



FACULTAD DE DERECHO

EL CONCEPTO JUSTICIA Y LA ACTUACIÓN DEL PROFESIONAL JURÍDICO ANTE UNA NORMA INJUSTA

Autor: María de Juan Gala

Tutor: José Luis Rey Pérez

Madrid

Abril 2014

RESÚMEN

Este trabajo de investigación se centra en una cuestión tan debatida a lo largo del tiempo como es el verdadero significado del concepto “Justicia” y la relación que ésta ha de tener con la actuación de los profesionales dedicados al Derecho.

Al comienzo del recorrido que realiza este estudio, encontramos numerosas precisiones que varios autores de distintas épocas y corrientes han realizado sobre el término “Justicia”. Cada uno, según la corriente que defienda, dará un significado distinto a este concepto. A su vez, se trata la cuestión de qué podemos entender por norma injusta. Encontramos una respuesta distinta a dicha cuestión, según el movimiento iusfilosófico en el que nos basemos.

En segundo lugar, el trabajo se centra en los principios de ética profesional que deben regir el día a día de los profesionales del Derecho. Este tema enlaza directamente con el último punto tratado consistente en la actuación de un profesional jurídico que se enfrenta a una norma que éste considera injusta. La norma escogida es la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, contra la cual se han presentado hasta doscientas cuestiones de inconstitucionalidad desde su aprobación.

PALABRAS CLAVE

Justicia, Ética, Derecho, Norma Injusta, Deontología, Sociedad Global, Objeción de Conciencia, Violencia de Género, Igualdad.

ABSTRACT

This thesis is focused on the study of a matter that has been subject of debate in numerous occasions during history. It is based on the *real* meaning of the concept of “Justice” and its rapport with the behaviour of the legal professionals.

In the first place, we can find a conspectus of the several authors that have historically expressed themselves about the issue throughout the various historical periods. Each of them, depending on their dogmas, will state and advocate for a different definition of the same concept of *Justice*. At the same time, there will be some considerations regarding what we can call “unfair laws”, which will have a different meaning depending on the *iusphilosophical* current that is put into perspective.

Secondly, this thesis is also centred on the study of the principles of professional ethics that must be present in the daily practise of the Law. This matter directly relates to the last issue examined in the thesis consisting on the reaction of a lawyer towards a certain act of law that may be considered as unfair. In order to delve further into this issue, I have chosen the Organic Law 1/2004, dec., 28th, de Medidas de Protección Integral

contra la Violencia de Género (regarding gender-based violence) which has been subject to up to two hundred exceptions of unconstitutionality since it was passed.

KEY WORDS

Justice, Ethics, Law, Unfair Law, Deontology, Global Society, Conscientious Objection, Gender-based Violence, Equality

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	4
2. CONCEPTO DE JUSTICIA EN SENTIDO ESTRICTO.....	5
2.1. JUSTICIA FORMAL.....	5
2.1.1. <i>Justicia formal en relación con el poder.</i>	5
2.1.2. <i>Justicia formal en relación con el ordenamiento jurídico.</i>	6
2.1.3. <i>Justicia formal en relación con la sociedad.</i>	7
2.2. JUSTICIA MATERIAL.	7
3. QUÉ ENTENDEMOS POR NORMA INJUSTA.....	8
4. ÉTICA DE LAS PROFESIONES JURÍDICAS.....	15
4.1. DEONTOLOGÍA.	15
4.2. IMPORTANCIA DE LA DEONTOLOGÍA EN LA PROFESIÓN DE LA ABOGACÍA QUE SE ENFRENTA A UNA SOCIEDAD GLOBAL.	16
4.3. ENFRENTAMIENTO DEL ABOGADO A UNA NORMA INJUSTA.	21
4.4. ESPECIAL REFERENCIA A LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA DEL ABOGADO.	23
4.5. PRINCIPIOS PROFESIONALES DE BENEFICENCIA, JUSTICIA Y RESPONSABILIDAD. ..	24
5. CASO REAL SOBRE LA ACTUACIÓN DE UN PROFESIONAL JURÍDICO ANTE UNA NORMA INJUSTA: LEY ORGÁNICA 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO.	25
5.1. ORIGEN DE LA LEY ORGÁNICA 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE.....	26
5.1.1. <i>Origen de la violencia de género.</i>	26
5.1.2. <i>Concepto de violencia de género.</i>	27
5.1.3. <i>Contexto, aprobación y contenido de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre.</i>	28
5.2. PROBLEMAS MORALES QUE PLANTEA LA LEY ORGÁNICA 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE.	32
5.3. DESARROLLO.	37
5.4. SOLUCIÓN PERSONAL.	39
6. CONCLUSIONES.....	41
7. BIBLIOGRAFÍA.....	45

1. INTRODUCCIÓN.

El objetivo que me proponía con este trabajo de investigación titulado “El Concepto Justicia y la Actuación del Profesional Jurídico ante una Norma Injusta”, no era tan pretencioso como para tratar de poner solución al eterno debate mantenido por filósofos y juristas sobre qué es exactamente la Justicia y cuál debe ser su relación con el Derecho positivo y con la actuación de los profesionales que a él se dedican. Como ya dijo Kelsen, “*hubiera sido vano por mi parte pretender que yo iba a triunfar allí donde los más ilustres pensadores han fracasado*”¹. Lo que sí he querido es, en primer lugar, intentar poner un poco de orden en mitad del caos que supone el gran número de corrientes y de autores que han centrado sus estudios y hecho sus aportaciones al concepto de Justicia, recogiendo de la manera más estructurada posible las que me han parecido más relevantes para lo que aquí nos interesa. En segundo lugar, he querido señalar los cánones, valores y principios que deben regir la actuación de un profesional del Derecho, cuestión que me parece esencial dado el mundo en el que vivimos un tanto obsesionado por lo material y en el que, en ocasiones, parece que el concepto de un buen profesional ha de ir necesariamente reñido a aquél que más satisfechos ve sus intereses, entre ellos los económicos. Por último, y enlazando con el primer objetivo relativo a la determinación del concepto de Justicia y el segundo, relativo a ética o deontología profesional, he intentado mostrar con una situación real, cuál debe ser la actuación del profesional jurídico cuando se le plantea una norma que, según su parecer, es injusta.

El por qué de la elección del tema sobre el que versa este trabajo encuentra su respuesta en el motivo principal que me llevó a elegir el Derecho para mis estudios universitarios que están a punto de ver finalizada su primera etapa. Este motivo no es otro que mi posición personal sobre la importancia de la Justicia y la necesaria influencia que debe ejercer ésta no sólo en el Derecho mismo, sino también en todos los que, de alguna manera a él se dedican, desde el legislador que dicta las leyes hasta los jueces encargados de aplicarlas.

La metodología que he procurado seguir al elaborar mi trabajo, guiada por los consejos de mi tutor, ha sido dividir el mismo en dos partes fundamentales: una puramente teórica en la que me he ayudado de manuales y artículos de numerosos

¹ KELSEN, H., *¿Qué es justicia?*, 2ª Edición, ARIEL S.A., Barcelona, 1992, p. 63.

pensadores y otra más práctica en la que todos los conceptos e ideas presentadas en la primera, se vieran reflejados en la realidad empírica que supone un caso real.

2. CONCEPTO DE JUSTICIA EN SENTIDO ESTRICTO².

2.1. Justicia formal.

Al mencionar la dimensión formal del término justicia, estamos haciendo referencia a lo que muchos conocen como “seguridad jurídica”.

Esta seguridad jurídica o justicia en sentido formal se caracteriza por suponer un mínimo existencial, encargado de crear un clima de certeza, necesario para la existencia de una sociedad libre e igualitaria y que haga posible la vida en dicha sociedad respaldada por garantías. A su vez, al ofrecer seguridad al ser humano, favorece el desarrollo de la dignidad, la capacidad de elección y de comunicación y el diálogo intersubjetivo. Esta certeza de la que estamos hablando supone además una necesidad psicológica para el desarrollo del ser humano como especie.

La Justicia como concepto formal actúa en tres ámbitos: en relación con el poder, en relación con el ordenamiento jurídico y en relación con la sociedad.

2.1.1. Justicia formal en relación con el poder.

La Justicia, en el sentido en la que la estamos tratando, se relaciona con el poder en cuanto a que intenta racionalizarlo e institucionalizarlo para, como comentábamos con anterioridad, crear un ambiente de certeza necesario para el hombre en relación con la elección de las personas que ocuparán esa posición de poder y la manera en la que estas personas ejercerán el mismo.

El medio del que se sirve la Justicia formal para relacionarse con el poder es el conocido como Estado de Derecho que ofrece la ya mencionada seguridad jurídica a través del principio de legalidad de la administración, el imperio de la ley, la separación de poderes y el respeto a los derechos fundamentales entre otros³. Así, por medio de la

² GRANDE YÁÑEZ, M., *Ética de las Profesiones Jurídicas*, Desclée De Brouwer, Bilbao, 2006.

