todo ello de conformidad con el art. 16 de esta norma, que sostiene que "los Poderes Públicos procurarán atender al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres en los nombramientos y designaciones de los cargos de responsabilidad que les correspondan".

A la vista de su estructura demográfica y el resultado de los nombramientos discrecionales, cabe plantear si en el ámbito de la Carrera Judicial se encuentra asentada una práctica que puede dar lugar a la discriminación indirecta de las mujeres jueces y, en consecuencia, si sería idónea la implantación de medidas efectivas de acción positiva del art. 11 de la citada LO. 3/2007 que, en su Exposición de Motivos, dirige a todos los poderes públicos un "mandato de remoción de situaciones de constatable desigualdad fáctica, no corregibles por la sola formulación del principio de igualdad jurídica o formal."

Y es que, como se puede observar en el informe sobre la estructura de la Carrera Judicial, a pesar de los derechos subjetivos reconocidos legalmente y los principios que deben inspirar la política de nombramientos, en la práctica, las mujeres jueces constituimos un colectivo mayoritario pero infrarrepresentado en los puestos de relevancia y retribución mayor.



La perspectiva de género: una exigencia de Justicia

Por **María Tardón Olmos** Magistrada

No hay ninguna duda de que el reconocimiento de la igualdad formal de mujeres y hombres ante la ley es hoy pleno e incondicional.

Sin embargo, las diferentes realidades que involucran el distinto papel social que desempeñan unas y otros (cuestiones como la distribución de la riqueza, la discriminación salarial, la escasa presencia de las mujeres en puestos de responsabilidad política, social y cultural, o el disfrute de los derechos dentro de la familia y en la vida pública) demuestran cómo aún persisten en nuestra sociedad actual situaciones que entrañan una evidente asimetría de poder entre hombres y mujeres, y que

éstas siguen ocupando, con demasiada frecuencia, un lugar subordinado en la sociedad, o reciben un tratamiento desfavorable por su condición de mujer.

Para una parte significativa de operadores jurídicos, bastaría la estricta y nominal aplicación de la Ley para hacer efectivo el principio de igualdad entre mujeres y hombres y evitar cualquier discriminación. Y consideran innecesario o, incluso, inadmisibles, integrar en la interpretación y aplicación de la ley ningún criterio derivado del derecho antidiscriminatorio, que entienden puede llegar perturbar la neutralidad del Juez, haciéndole perder imparcialidad.

La cuestión es, sin embargo, bien diferente.

En primer lugar porque la contemplación del derecho antidiscriminatorio es, para el Juez o Tribunal que interpreta y aplica la ley, una exigencia ineludible, un imperativo legal.

El artículo 14 de la Constitución española proclama el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo. Y, antes que éste, en su artículo 1 propugna la igualdad como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico. Y el artículo 9.2 consagra la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones

para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas.

También la L.O. 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, en su artículo 4, eleva la Igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres a principio informador del ordenamiento jurídico y, añade que, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

En segundo término, porque debemos tener en cuenta que las normas no son realidades neutras, ya que siempre incorporan contenidos de alcance social, y por ello, impregnados de estereotipos de género que afectan a su objetividad. Que en su interpretación, pueden incorporar los propios prejuicios sociales, valores y estereotipos de los jueces o tribunales, que deban aplicarlas, perpetuando, así, las situaciones de desigualdad que afectan a las mujeres.

Aplicar la perspectiva de género en las actuaciones jurisdiccionales no supone generar un ámbito de actuación favorable a la mujer. Lo que implica es que quienes deban administrar justicia actúen con imparcialidad, identifiquen, en el caso concreto sometido a su decisión, las situaciones de desventaja, discriminación y violencia basada en el género y que adopten los mecanismos legales y procedimentales y adopten, en suma, las decisiones que más favorezcan al respeto de la dignidad de las mujeres y a la protección de sus derechos.

La incorporación de la perspectiva de género en las actuaciones jurisdiccionales permite que el Juez o Tribunal comprenda integralmente los hechos que se denuncian o demandan, a partir del análisis del contexto cultural en el que se llevaron a cabo. Además, da paso a la

identificación de comportamientos y preceptos sociales e individuales que provocan desigualdad y discriminación contra lo femenino.

Poder disolver sesgos cognitivos, desechar estereotipos y prejuicios para comprender y ver, de manera global, el supuesto específico que se trata de juzgar resulta pues absolutamente necesario para poder tomar la decisión más justa y coherente con esa realidad.

Si, por el contrario, quien tiene encomendada la función de juzgar no se desprende de esos sesgos, incorporará a su decisión elementos de discriminación que afecten, precisamente, a su imparcialidad, con afectación indudable del derecho a la tutela judicial efectiva de las mujeres a las que afecte la decisión.