³ Existe debate sobre cuál es el concepto apropiado de Estado de Derecho existiendo un modelo extenso y otro restringido. El primero hace referencia al imperio de la ley, separación de poderes y reconocimiento de derechos. El modelo restringido, por su parte, explica que estamos ante un Estado de Derecho si se dan la separación de poderes y el imperio de la ley. (ASÍS ROIG, R., “Modelos Teóricos del Estado de Derecho, *DOXA*, nº 22, 1999, pp. 229-231).

Justicia formal, disponemos de procedimientos legalmente establecidos para designar a nuestros políticos, para crear leyes y para aplicarlas.

2.1.2. Justicia formal en relación con el ordenamiento jurídico.

La relación que tratamos ahora podríamos calificarla como la moral interna del Derecho, consistente en mecanismos internos del Derecho encargados de protegernos a los hombres del poder y del propio Derecho.

Si antes hablábamos de procedimientos establecidos para la elección del poder y para controlar su actuación, ahora nos referimos a procedimientos para la producción, publicación, aplicación, interpretación y derogación de normas.

Cabe aquí hacer una mención a la concepción de Fuller⁴ sobre la moral interna del Derecho. El mismo sostiene que es un problema que los juristas se centren únicamente en el estudio del Derecho, descuidando la moral que según él es la que hace posible el Derecho⁵. Esta afirmación viene de la distinción del autor entre la Moral de la Aspiración (*Morality of Aspiration*) y Moral del Deber (*Morality of Duty*). Mientras que la primera se limitaría al plano individual, la Moral del Deber marca las normas básicas o los deberes más elementales, necesarios para lograr una sociedad ordenada. No debe existir, sin embargo, una separación tajante entre las dos morales pues la segunda ha de basarse en la primera.

Este autor, que considera el valor de la seguridad jurídica como una garantía esencial para el ciudadano, en su obra va haciendo un estudio de los ocho casos en virtud de los cuáles el legislador fracasaría a la hora de crear el orden jurídico. Estos casos son los siguientes⁶:

- 1) Dejar de crear leyes.
- 2) No publicarlas.
- 3) Establecer leyes retroactivas.
- 4) No hacer leyes claras.

⁴ Lon Luvois Fuller (1902-1978) fue un destacado filósofo norteamericano que centró parte de su estudio en la relación entre Derecho y moral. Destaca su debate con H. L. A. Hart sobre los conflictos modernos entre positivismo jurídico y ley natural y el caso hipotético que escribió para la Harvard Law Review titulado “El caso de los exploradores de cavernas”.

⁵ FULLER, L. L., *La Moral del Derecho*, Editorial F. Trillas, S.A., México, D.F., 1967.

⁶ Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. (<http://www.juridicas.unam.mx> Última consulta: 24/03/2014)

- 5) Crear leyes contradictorias.
- 6) Dictar leyes de imposible cumplimiento.
- 7) Cambiarlas frecuentemente.
- 8) Incongruencia entre las reglas de promulgación y su aplicación.

El resultado que obtiene Fuller de este estudio, es que cuando el legislador no incurre en ninguno de los ocho casos anteriores, se cumple lo que él denomina la moral interna del Derecho cuyos principios serían las antítesis de aquéllos casos:

- 1) Generalidad.
- 2) Publicidad.
- 3) No retroactividad.
- 4) Comprensibilidad.
- 5) No contradictoriedad.
- 6) Acatabilidad.
- 7) Estabilidad.
- 8) Coherencia institucional.

2.1.3. Justicia formal en relación con la sociedad.

Aquí únicamente recordar la importancia de eliminar el temor del hombre y de crear confianza.

2.2. Justicia material.

La justicia está relacionada con dos valores claros: la libertad y la igualdad.

En el contexto del liberalismo, la justicia se plantea como una búsqueda del equilibrio entre estos dos valores. Existen autores que en este equilibrio le dan más importancia a la libertad y son los libertarios representados por Nozick o Hayek, entre otros. Otros, destacan el papel de la igualdad sobre el de la libertad, son los que defienden el liberalismo igualitario como Rawls, Dworkin o Sean. Según sigamos la concepción de unos u otros, encontraremos distintas visiones sobre qué es la justicia material⁷.

⁷ GARGARELLA, R. *Las Teorías de la Justicia después de Rawls*, Paidós, Barcelona, 1999.

Por una parte, cuando hablamos de libertad, nos referimos a la libertad de elección y a libertad moral, pero, sobre todo, a la libertad social, política y jurídica que son el presupuesto para que exista un hombre realmente libre.

En cuanto a la igualdad⁸, podemos destacar que todos los seres humanos somos iguales como especie y que está prohibida la discriminación basada en nuestras diferencias como seres humanos. Sin embargo, sí está permitida la discriminación inversa, que se supone temporal y cuyo objetivo es igualar a las personas que de hecho están en situaciones de desigualdad, al resto.

Por tanto, para que exista justicia material, será necesaria la presencia de los valores de libertad e igualdad, valores que sólo se dan en escenarios donde es posible la concurrencia de ambos al mismo tiempo.

3. QUÉ ENTENDEMOS POR NORMA INJUSTA.

Al versar una parte de nuestro trabajo sobre cuál debe ser la actuación de un profesional jurídico ante una norma injusta, considero que es importante primero aclarar qué es lo que entendemos por norma injusta. Para contestar a la cuestión planteada utilizaremos las perspectivas de tres autores claves en la historia de la filosofía, como son Ronald Dworkin, Hans Kelsen y Herbert L. A. Hart.

Antes de analizar la postura del iusnaturalismo deontológico o contemporáneo que defiende el primero de nuestros autores, no podemos dejar de mencionar algunas claves del pensamiento filosófico del que deriva dicha postura: el iusnaturalismo ontológico o clásico cuyo máximo exponente fue Santo Tomás.

Como ya sabemos, para los autores iusnaturalistas existe una unión necesaria entre ética y derecho. Adelantándonos un poco a lo que más tarde analizaremos cabe decir que para un defensor de esta corriente, la norma siempre será justa, pues provendrá de un orden natural que determinará la condición de Derecho de esa norma.

⁸ Existe un debate en cuanto a la igualdad, sobre si lo que se debe perseguir es una igualdad de recursos o asignar recursos suficientes para todos, o si se debe distribuir diferenciadamente los recursos atendiendo a las necesidades de cada uno. La corriente que defiende esta última idea se denomina prioritarismo y se compromete no con tratar a todos igual, sino en mejorar la posición de aquellos que están peor. Podría ser un ejemplo de esta última el Principio Diferenciador de Rawls.

Santo Tomás, en su pensamiento distingue entre Ley Eterna, Ley Natural y Ley Positiva, teniendo la Ley Eterna que fundamentar a la Ley Natural, así como ésta a la Ley Positiva.

Para Santo Tomás la Ley Eterna es la evidencia de la justicia divina.

Con la Ley Natural, concepto clave en su pensamiento jurídico-filosófico, nuestro autor se refiere al derecho incrustado en la razón. Podemos entender la Ley Natural como la participación de la Ley Eterna en la criatura racional, participación mediante la cual el hombre es capaz de discernir lo bueno y justo de lo malo e injusto.

Con lo que Santo Tomás denomina la “sindéresis”, el hombre tiene la facultad de conocer de forma innata y evidente los principios de la Ley Natural. El hombre está obligado a buscar y hacer el bien y a evitar el mal. La Ley Natural es universal y obligatoria para todos los seres racionales, pues la misma consiste en unos contenidos que ya están establecidos y de los que el hombre no puede disponer subjetivamente.

Una vez comprendido el concepto de Ley natural podemos entender que según la visión de este autor iusnaturalista, la Ley Positiva será derecho y estaremos obligados a cumplirla cuando sea justa por proceder de la Ley Natural. Los contenidos de la Ley Positiva tendrán que ser conformes a los preceptos ético-jurídicos de la Ley Natural y, en caso de no ser, no se considerará a dicha ley ni justa ni derecho y podrá ser incumplida.⁹

Pues bien, comenzando con la postura del iusnaturalismo deontológico o contemporáneo defendida por Ronald Dworkin, cabe recordar que uno de los hechos por lo que este autor es clave en la filosofía del derecho es por haber criticado abiertamente el positivismo cuando éste alcanzaba su mayor auge. Dworkin se muestra especialmente disconforme con la separación positivista entre ética y derecho y pretende crear una teoría del derecho que incluya el razonamiento moral.

Una de las cuestiones que aquí nos interesan del pensamiento de Ronald Dworkin, es su parecer sobre la importancia de la aplicación judicial para el Derecho. En su reflexión sobre los *casos difíciles*, Dworkin analiza los supuestos en los que las normas no nos dan una solución concreta. El autor estima, que en todos los

⁹ DE AQUINO, STO. T., *Suma teológica*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 2010.

ordenamientos jurídicos no sólo contamos con las reglas sino también con otro tipo de normas que son los principios. Dentro de esos principios podemos encontrar los que se refieren a la igualdad y la justicia, por una parte, y por otra, los que establecen los objetivos sociales que deben ser alcanzados.

Para Dworkin, estos principios cumplen una función esencial tanto cubriendo lagunas que pueden surgir en la aplicación del Derecho, como limitando algunas reglas que, de considerarse que fuesen contrarias a alguno de ellos, podrían llegar a no aplicarse. Por tanto, los jueces en la aplicación del derecho utilizan principios morales por lo que se puede concluir que el razonamiento jurídico necesita del razonamiento moral. Así, en esta parte vemos la importancia para este autor de la ética y el derecho como unión necesaria, en contra del pensamiento positivista que después analizaremos.

Para este autor iusnaturalista, para que una sociedad fuese justa tendría que estar basada en la “igualdad de recursos”, la cual está garantizada por dos instituciones: la “subasta” y el “seguro”.

Dworkin se muestra en desacuerdo con aquellos que defienden que todos los hombres deben tener exactamente el mismo bienestar independientemente de lo hagan o dejen de hacer en la vida. Para él, lo importante es que todos podamos acceder de manera igualitaria a los recursos pudiendo así comenzar todos con el mismo capital que después variará en consonancia con las decisiones que tomemos respecto a él.

Nuestro autor, considera que para poder disponer de manera igualitaria de este capital inicial, ningún miembro de la comunidad debe tener envidia de lo que tenga el otro, es decir, debemos superar lo que él denomina el “test de la envidia”. Para ello plantea la institución de la subasta, utilizando para ejemplificarla la imagen de una isla desierta en la que a todas las personas se les da un mismo número de conchas para pujar en una subasta por los recursos disponibles en esa isla. De este modo, todo el mundo podrá acceder con total igualdad a los recursos que estimen necesarios para el futuro desarrollo de los mismo asegurando así su bienestar. Al finalizar esta subasta, nadie tendrá envidia de los recursos que estén bajo el control de los otros, pues han tenido la misma oportunidad de adquirirlos pero han preferido no hacerlo. El autor lo expresa de la siguiente manera:

“Si sus metas, ambiciones o proyectos son más fáciles de satisfacer que los míos, o si su personalidad es distinta en algún aspecto pertinente, ustedes pueden ser mucho más felices o estar más satisfechos con su vida de lo que yo lo estoy, a pesar de que yo no cambiaría mis recursos por los suyos. La igualdad liberal es igualdad de recursos, no de bienestar”.¹⁰

En ella Dworkin quiere decir lo ya explicado con anterioridad, que la envidia queda superada necesariamente pues nadie querrá cambiar sus recursos por los del otro, ya que de desearlos, los habría adquirido pujando por ellos cuando tuvo la misma oportunidad que el resto.

Con este primer mecanismo conseguimos que haya una igualdad en los bienes impersonales de los que disponemos inicialmente, sin embargo, los recursos personales seguirán siendo distintos para cada uno. Dworkin, cree que debe haber un segundo mecanismo que suponga una compensación para menguar las desigualdades de estos recursos personales y de suerte y así crea la segunda institución: “el seguro”.

Para la mejor comprensión de esta institución debemos explicar brevemente los dos tipos de suerte que distingue Dworkin. En primer lugar, nuestro autor habla de la “*option luck*” o suerte opcional que es la que depende de las elecciones que cada uno hace en la vida. En segundo lugar, nos encontramos con la “*brute luck*” o suerte bruta que es la que no deriva de una actuación de la persona, es algo que no se escoge. Cuando hablamos de suerte bruta nos referimos, por ejemplo, de la lotería genética, pues nacer con algún defecto congénito (ejemplo de lotería genética) no depende de la elección de cada uno, sino de algo que te viene dado.

Con el seguro Dworkin pretende crear un vínculo entre ambos tipos de suerte de manera que hechos que estarían enmarcados dentro de la *brute luck*, pasen a formar parte del campo de la *option luck*. Así, ofreciendo por medio del seguro privilegios a estas personas que, por la suerte bruta, viven situaciones menos favorecidas, pasa a ser cuestión dependiente de la elección de estar personas y, por tanto, de la *option luck*, que se beneficien de estos privilegios o no.

Pues bien, empezaremos ahora con el iuspositivismo formalista de Kelsen. Lo primero que debemos saber del pensamiento de este autor es que para él, que como positivista defiende la necesaria separación entre ética y derecho, la justicia no es un problema jurídico. En el análisis de su postura vamos a centrarnos, por una parte, en el

¹⁰ DWORKIN, *Ética privada e igualitarismo político*, Paidós, Barcelona, 1993, pp. 87-88.

origen de la validez de las normas y en la cuestión de si estamos obligados a cumplirlas, y por otra, en qué es lo que entiende este autor por justicia.

La pretensión fundamental de Kelsen es la purificación del derecho, es decir, lo que Kelsen quiere es construir una teoría pura del Derecho. Para este autor hay algunas ciencias que contaminan el derecho y nos debemos librar de ellas pues el derecho no está en la realidad, sino en la lógica lingüística de las normas y, por tanto, ha de ser un saber puro.

Pasando ahora a analizar el origen de la validez de las normas según la perspectiva de Hans Kelsen, lo primero que debemos mencionar es que para el mismo, es totalmente posible aislar el contenido y la validez. Para este autor, la existencia de una norma jurídica viene determinada por su validez formal que se determina al margen del contenido, es más, la validez no proviene de asumir un contenido, sino que surge de ser dictada por el poder legislativo de la manera formalmente idónea mediante un proceso concreto.

Para Kelsen existe una norma, la norma fundamental, que sirve para fundamentar la unidad y validez de todas las normas del ordenamiento jurídico estatal. Con esta norma surge una nueva categoría denominada “deber jurídico” que consiste en comportarse como establece el poder. La norma fundamental de la que hablamos es necesaria en el pensamiento de Kelsen pues cada norma recibe su legitimidad y validez de la norma anterior y este método nos conduciría al infinito de no existir la misma. Es decir, para este autor iuspositivista lo que marca la existencia de la norma de derecho positivo es su validez y esta, a su vez, se establece con el siguiente principio: toda norma tiene que surgir de otra norma previa y jerárquicamente superior. Esto da lugar al siguiente problema lógico: si toda norma existente es válida por la existencia de una norma anterior, siempre necesitaremos de una norma previa para dar validez al Derecho. Esto lo resuelve Kelsen con la norma fundamental que constituirá el fundamento y origen inicial del Derecho.

En su última etapa, influenciado por el realismo norteamericano, Kelsen relaciona la validez de las normas con su eficacia o efectividad, afirmando que la misma es condición necesaria para su validez. Sobre esta cuestión conocida como el problema de la desuetudo, el autor llegó a expresar que: “Una norma que en ningún lugar y nunca

es aplicada y obedecida, es decir, una norma que –como se suele decir- no alcanza cierto grado de eficacia, no es considerada como una norma jurídica válida”.¹¹

Pasando ahora a la cuestión de qué entiende Kelsen por justicia cabe citar una de sus reflexiones sobre la historia de la misma:

“Ninguna otra cuestión se ha debatido tan apasionadamente, ninguna otra cuestión ha hecho derramar tanta sangre y tantas lágrimas, ninguna otra cuestión ha sido objeto de tanta reflexión para los pensadores más ilustres, de Platón a Kant. Y, sin embargo, la pregunta sigue sin respuesta. Parece ser una de esas cuestiones que la sabiduría se ha resignado a no poder contestar de modo definitivo y que sólo pueden ser replanteadas”.¹²

En su obra, Kelsen hace un resumido análisis a los distintos significados que diversas corrientes han querido darle al término justicia. Nuestro autor relaciona la justicia como una cualidad que es posible, aunque no siempre se da, en una sociedad basada en las relaciones entre los hombres. Por otra parte, dice que la justicia puede suponer una cualidad humana si el comportamiento de un hombre se corresponde a las normas establecidas en el orden social.