Conocer la realidad, entender de qué manera los sesgos cognitivos asociados al género afectan a nuestros razonamientos sobre la valoración de la prueba y la "categorización" de la conducta en una determinada situación jurídica, tipo delictivo, etc no es, por tanto, una cuestión menor, ni mucho menos irrelevante.

Cuando valoramos la prueba, razonamos sobre conocimientos empíricos que conocemos como "máximas de experiencia" o sobre conocimientos científicos para determinar cómo una prueba concreta demuestra la existencia de un hecho estamos incorporando en el proceso de valoración nuestros propios estereotipos asociados a la masculinidad y la feminidad.

Son muchos los supuestos de generalizaciones que incorporan prejuicios que pueden afectar a nuestro razonamiento. Por ejemplo, las retractaciones en materia de violencia de género, que no pueden sin más asociarse a una falta de credibilidad en la mujer que la ha

sufrido, como podría suceder en la valoración de cualquier otro testigo, con carácter general. Porque si no atendemos al contexto, la situación de subordinación en que puede encontrarse, la vinculación afectiva, la existencia de vinculaciones como hijos comunes, etc, puede, y de hecho genera, de forma habitual, una tensión en la víctima que explica las retractaciones, y su empeño en exculpar a su propio agresor.

Situaciones aparentemente objetivas o irrelevantes en materia de igualdad de mujeres y de hombres, encierran, sin embargo, situaciones de discriminación si, como advirtió la Sala 4ª del TS en una sentencia de 2014, venía a generar un incremento de la brecha salarial, a través de los pluses: apreció discriminación retributiva indirecta por razón de sexo que afectaba a un "plus voluntario y absorbible" porque, a diferencia de lo que sucedía en otros departamentos con mayoría de hombres (camareros de bares y de cocina), la cuantía del plus para las llamadas "camareras de pisos" era sensiblemente inferior y en esa categoría solo trabajaban mujeres; La Sala no apreció justificación objetiva y razonable de esa disparidad del plus, pese a encontrarse unos y otras en el mismo nivel salarial IV del Convenio Colectivo aplicado.

En definitiva, la incorporación de la perspectiva de género en la función de juzgar no introduce en la valoración de los hechos ni en la interpretación y aplicación de las normas ningún sesgo o inclinación a favor ni en contra de quienes sean partes del conflicto. Antes al contrario, lo que hace es eliminar cualquier obstáculo que nos permita valorarlo en su íntegra y global dimensión sin la cual, difícilmente podremos dar una respuesta que garantice los derechos de las personas, la igualdad y la justicia.

EL SILLÓN DE PENSAR

MUJERES DE ÉXITO (Cambiando el paradigma)

Entrevista a Ana Bella Estévez

Por **Jorge Fernández Vaquero**

Magistrado VSM1 Jerez de la Frontera

"Mi marido me maltrató durante 11 años. Una noche en la que casi me asesina usé mi valor, mi fuerza y mi miedo para coger a mis 4 hijos, meterlos en el coche e ir a la policía a denunciar". ¿Cuántas veces hemos oído este comienzo? Así empieza también su relato Ana Bella Estévez Jiménez de los Galanes, fundadora de la Fundación Ana Bella.

Ana Bella pasó por una casa de acogida. Al salir, con 4 hijos pequeños, sin dinero, vivienda ni estudios (porque, a pesar de su brillante currículum, su marido le hizo renunciar a la Universidad) y sin experiencia laboral demostrable, descubrió que "lo único que tenía era un documento que acreditaba que yo era una víctima de violencia de género y con ese papel podía ir a pedir una ayuda. Me decía a mí misma: lo único que he conseguido en la vida es ser una mujer maltratada y este certificado lo corrobora".

En ese momento Ana Bella se hundió. "Si para cualquier apoyo que recibas tienes que demostrar que eres una víctima, te crea un estigma social y personal", dice. Ella lo resume así: "Los medios entrevistan a mujeres llorando, débiles, con cicatrices y muertas de miedo. Las campañas de sensibilización sólo muestran a mujeres con la cara ensangrentada o llenas de moratones. Salimos de las casas de acogida y la sociedad nos sigue viendo con el ojo morado, la administración nos pide que acreditemos nuestra condición de víctima para cualquier ayuda, esto crea un roll victimizante y las empresas sólo nos contratan para empleos poco remunerados, invisibles y sin

prestigio social, lo que nos pone en riesgo de exclusión".