Al final del capítulo titulado *¿Qué es justicia?*, de su obra con el mismo nombre, el autor acaba concluyendo:

“He empezado este ensayo preguntándome qué es la Justicia. Ahora, al concluirlo, sé que no he respondido a la pregunta. Lo único que puede salvarme aquí es la compañía. Hubiera sido vano por mi parte pretender que yo iba a triunfar allí donde los más ilustres pensadores han fracasado. Verdaderamente, no sé ni puedo afirmar qué es la Justicia, la Justicia absoluta que la humanidad ansía alcanzar. Sólo puedo estar de acuerdo en que existe una Justicia relativa y puedo afirmar qué es la Justicia para mí. Dado que la Ciencia es mi profesión y, por tanto, lo más importante en mi vida, la Justicia, para mí, se da en aquel orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad. Mi justicia, en definitiva, es la de la libertad, la de la paz; la Justicia de la democracia, la de la tolerancia”.¹³

Creo que en este párrafo con el que concluye el capítulo en el que se cuestiona sobre qué constituye realmente la Justicia, Kelsen vuelve a hacer un guiño a su postura sobre la separación ética-Derecho. Al decir el autor que no puede afirmar qué es la “Justicia absoluta que la humanidad ansía alcanzar”, sino que únicamente podría precisar qué es la Justicia para sí mismo, pretende aclarar que ese concepto, que en parte es concepto ético, no existe establecido como algo universal para todo el mundo, sino que únicamente podemos encontrarlo en el interior de cada uno. De esta manera, el

¹¹ KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, p. 24.

¹² KELSEN, H., *¿Qué es justicia?*, 2ª Edición, ARIEL S.A., Barcelona, 1992, p. 35.

¹³ KELSEN, H., *¿Qué es justicia?*, 2ª Edición, ARIEL S.A., Barcelona, 1992, p. 63.

Derecho es un concepto universal, igual para todo el mundo, pues su existencia depende únicamente de su validez formal, mientras que la ética, será un concepto que pertenezca al plano individual, con posibles matices distintos para cada persona.

Por último, nos centraremos en el pensamiento del autor H. L. A. Hart. Hart se separa de las corrientes positivistas que defienden a ultranza la necesaria separación entre la ética y el derecho. Este autor diferencia entre la esencia del derecho, que se encuentra en el derecho positivo, y el fundamento del mismo, que se encuentra dividido entre fundamento jurídico y fundamento ético.

El fundamento ético del que nos habla Hart, va a venir constituido por el Derecho Natural con el carácter universal y de contenidos que éste implica. El fundamento jurídico, por su parte, tiene relación con lo que el autor denomina la “regla de reconocimiento”. Esta regla es una regla histórico-social que cumple con la necesidad que tienen las leyes positivas de ser medidas por una regla magistral que las reconozca como Derecho. Hart opina que no podemos renunciar al ninguno de los dos fundamentos.

Como podemos comprobar con lo que he explicado anteriormente, para este autor, tiene que haber un enlace entre la ética y el derecho que es, más que una relación de subordinación, una de concordancia. El modelo de Derecho para Hart es aquel en el que se da esta concordancia pero ésta puede no darse y no hacer el Derecho inválido siempre que cumpla con las condiciones de la regla de reconocimiento.

Como hemos visto, dependiendo de la corriente en la que nos situemos, podemos tener concepciones distintas sobre lo que podemos entender por una norma injusta. Si abogamos por un punto de vista iusnaturalista, será injusta la norma que no esté basada en el derecho natural y que no enlace la ética con el derecho. Por otra parte, tenemos el pensamiento positivista formal de Kelsen para el que el cumplimiento jurídico de la norma únicamente ha de venir determinado por el proceso formal de creación que se haya utilizado para dictarla. Por último, con Hart, descubrimos un nuevo punto de vista sobre la unión de fundamentos del Derecho. Podemos, por tanto, concluir, como ya decía Kelsen para definir la justicia, con que parece que la cuestión de qué es una norma injusta está destinada a seguir siendo debatida y será difícil encontrar una respuesta que nos satisfaga a todos.

4. ÉTICA DE LAS PROFESIONES JURÍDICAS.

4.1. Deontología.

La RAE define el término “deontología” como “ciencia o tratado de deberes”. A su vez, podríamos decir que se trata de la rama de la ética que tiene como fin establecer los deberes morales o éticos que han de seguir los que ejerzan determinadas profesiones. Dicho término fue introducido por Bentham en su obra *Deontology or the Science of Morality*¹⁴. Solemos encontrar recogidos estos deberes morales en lo que son conocidos como Códigos Deontológicos.

El profesional tiene una obligación para con la sociedad y, a pesar de ser la deontología deberes impuestos por la moral, éste debe seguir la pauta marcada por su colectivo profesional. La deontología es el aspecto de la ética del sujeto profesional por la que el mismo tiene que comprender a priori la pauta generalizada de actuación que externamente se le marca por su propio colectivo profesional; dicha pauta sólo puede incumplirse por dificultades específicas de conciencia o aplicación.

Es frecuente el debate sobre las similitudes y diferencias que presentan las áreas de la ética profesional y la deontología. Pasemos a analizar algunas de estas aproximaciones y distinciones¹⁵:

- En primer lugar, la deontología es una ética aplicada al mundo profesional, mientras que la ética profesional va más allá de esa mera aplicación, buscando cuáles son los bienes internos que cada actividad profesional debe proporcionar a la sociedad, es decir, qué metas y valores es preciso incorporar en cada profesión.
- Ambas ciencias son complementarias, aunque podríamos decir que la ética es el horizonte de la deontología.
- Por último, cada una de ellas abarca un ámbito, teniendo la ética profesional como objetivo la conciencia individual y la deontología lo que es aprobado por un colectivo (criterios compartidos).

Tras estas puntualizaciones podríamos hacer una definición un poco más en profundidad de ambos términos, resultando así:

¹⁴ BENTHAM, J., *Deontology or the Science of Morality*, Bibliolife, London, 2009.

¹⁵ GRANDE YÁÑEZ, M., *Ética de las Profesiones Jurídicas*, Desclée De Brouwer, Bilbao, 2006.

La ética profesional es la ética no normativa y no exigible, que propone motivaciones en la actuación profesional, que se basa en la conciencia individual y que busca el bien de los individuos. Es el horizonte, la configuradora del sentido y la motivación de la deontología.

La deontología, por su parte, es la ética aplicada al mundo profesional, concretada en unas normas y códigos de conducta exigibles a los profesionales, aprobados por el colectivo profesional, que enumera una serie de deberes y obligaciones mínimos para todos los profesionales con algunas consecuencias de carácter sancionador.

4.2. Importancia de la deontología en la profesión de la abogacía que se enfrenta a una sociedad global.

En este punto lo que trataremos de analizar será lo relevante del compromiso que tiene el abogado, impuesto tanto por la propia ética como por las normas establecidas en su Código Deontológico, con la sociedad actualmente caracterizada por ser una sociedad global.

Pues bien, en primer lugar, y ya que vamos a tratar el papel del abogado en una sociedad como ya hemos dicho global, tenemos que hacer una breve referencia al hecho de la globalización. Para ello, veremos algunas de las definiciones que se le han dado a dicho término¹⁶:

- Fondo Monetario Internacional¹⁷:

“La creciente dependencia económica mutua entre los países del mundo ocasionada por el creciente volumen y variedad de transacciones transfronterizas de bienes y servicios, así como por la de flujos internacionales de capitales, y por la aceleración de la tecnología en más lugares del mundo”.

- Comisión Europea¹⁸:

“Proceso mediante el cual los mercados y la producción de diferentes países están volviéndose cada vez más interdependientes debido a la dinámica del intercambio de bienes y servicios y a los flujos de capital y tecnología”.

¹⁶ VITERI DÍAZ, G., *Notas sobre Globalización*, (<http://www.eumed.net/libros-gratis/2008b/389/#indice>)
Última consulta: 24/03/2014).

¹⁷ Fondo Monetario Internacional, *Perspectivas de la economía mundial*, Washington, mayo 1997, p. 50.

¹⁸ THOMPSON, G., “Introducción: para situar la globalización”, *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, No. 160, junio 1999, p. 2.

- CEPAL¹⁹:

“La creciente gravitación de los procesos económicos, sociales y culturales de carácter mundial en los ámbitos nacional y regional”.

- Banco Mundial²⁰:

“Cambio general que está transformando a la economía mundial, un cambio que se refleja en vinculaciones internacionales cada vez más amplias e intensas del comercio y las finanzas y el impulso universal hacia la liberación del comercio y los mercados de capital por la creciente internacionalización, y por un cambio tecnológico que está erosionando con rapidez las barreras que obstaculizan el comercio internacional de bienes y servicios y la movilidad de capital”.

- Giddens²¹:

“La intensificación en escala mundial de las relaciones sociales que enlazan localidades muy distintas, de tal modo que lo que ocurre en una está determinado por acontecimientos sucedidos a muchas millas de distancia y viceversa”.

- Miguel Sáez²²:

“Creciente internacionalización de los procesos económicos (producción, inversión, comercio y finanzas), políticos y culturales, dando como resultado su acelerada interdependencia a nivel mundial y la generación de poderes y dinámicas que tienden a rebasar la capacidad de acción de los Estados y de los actores tradicionales condicionando claramente sus intervenciones”.

- José Santamarta²³:

“Proceso que integra las actividades económicas, sociales, culturales, laborales o ambientales. La globalización supone también la desaparición de las fronteras geográficas, materiales y espaciales”.

- Alberto Bonnet²⁴:

“Una determinada combinación de procesos económicos, sociales, políticos, ideológicos y culturales que puede ser entendida como una nueva etapa de acelerada extensión e intensificación de las relaciones sociales capitalistas. [...] Se refiere a una combinación de procesos, una constelación, determinada por el único principio que puede considerarse articulador y convertir en inteligibles este tipo de totalidades complejas y antagónicas: la lucha de clases”.

¹⁹ CEPAL, *Globalización y desarrollo, Vigésimonoveno Período de Sesiones*, Brasil, del 6 al 10 de mayo 2002, p. 3.

²⁰ SHAEFFLER, K., “Las empresas multinacionales en América Latina ¿Promotoras del desarrollo o villanos de la globalización?”, *Revista Contribuciones*, No. 3, Buenos Aires, julio-septiembre 1998, p. 107.

²¹ RIVAS, F., “Teoría de la globalización y el Foro de Cooperación Económica de Asia”, *Revista Comercio Exterior*, Vol. 46, No. 12, México, diciembre 1996, p. 957.

²² SÁEZ, M., “Globalización financiera, crisis mundial e impacto sobre América Latina”, *Revista Economía y Política*, No. 4, Cuenca, diciembre 1998, p. 11.

²³ SANTAMARTA, J., *¿Qué es la globalización?*, (<http://www.plades.org.pe/etextos/santamarta.htm>)
Última consulta: 31/03/2014)

²⁴ BONNET, A., “La globalización y las crisis latinoamericanas”, *Revista Mensual de Economía, Sociedad y Cultura*, febrero 2002, p.1.

La globalización es, por tanto, un proceso de comunicación, acercamiento e interdependencia entre los estados que engloba terrenos altamente relevantes como son, el económico, el social, el tecnológico o el cultural.

Este proceso, nacido en el mundo occidental, ha ido creciendo en las últimas décadas, siendo impulsado por hitos como el fin del comunismo o de la Guerra Fría. Altamente influenciado por la revolución informática, la globalización se caracteriza por tratar de crear una economía de mercado a nivel mundial donde son claves la libre circulación de capitales y la producción a escala planetaria. Uno de los grandes logros de la globalización es la conectividad humana y la interrelación entre sociedades y culturas, hechos que, en el plano jurídico, también han tenido sus efectos, teniendo que verse éste en la necesidad de uniformar y hacer más simples procedimientos y regulaciones.

Así, como defiende el cosmopolitismo de Kant, por una parte, cada individuo tenemos una serie de obligaciones respecto al resto de la humanidad y, por otra, la sociedad política habría de abogar por crear vínculos entre los colectivos humanos utilizando, entre otras herramientas, el Derecho. Por tanto, como ahora pasaremos a ver, el abogado tiene una obligación para con la sociedad tanto como individuo que forma parte de ella, como profesional encargado de velar por esa interrelación humana.

La referencia más clara en código escrito que encontramos a esta obligación de la abogacía es la que hace el artículo 1.1 del Código de Deontología de los Abogados en la Unión Europea:

“En una sociedad basada en el respeto al Estado de Derecho, el Abogado cumple un papel esencial. Sus obligaciones no se limitan al fiel cumplimiento de lo encomendado, en el ámbito de la legislación aplicable. Un abogado debe servir los intereses de la Justicia, así como los derechos y libertades que se le han confiado para defenderlos y hacerlos valer”.

Retrató muy bien la función social del abogado Don Antonio Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos, Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, en su

intervención en el Congreso UNIJES “Retos de la Abogacía ante la Sociedad Global”²⁵, diciendo lo siguiente:

“En un entorno de economía de mercado y libre competencia, ejercemos una profesión con alma, capaz de liderar la búsqueda de la paz social y obligada a materializar el ideal de la justicia. Para ello, además de disponer de los recursos necesarios, tenemos que afilar y rediseñar nuestras herramientas, las normas y las instituciones. Son dos tareas distintas, aunque relacionadas: ejercer comprometidamente la defensa y contribuir a una mejor organización del futuro”.²⁶

Al abogado le son comúnmente reconocidas dos funciones específicas que son las de representar y defender a su cliente, velando por sus derechos e intereses, y brindarles asesoramiento en distintos aspectos legales y jurídicos. Pues bien, en cada una de estas dos funciones al abogado le vienen impuestas obligaciones de actuación en el orden de la deontología con el fin de preservar esa paz social de la que estamos hablando.

Por una parte, en el desempeño de la defensa del cliente, el abogado tiene la prohibición de actuar injustamente o ilícitamente para lograr los fines buscados en esa defensa. El abogado, no puede caer en el engaño de querer ganar el pleito sea cual sea el medio empleado, pues esto se haya muy lejos de su deber de servir los intereses de la Justicia. Sirviéndonos de lo que decía Carlos Dívar Blanco cuando afirmaba que, “los abogados son aquellas personas que, cuando se plantea un conflicto, brindan su consejo a los sujetos enfrentados, consejo que ha de estar fundado siempre en el contenido de una norma”²⁷, tenemos que hacer especial hincapié en el hecho de que este profesional, por ser herramienta de la Justicia misma, siempre ha de basarse en ella en su actuación aunque tenga la certeza (falsamente fundada y ahora explicaré por qué) de que eludiéndola, podría aproximarse más al fin deseado por su cliente. Lo verdaderamente cierto es, que utilizando medios ilícitos o contrarios a la Justicia, lo único que vamos a

²⁵ VII Congreso UNIJES “Retos de la Abogacía ante la Sociedad Global”, convocado por las Facultades de Derecho de las Universidades de Deusto, Ramón Llull (ESADE) y Pontificia de Comillas, y acogido por la última en el marco del cincuentenario de ICADE.

²⁶ HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, A., “Retos de la Abogacía ante la Sociedad Global”, en Carretero, C. y de Montalvo, F (Dir.) y Gisbert, M. y Serrano, A. (Coord.), *Retos de la Abogacía ante la Sociedad Global*, Aranzadi SA., Navarra, 2012, p. 95.

²⁷ DÍVAR BLANCO, C., “Fundamentos Éticos de la Abogacía”, en Carretero, C. y de Montalvo, F (Dir.) y Gisbert, M. y Serrano, A. (Coord.), *Retos de la Abogacía ante la Sociedad Global*, Aranzadi SA., Navarra, 2012, p. 158.

conseguir es un resultado injusto tanto para la parte contraria, como para nuestro cliente y la sociedad en su conjunto

En cuanto al asesoramiento del cliente, no podemos olvidar que estamos ante una función que en la mayoría de los casos puede ser preventiva. Cuando decimos esto, nos referimos a que durante el ejercicio de sus funciones y en especial del asesoramiento, el abogado ha de saberse responsable de intentar menguar la conflictividad social. Esto anterior choca directamente con la *mala praxis* que se ha venido ejerciendo en los últimos años por una parte del colectivo de la abogacía que, podemos suponer que con el fin de ver incrementados sus honorarios y faltando a su deber con la sociedad, ha enfocado parte de sus esfuerzos en la tarea de captar clientes fomentando o incitando a los mismos a comenzar un pleito. En el Estatuto General de la Abogacía está reflejada una prohibición relacionada con esta práctica y que impide a los abogados ofrecer sus servicios a personas que por lo reciente de su desgracia, carezcan de la serenidad necesaria para poder decidir libremente sobre los aspectos legales de su situación.²⁸ Como lo expresa Don Luis Armando García Segura, “los abogados están llamados a colocar una valla antes del precipicio y no ofrecer una ambulancia al cliente cuando éste ya haya caído”²⁹.

El Código Deontológico de los abogados españoles dispone en su artículo tercero dedicado a la libertad de defensa, un par de obligaciones que sintetizan lo expuesto hasta ahora sobre el correcto ejercicio de las funciones por parte de un abogado. Así, en el primer párrafo dice que “El abogado tiene el derecho y el deber de defender y asesorar libremente a sus clientes, sin utilizar medios ilícitos o injustos, ni el fraude como forma de eludir las leyes”. En el segundo, por su parte, “El abogado está obligado a ejercer su libertad de defensa y expresión conforme al principio de buena fe y a las normas de la correcta práctica profesional”.

La globalización de la que comenzamos hablando, nos ha traído numerosos avances que nos han permitido romper las fronteras que solían dividir a los distintos estados pero, junto con todo lo bueno, también ha habido una creciente obsesión por la eficiencia más motivada por el deseo de tener que por cualquier ética. El abogado, tiene

²⁸ Estatuto General de la Abogacía, Real decreto 658/2001, de 22 de junio. Artículo 25.2.