Ana Bella se rebeló contra esa situación. Rompió el certificado que la acreditaba como víctima, jamás solicitó la Renta Activa de Inserción "porque creía que valía y me merecía más de 300 €". Decidió mostrarse públicamente como una mujer que había vencido al maltrato y, cuando en los programas de televisión la identificaban con la palabra víctima, ella les recordaba que ya no lo era, sino que ahora era una superviviente. "Haber sido maltratadas no nos define como personas, más bien nuestra condición de superadoras es la que nos distingue. Somos mujeres muy fuertes, acostumbradas a trabajar bajo presión, que sabemos reinventarnos cada día y nos reponemos rápidamente a la frustración, que tenemos una gran tolerancia al fracaso y somos perseverantes. Estas cualidades, si las enfocamos en el mundo laboral, hacen de nosotras trabajadoras muy eficaces y comprometidas con el desarrollo económico y social de las empresas. Somos mujeres de éxito".

Ana Bella Estévez ha trabajado para cambiar este paradigma. Creó la Fundación Ana Bella para ayudar a construir "una sociedad igualitaria libre de violencia hacia las mujeres". La Fundación ofrece en los medios testimonios positivos de supervivientes, apoya emocional, económica y materialmente a las mujeres antes, durante y después del proceso de ruptura, las aloja en sus viviendas de apoyo y las forma para que liberen su potencial y puedan



liderar su futuro, convirtiéndolas en personas de gran valor para las empresas y en agentes de cambio social. La Fundación, pese a contar solamente con 100 socias que aportan entre 10 y 30 € al mes ("¿te imaginas a cuántas mujeres podríamos ayudar si te unes a nosotras?", pregunta Ana Bella a cuantos la escuchan), ha creado una red mundial de mujeres supervivientes que cuenta con 16.000 voluntarias que ayudan a otras mujeres y actúan "como agentes multiplicadoras de cambio". Esta labor ha sido reconocida y premiada, entre otros, con el Premio del Observatorio contra la Violencia de Género del CGPJ en el año 2012, la Medalla de Oro de la Cruz Roja en 2017 y el Premio a la Innovación Social de la Fundación Bancaria La Caixa en este año 2018.

El de Ana Bella Estévez es un mensaje de esperanza. En nuestro esfuerzo por erradicar la violencia contra las mujeres nos hemos centrado casi en exclusiva en las víctimas. Hemos visibilizado el comienzo de su historia, pero Ana Bella nos recuerda que ha llegado la hora de ayudar a estas mujeres de éxito a alcanzar el final feliz que se merecen.



Por **Jorge Fernández Vaquero**
Magistrado VSM1 Jerez de la Frontera

SENTENCIA T-338/18, DE 22 DE AGOSTO DE 2018, DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Esta sentencia, interesante por varios motivos, atrae nuestra atención porque ofrece un punto de vista interesante sobre una cuestión de actualidad en España, como es la de la formación de los miembros del Poder Judicial en perspectiva de género. En un sentido más amplio, la sentencia aborda la cuestión relativa al alcance de las obligaciones internacionales de los Estados que hayan firmado tratados internacionales contra la violencia contra las mujeres y, más en concreto, qué implicaciones tiene para los jueces, en el ejercicio de su jurisdicción, el cumplimiento de tales obliga-

ciones. En el caso planteado, la demandante de tutela era una mujer que había venido sufriendo violencia física y psicológica por parte de su compañero, hasta el punto de haber tenido que abandonar su domicilio. A pesar de ello, los actos hostiles por parte de su pareja continuaron y la mujer inició una acción de protección por violencia intrafamiliar que le fue concedida. Su pareja inició por su parte una acción similar y, finalmente, las autoridades prohibieron a ambas partes repetir hechos que pudieran constituir violencia intrafamiliar. Además, prohibieron a ambos realizar cualquier acto de violencia verbal o física frente a su hija menor de edad, como medida de protección de la hija. En relación con esta última prohibición, las autoridades declararon en un incidente posterior que el

compañero de la demandante la había incumplido, imponiéndole una sanción. Cuando el asunto fue revisado en vía judicial, el juez de familia confirmó esa decisión pero, además, teniendo en cuenta unos hechos relatados por la hija a propósito de un incidente violento supuestamente protagonizado por la madre, declaró igualmente el incumplimiento de la prohibición por parte de aquella y le impuso la misma sanción que se había impuesto al padre. En la medida en que el Juzgado no tuvo en cuenta los antecedentes y datos del expediente que evidenciaban el contexto de violencia intrafamiliar que padecían la demandante de tutela y su hija, ni los informes y valoraciones psicológicas de los que se deducía que el relato de la niña sobre el incidente violento atribuido a la madre no