²⁹ GARCÍA SEGURA, L. A., “Deontología Jurídica en el siglo XXI: una visión crítica”, en Carretero, C. y de Montalvo, F (Dir.) y Gisbert, M. y Serrano, A. (Coord.), *Retos de la Abogacía ante la Sociedad Global*, Aranzadi SA., Navarra, 2012, p. 483.

el deber de saber conciliar los intereses de su cliente y los suyos propios con el Derecho que es el que debe motivar toda su actuación. En esta conciliación, deberá saberse obligado para con no sólo su cliente, sino también los tribunales y autoridades, su profesión en general y cada uno de sus compañeros en particular, y la sociedad en su conjunto.

Podemos concluir este punto, resumiendo las ideas que hemos ido desarrollando a través de él y así, personalmente me quedaría con dos pilares que creo que son los que sustentan todo lo dicho anteriormente. El primero, es que vivimos en una sociedad cada vez con menos fronteras en el que el abogado juega un papel determinante como defensor de valores que el mundo, por mucho que se globalice, no puede perder. Estos valores son: la igualdad, la seguridad en general y la jurídica en concreto, y la Justicia en sí misma. No quiero decir con esto, que la globalización lleve a una necesaria pérdida de estos valores, sino que, en ocasiones, como consecuencia de esa fiebre por la eficiencia, de la que ya hablábamos, y por la necesidad de lo material a la que nos ha llevado la globalización, es posible que se les otorgue menos protección y, por tanto, se pongan en peligro. Es imprescindible ser verdaderamente conscientes de la relevancia que tienen estos profesionales. Por último, por ser los abogados las herramientas que utiliza la Justicia para hacerse valer, estos tienen inherente a su profesión, un deber para con la sociedad. Utilizaré para concluir las palabras de Doña Esther Lumbreras Sancho que sintetizan el origen de este deber:

“Somos privilegiados, contamos con destrezas, con un conocimiento específico sobre las leyes, el Derecho y los mecanismos jurisdiccionales, que para muchos no son más que arcanos indescifrables, pero de cuyo significado puede depender su vida o su patrimonio. Este privilegio nos hace, inevitablemente, estar en deuda con la sociedad que nos ha brindado la oportunidad de estar en la situación en la que ahora nos encontramos. Una obligación ética, moral, que nos obliga, en gratitud, a devolver parte de lo que se nos ha dado”.³⁰

4.3. Enfrentamiento del abogado a una norma injusta.

Creo que es conveniente hacer en este punto en el que estamos hablando de las responsabilidades del abogado para con la sociedad, una breve referencia a lo que

³⁰ LUMBRERAS SANCHO, E., “El compromiso del Abogado. El trabajo pro bono” en Carretero, C. y de Montalvo, F (Dir.) y Gisbert, M. y Serrano, A. (Coord.), *Retos de la Abogacía ante la Sociedad Global*, Aranzadi SA., Navarra, 2012, p. 818.

desarrollaremos más adelante, en la parte práctica de este estudio, relativo al enfrentamiento de un profesional jurídico con una norma injusta.

A lo largo de todo el epígrafe, hemos repetido la importancia de la función social del abogado como sujeto que, privilegiadamente, posee los conocimientos necesarios para hacer posible el valor de la justicia en nuestra realidad. Hasta ahora nos hemos centrado más bien en los deberes que tienen estos sujetos de utilizar correctamente las herramientas que le vienen dadas, es decir, las normas. Hemos hablado de la prohibición de utilizar medios injustos y de la necesidad de buscar el fin que a todos nos beneficia que es el de la Justicia pero, ¿qué ocurre cuando es el propio Derecho el que propone un mecanismo injusto?, ¿cuál debe ser en ese caso la actuación correcta del abogado?

Pues bien, como muy bien expresa Don José Luis Rey Pérez en su reflexión sobre la objeción de conciencia de los abogados³¹, cuando hablamos de una norma injusta tenemos que precisar en qué contexto político nos encontramos, pues no es lo mismo un estado totalitario o dictatorial que uno democrático. La actuación del abogado tendrá que variar según nos encontremos en uno u otro.

En el primero de los casos, el abogado juega un papel esencial, pudiendo depender de su correcta actuación y defensa, que se vulneren o no, derechos fundamentales y libertades básicas de los ciudadanos. Viviendo en un estado con una situación política dictatorial, no será común que pueda valerse de mecanismos instaurados institucionalmente para denunciar o tratar de cambiar esa norma o conjunto de normas injustas. Siendo lo anterior una realidad, podemos decir que al abogado no le quedará otra solución que lidiar con las normas impuestas por el régimen del que se trate para que, manejándolas como pueda, consiga encontrar una solución que, “sin ser justa, sea lo menos injusta posible”.

Si, por el contrario, el abogado se encontrase en un Estado democrático y de Derecho, la situación sería distinta. Para empezar, partimos de la base de que en un Estado constitucional, las normas antes de aprobarse han seguido un procedimiento legalmente establecido y han sido acordadas por una mayoría, todo con el fin de tratar de evitar que la norma que se aprueba pueda vulnerar derechos de los ciudadanos.

³¹ REY PÉREZ, J. L., “Una reflexión sobre la objeción de conciencia de los abogados”, en Carretero, C. y de Montalvo, F (Dir.) y Gisbert, M. y Serrano, A. (Coord.), *Retos de la Abogacía ante la Sociedad Global*, Aranzadi SA., Navarra, 2012, pp. 525-539.

Además, todas las normas tienen que respetar unos principios y valores recogidos en la Constitución y, en caso de no hacerlo, también habrá un procedimiento posterior que examine la licitud de esa norma y la expulse del ordenamiento si así procede. Si nos encontramos en ese caso, y si el juez no hubiese presentado la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, tendrá el abogado que colaborar con él planteándole la necesidad de hacerlo. Por ser más común, de lo que tenemos que hablar aquí no es tanto de normas que sean claramente injustas, sino de normas que, al aplicarlas al caso concreto, puedan acarrear consecuencias no justas. En estos casos, será de especial relevancia que el abogado en sus argumentaciones, interprete la norma de manera que no se pueda considerar injusta.

4.4. Especial referencia a la objeción de conciencia del abogado.

La objeción de conciencia puede ser definida como el rechazo a determinadas normas jurídicas por considerarse contrarias a la ética o a las creencias religiosas de una persona. Es un acto que no es antijurídico porque el Derecho entiende que una norma que incluye una prestación personal puede ser incompatible con la moral privada del sujeto y, en ese caso, le exceptiona de su cumplimiento o le impone una prestación alternativa. En el ordenamiento jurídico español, en concreto en la Constitución Española en su artículo 30.2, únicamente hace referencia a esta objeción aplicada a la prestación del servicio militar. Los tribunales españoles, sin embargo, han venido entendiendo en su jurisprudencia que este derecho forma parte de la libertad ideológica, religiosa y de culto³². En esa misma jurisprudencia, los tribunales han precisado que este derecho no se debe entender como vía para el rechazo al cumplimiento de cualquier norma, pues de entenderse tan ampliamente, chocaría frontalmente con la imperatividad de la que goza el ordenamiento jurídico.

Como ya decíamos en el segundo punto de este epígrafe, actualmente nos movemos en una sociedad sin fronteras, globalizada y totalmente multicultural. Este hecho, supone que siempre habrá algún caso en el que las creencias de una persona choquen con alguna disposición del ordenamiento jurídico. Es aquí donde tendría que entrar el papel interpretativo de los jueces, pero este no es la cuestión que aquí nos toca tratar.

³² Por ejemplo: STC 53/1985, de 11 de abril. Fundamento Jurídico. 4º.

Lo que sí nos interesa es cómo puede influir la objeción de conciencia en el desarrollo del ejercicio de las funciones de los abogados. Nos tenemos situar mentalmente entonces, en el supuesto que podría darse si un abogado rechazase un caso no por su libertad profesional, sino amparándose en su libertad de conciencia. Según el profesor Rey Pérez, en este caso estarían chocando dos derechos que tienen la misma importancia y que serían el derecho a la defensa y el derecho a la objeción de conciencia. La solución que propone en el caso de que ambos sean incompatibles, es que el derecho a la defensa es el que tendría que prevalecer, pudiendo servirse el abogado de la forma de llevar el caso que según él, asegure que se alcanzará una solución justa. Así el abogado no habrá negado el derecho de defensa que tiene el cliente, y además habrá contribuido a la consecución del fin que, como ya venimos anunciando, ha de tener esta profesión³³.

Dicho lo anterior, no podemos olvidar que el abogado, como profesional autónomo, está amparado por el derecho de libertad profesional recogido en el artículo 13.3 del Código Deontológico de la Abogacía Española que reza lo siguiente:

“El Abogado tendrá plena libertad para aceptar o rechazar el asunto en que se solicite su intervención, sin necesidad de justificar su decisión.

Así mismo el Abogado podrá abstenerse o cesar en la intervención cuando surjan discrepancias con el cliente. Deberá hacerlo siempre que concurran circunstancias que puedan afectar a su plena libertad e independencia en la defensa o a la obligación de secreto profesional.

El Abogado que renuncie a la dirección Letrada de un asunto habrá de realizar los actos necesarios para evitar la indefensión de su cliente. Cuando se trate de defensa asumida por designación colegial, la aceptación, rechazo, abstención o cese habrá de acomodarse a las normas sobre justicia gratuita y sobre este tipo de designaciones”.

4.5. Principios profesionales de Beneficencia, Justicia y Responsabilidad.

Nos hemos venido centrando en la profesión de los abogados pero ahora vamos a tratar brevemente tres principios generales que afectan a todos los profesionales de la justicia: el de beneficencia, el de justicia y el de responsabilidad³⁴.

En primer lugar, el principio de beneficencia tiene dos vertientes que podrían considerarse principios independientes: la no maleficencia y la beneficencia. Al hablar de no maleficencia nos referimos a la necesidad de compromiso del profesional jurídico

³³ REY PÉREZ, J. L., “Una reflexión sobre la objeción de conciencia de los abogados”, en Carretero, C. y de Montalvo, F (Dir.) y Gisbert, M. y Serrano, A. (Coord.), *Retos de la Abogacía ante la Sociedad Global*, Aranzadi SA., Navarra, 2012, p. 533.

³⁴ GRANDE YÁÑEZ, M., *Ética de las Profesiones Jurídicas*, Desclee De Brouwer, Bilbao, 2006.

con el respeto a los derechos humanos, incurriendo en maleficencia si éstos fueran vulnerados. La beneficencia, por su parte, consiste en hacer el bien al individuo. Este principio tiene que motivar al profesional a llevar el “bien” de su profesión a la sociedad en su conjunto. El buen ejercicio del oficio por el profesional jurídico no sólo le tiene que reportar beneficios a él mismo y a su cliente, sino también a la estructura social y si esto se consigue, el profesional estará satisfaciendo su necesidad ética de justicia.

El principio de justicia, como ya hemos visto anteriormente, es el bien máximo y el fin supremo hacia el que debe tender toda actividad del profesional del Derecho. Esta justicia no debe tomarse únicamente como un valor abstracto, sino como un valor que permita soluciones reales a los conflictos que surjan. Del profesional jurídico debemos esperar que busque la solución más justa a todo caso que se le plantee, anteponiendo este fin a otros menos éticos.

Por último, el principio de responsabilidad le debe servir al profesional para vivificar los dos anteriores, sintiéndose responsable de actuar conforme a los principios de beneficencia y justicia. El origen de la necesidad de este sentimiento de responsabilidad tenemos que ponerlo en la voluntad especial del jurista en preservar la paz social. Un auténtico profesional del Derecho ha de sentirse responsable frente a sí mismo, frente a su cliente y frente a la sociedad.

5. CASO REAL SOBRE LA ACTUACIÓN DE UN PROFESIONAL JURÍDICO ANTE UNA NORMA INJUSTA: LEY ORGÁNICA 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO.

Lo que ahora vamos a desarrollar es cómo se plantea en la práctica lo que hasta ahora hemos visto en la teoría, es decir, cuál debe ser el comportamiento de un profesional del Derecho cuando se le presenta una norma que a su parecer es injusta. Para ello, hemos escogido, por ser un tema de total actualidad, las controversias surgidas en la aplicación por los jueces de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, ley que, para muchos, vulnera un principio básico para la consecución de la Justicia, como es el de igualdad.

Antes que nada, creo que es importante aclarar que el ánimo de este epígrafe en ningún momento es el de sentenciar o declarar esta ley como injusta, pues esta tarea no

corresponde más que a los órganos constitucionales que son los que deben, y de hecho ya lo están haciendo, pronunciarse sobre la constitucionalidad de la misma. El motivo de escoger esta norma y no otra, no ha sido otro que la actualidad y el atractivo del tema.

5.1. Origen de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre.

5.1.1. Origen de la violencia de género.

Antes siquiera de dar una definición de violencia de género, debemos pararnos brevemente en el origen de esta figura.

Los estudiosos de este tema coinciden al situar el inicio de la violencia de género en la sociedad patriarcal que tendía a convertir a la mujer en objeto propiedad del hombre.

La construcción de un orden social supuso la creación de una civilización que estaba fundada en el sistema patriarcal, caracterizado por el reparto dual de las funciones según el sexo del individuo. En este reparto, el hombre ocupa un lugar privilegiado asociándose siempre sus funciones al poder, la fuerza y el control, siendo la mujer su mero apéndice y estando sus funciones centradas en aspectos que no llevan al éxito y considerándose estas inferiores a las masculinas.³⁵

Así surgen las funciones desiguales del hombre y la mujer que son lo que hoy conocemos como “roles sexistas”. Siguiendo estos roles, encontramos otra de las características de la sociedad patriarcal que es el disfrute del hombre de las esferas públicas y privadas de la vida, estando la mujer limitada a la privada de la misma.³⁶

Con la figura del *paterfamilias* en la Roma clásica, encontramos una manifestación clara de la posición de la mujer respecto a la del hombre en la sociedad.

“El *paterfamilias* tenía sobre sus hijos en derecho a vida y muerte; podía venderlos como esclavos en territorio extranjero, abandonarlos al nacer o entregarlos a manos de los familiares de sus víctimas si habían cometido algún delito; desposarlos y pactar o disolver

³⁵ PÉREZ DEL CAMPO, A. M^a. , “Las jóvenes frente a la violencia de género”, *Revista de Estudios de Juventud*, nº 86, septiembre 2009, pp. 83-85.

³⁶

(http://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/Violencia_Genero_Documentacion_Red_Ciudadana_folleto.pdf Última consulta 11/03/14)

sus matrimonios. Pero así como los varones pasaban a ser paterfamilias cuando moría el padre, y adquirirían todas sus atribuciones jurídicas dentro de su familia, las mujeres, por el contrario, iban a permanecer de por vida subordinadas al poder masculino, basculando entre el padre, el suegro y el esposo”.³⁷

La violencia se desarrolla cuando existe una situación de dominio de una persona que es más poderosa y fuerte, sobre otra que es más débil y a la que el primero intenta someter a la fuerza. La sociedad patriarcal de la que venimos hablando, ha favorecido las desigualdades entre hombres y mujeres, situando a estas últimas como la parte débil y originando así lo que hoy conocemos como violencia de género.

5.1.2. Concepto de violencia de género.

Pasemos a determinar qué es la violencia de género, concepto para el cual, existen varias definiciones³⁸, siendo la de la Asamblea General de las Naciones Unidas la siguiente:

“Todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para las mujeres, inclusive las amenazas de tales actos, la coacción o privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública o privada”.³⁹

En la Conferencia Mundial sobre la Mujer del año 1995 se usó este mismo término para designar a “la violencia contra la mujer que impide el logro de los objetivos de la igualdad de desarrollo y Paz, que viola y menoscaba el disfrute de los deberes y derechos fundamentales”.⁴⁰

En la legislación española, por otra parte, encontramos también una definición de esta figura, determinando que la violencia de género es aquella que,

“[...] como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o

³⁷ GIL AMBRONA, A., *Historia de la violencia contra las mujeres. Misoginia y conflicto matrimonial en España*, Cátedra Ediciones. Madrid, 2008, pp 33-34.

³⁸ Red Extremeña contra la Violencia de Género.
[/http://rednoviolenciagex.gobex.es/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=12&Itemid=3](http://rednoviolenciagex.gobex.es/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=12&Itemid=3) Última consulta: 11/03/14).

³⁹ Declaración de la ONU sobre Eliminación de la Violencia contra las Mujeres, aprobada el 20 de diciembre de 1993 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

⁴⁰ Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Pekín en el año 1995.

hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”.⁴¹

Siguiendo con las normas españolas, la Ley sobre la que tratamos en este punto, considera que están incluidas en la violencia de género:

“a) Violencia física, que incluye cualquier acto de fuerza contra el cuerpo de la mujer, con resultado o riesgo de producir lesión física o daño, ejercida por quien sea o haya sido su cónyuge o esté o haya estado ligado a ella por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia.

b) Violencia psicológica, que incluye toda conducta, verbal o no verbal, que produzca en la mujer desvalorización o sufrimiento, a través de amenazas, humillaciones o vejaciones, exigencia de obediencia o sumisión, coerción, insultos, aislamiento, culpabilización o limitaciones de su ámbito de libertad, ejercida por quien esté o haya estado ligado a ella por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia.

c) Violencia económica, que incluye la privación intencionada, y no justificada legalmente, de recursos para el bienestar físico o psicológico de la mujer y de sus hijas e hijos o la discriminación en la disposición de los recursos compartidos en el ámbito de la pareja.

d) Violencia sexual y abusos sexuales, que incluyen cualquier acto de naturaleza sexual forzada por el (presunto) agresor o no consentida por la mujer, abarcando la imposición, mediante la fuerza o con intimidación, de relaciones sexuales no consentidas, y el abuso sexual, con independencia de que el (presunto) agresor guarde o no relación conyugal, de pareja, afectiva o de parentesco con la víctima”.⁴²

5.1.3. Contexto, aprobación y contenido de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre.

Centrándonos ya en la Ley que nos incumbe, vamos a estudiar el contexto en el que la misma fue aprobada.