era espontáneo y era el padre quien generaba las situaciones violentas, la Corte Constitucional considera que se vulneraron los derechos constitucionales de la demandante y se incumplieron las obligaciones asumidas por el Estado de Colombia en la lucha contra la discriminación hacia las mujeres y la violencia ejercida sobre ellas. Manifiesta la Corte, después de recordar el carácter estructural del problema y tras hacer un minucioso repaso del alcance de los tratados internacionales y la normativa nacional en la materia, que la obligación de prevenir y, en su caso, investigar, sancionar y reparar este tipo de violencia no debe quedar limitada al ámbito penal, que solo comprende los ataques más graves. También la jurisdicción civil y, en particular, la de familia, debe asumir un papel proactivo en este ámbito. En este sentido, los jueces de familia deben aplicar criterios interpretativos diferenciados que comprendan integralmente las circunstancias de las mujeres víctimas de violencia, en particular en el ámbito procesal, en el que el principio de igualdad de armas puede acabar impidiendo el acceso a la justicia de aquellas mujeres, dado que, en la práctica, no llegan en situación de igualdad de armas al proceso de familia. Así, entiende la Corte que, ante la existencia de indicios de violencia intrafamiliar, los jueces de familia deberían flexibilizar las tradicionales reglas procesales sobre la prueba que, en la práctica, dificultan enormemente la demostración de las situaciones de violencia doméstica, sobre todo cuando se trata de violencia psicológica. Todo lo anterior lleva a la Corte a concluir que es necesario dotar a los jueces de familia de nuevos marcos interpretativos en perspectiva de género que permitan la real y efectiva reconfiguración de patrones culturales y estereotipos de género discriminatorios y, con ese fin, ordena al Consejo Superior de la Judicatura que exija la asistencia obligatoria de

todos los jueces de familia del país a las capacitaciones sobre género ofrecidas por la Escuela Judicial y la Comisión de Género de la Rama Judicial.

SENTENCIA DEL TJUE DE 5 DE JUNIO DE 2018, C-673/16

Los derechos humanos no son compartimentos estancos, sino que cada uno de ellos proyecta una dimensión específica de la personalidad y hay una interrelación entre todos ellos. Por ello, al enfrentarnos a un asunto en el que la controversia parece estar centrada en un único derecho, no debemos perder de vista la incidencia que la solución que adoptemos puede tener sobre otros que pueden verse igualmente afectados, ya que esa incidencia debería incorporarse al juicio de ponderación. Esto es especialmente relevante en los litigios que afectan al derecho a la igualdad y la sentencia del TJUE que comentamos es un ejemplo. El Sr. Coman, nacional rumano, contrajo matrimonio con un ciudadano estadounidense. El matrimonio se celebró en Bélgica, donde los cónyuges residieron durante varios años. El Sr. Coman solicitó a las autoridades rumanas información sobre los requisitos y el procedimiento pertinentes para que su cónyuge pudiera obtener el derecho a residir legalmente en Rumanía por tiempo superior a tres meses en su condición de miembro de la familia del Sr. Coman, tal y como prevé la normativa comunitaria (Directiva 2004/38/CE). Las autoridades rumanas, sin embargo, respondieron al Sr. Coman que en Rumanía no está reconocido el matrimonio entre personas del mismo sexo y, por lo tanto, su cónyuge solamente disponía de un derecho de residencia de tres meses, sin posibilidad de prórroga por reagrupación familiar. El TJUE recuerda que el estatuto de ciudadano de la Unión permite a los nacionales de los Estados Miembros ejercer su derecho de libre circulación y residencia

en otro Estado Miembro. Y, en caso de haberlo ejercitado, les otorga también el derecho a disfrutar a su lado de los miembros de su familia, tanto en el Estado de acogida como en su Estado de origen a su regreso. A estos efectos, dentro del concepto de familia la Directiva 2004/38 incluye a los cónyuges, término este neutro desde el punto de vista del género y que, por lo tanto, puede incluir a personas del mismo sexo. Como además, en el caso de los cónyuges - y a diferencia de otros miembros de la familia -, la Directiva no contiene remisión alguna a los derechos nacionales, el TJUE entiende que un Estado no puede invocar su normativa interna para oponerse, a los solos efectos de conceder un derecho de residencia, al reconocimiento de un matrimonio entre un nacional de ese Estado y otra persona de su mismo sexo nacional de un tercer Estado, celebrado conforme a la ley de otro Estado miembro. Ello no supone que los Estados estén obligados a reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo, pero sí implica que no pueden denegar un permiso de residencia basándose en esa falta de reconocimiento, ya que ello obstaculizaría el ejercicio del derecho de libre circulación y residencia en el territorio de la Unión. Y, por otra parte, excluir del concepto de cónyuge de la Directiva 2004/38 al cónyuge de un ciudadano de la Unión que tenga su mismo sexo, supondría violar su derecho al respeto de la vida privada y familiar que garantizan tanto la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión europea como el Convenio europeo de Derechos Humanos. Así pues, un litigio que se planteaba inicialmente sobre el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de orientación sexual - así fue planteado en principio por los interesados - vino a resolverse en función de las implicaciones que la decisión de las autoridades rumanas tenía respecto de otros derechos

IGUALDAD



ASOCIACIÓN
JUDICIAL
FRANCISCO DE
VITORIA