La violencia sobre la que versa dicha Ley, constituye una manifestación de la desigualdad que ha reinado desde aquélla sociedad patriarcal de la que hablábamos, entre hombres y mujeres. Esta violencia ha sido invisible o, más bien ha sido un tema tabú durante años pues se suponía que la condición dominante del género masculino legitimaba al mismo para ejercer su fuerza y superioridad sobre la mujer. Debido a la concepción de esta violencia como algo natural, en el marco legislativo se han permitido numerosos abusos de los derechos que siempre tendrían que haber sido inherentes a la mujer por su mera pertenencia al género humano.⁴³

⁴¹ Artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

⁴² Red Extremeña contra la Violencia de Género. (http://rednoviolenciagex.gobex.es/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=12&Itemid=3 Última consulta: 11/03/14).

⁴³ Hablamos aquí de aberraciones legislativas como la no consideración como delito de las agresiones dirigidas a mujeres que ejercían la prostitución o incluso a aquellas que no eran vírgenes. También hemos

No es hasta que la mujer no pasa a ser un sujeto de derecho en el sentido estricto del término, que la violencia ejercida contra ellas se empieza a plantear como un problema perteneciente a la sociedad y que debe ser estudiado y abordado por la política.⁴⁴

Un hito fundamental, a parte de los ya mencionados de 1993⁴⁵ y 1995⁴⁶, es el del año 2006, cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas estableció que la violencia contra las mujeres constituía la violación de los derechos humanos más extendida. Siguiendo la normativa internacional que se iba consolidando respecto a este tema, España fue introduciendo cambios en su legislación cuyo culmen se produce con la aprobación en 2004 de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Previamente, en 2001, el Grupo Parlamentario Socialista había presentado una proposición de Ley que no contó con los votos favorables del Partido Popular. Esta proposición constituye el antecedente inmediato de la Ley que estamos tratando, que sería aprobada por unanimidad por el Congreso y por el Senado.

Así es aprobada nuestra Ley contra la violencia de género, basándose en las recomendaciones de la Unión Europea, en concreto en la resolución sobre Resolución sobre Tolerancia Cero contra la violencia de género y la Resolución del Consejo de Europa de junio de 1997, de medidas para combatir la violencia contra las mujeres.

En la Exposición de Motivos, podemos ver reflejada esa nueva conciencia que se toma sobre este problema como un tema social y no un problema individual.

“La violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión”.⁴⁷

visto en nuestra historia legislativa como se consideraba atenuante el hecho de que el agresor fuera marido de la víctima en los delitos de lesiones o agresiones sexuales.

⁴⁴ MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, *Avance del Balance de resultados de la Aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, 15 de diciembre de 2006.

(<http://www.usc.es/export/sites/default/gl/servizos/oix/descargas/Balancex20Consejox20dex20Ministrosx2015x20dic.pdf> Última consulta: 13/03/2014)

⁴⁵ Año de la Declaración de la ONU sobre Eliminación de la Violencia contra las Mujeres.

⁴⁶ Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Pekín en el año 1995.

⁴⁷ Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

A su vez, esta Ley hace referencia a cómo se había venido tratando la violencia sobre las mujeres en épocas anteriores, afirmando lo siguiente:

“En la realidad española, las agresiones sobre las mujeres tienen una especial incidencia, existiendo hoy una mayor conciencia que en épocas anteriores sobre ésta, gracias, en buena medida, al esfuerzo realizado por las organizaciones de mujeres en su lucha contra todas las formas de violencia de género. Ya no es un «delito invisible», sino que produce un rechazo colectivo y una evidente alarma social”.⁴⁸

Estamos ante una ley fundada en tres ejes fundamentales que son: los derechos de las mujeres que son víctimas de la violencia de género, las medidas destinadas a cambiar esa estructura patriarcal en la que se basa nuestra sociedad y los cambios penales y judiciales necesarios para penalizar esta violencia contra la mujer y evitar una doble victimización de la misma.⁴⁹

La Ley, introduce numerosas novedades, a destacar: la creación de Juzgados de Violencia sobre la Mujer, la creación de la Fiscalía contra la Violencia sobre la Mujer, la agravación de las penas y el reconocimiento de derechos concretos a las mujeres víctimas de esta violencia.

En primer lugar, a estos Juzgados de Violencia sobre la Mujer se les atribuyen competencias penales y civiles con el fin de lograr una atención completa a las víctimas de los delitos englobados en este tipo de violencia.⁵⁰

Junto con la creación de la Fiscalía contra la Violencia sobre la Mujer, la Ley también crea una Sección contra la Violencia sobre la Mujer en todas las Fiscalías de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Provinciales.⁵¹

En tercer lugar, se agravan las penas para las conductas violentas ejercidas por el hombre sobre la mujer a la cual está unida por una relación de afectividad.⁵² Algunos ejemplos de agravación de penas son:

⁴⁸ Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

⁴⁹ GONZALO VALGAÑÓN, A., “La aplicación de la Ley de medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *CEE Participación Educativa*, 11, julio 2009, pp. 105-109.

⁵⁰ TÍTULO V. *Tutela Judicial*. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

⁵¹ CAPÍTULO V. Del Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer, del TÍTULO V. *Tutela Judicial*. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

En cuanto al artículo 171 del Código Penal, que versa sobre las amenazas no constitutivas de delito, se añaden tres apartados resultando de la redacción de ellos una pena mayor si el sujeto pasivo es la mujer a la que el autor del hecho esté relacionado de manera afectiva. Vemos esta diferencia al analizar los apartados uno y cuatro de dicho artículo:

“1.Las amenazas de un mal que no constituya delito serán castigadas con pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses, atendidas la gravedad y circunstancia del hecho, cuando la amenaza fuere condicional y la condición no consistiere en una conducta debida. Si el culpable hubiere conseguido su propósito se le impondrá la pena en su mitad superior.

[...]

4. El que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.”

Otro ejemplo lo vemos en las penas previstas para el delito de lesiones. Mientras que en el artículo 147 del Código Penal se dice que el delito de lesiones será castigado con una pena de prisión de seis meses a tres años, con la Ley que estamos estudiando se modifica el artículo 148 del mismo Código, estableciendo que si la víctima “fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia”, el delito descrito en el artículo 147 será castigado con pena de prisión de dos años a cinco años.

Por último, entre los derechos reconocidos a las mujeres víctimas de la violencia de género⁵³, destacan derechos en materia laboral⁵⁴, de asistencia jurídica gratuita⁵⁵, de asistencia psicológica⁵⁶ e incluso algunos derechos de carácter económico⁵⁷.

⁵² TÍTULO IV. *Tutela Penal*. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

⁵³ TÍTULO II. *Derechos de las mujeres víctimas de violencia de género*. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

⁵⁴ CAPÍTULO II. Derechos laborales y prestaciones de la Seguridad Social, y CAPÍTULO III. Derechos de las funcionarias públicas, del TÍTULO II. *Derechos de las mujeres víctimas de violencia de género*. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Podemos concluir este apartado, citando dos hechos comprobados desde la aprobación de la Ley. El primero, que podríamos calificar como el aspecto positivo de la norma, es que desde su aprobación en 2004, han sido cientos de miles las mujeres que se han acogido a esta Ley para denunciar la situación que viven de malos tratos y muchas de ellas han podido ser asistidas ante un hecho que antes no contaba con tanta contemplación legal. El segundo, que es el aspecto controvertido de esta Ley y el que nos ocupará de aquí en adelante, es que nos encontramos ante la Ley contemporánea contra la que más recursos de inconstitucionalidad se han interpuesto (hasta doscientos como veremos en el apartado que versa sobre el desarrollo de la controversia), todos ellos surgidos de la aplicación judicial de la misma.

5.2. Problemas morales que plantea la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre.

Como ya dijimos en la introducción de este cuarto epígrafe, no nos hemos centrado en el tratamiento de esta Ley porque efectivamente sea injusta, pues eso es una cuestión sobre la que tendrán que debatir y decidir los órganos encargados de encargados de ello. Lo que nos ha llevado a escoger esta Ley para su estudio, es las numerosas controversias que están surgiendo en torno a la aplicación de la misma por jueces y tribunales. En este punto, vamos a ver algunos de los problemas que está planteando la aplicación de esta Ley y que han llevado a numerosos profesionales del derecho a presentar cuestiones de inconstitucionalidad contra la misma, cuestiones que, a su vez, analizaremos más adelante.

Algunos de las cuestiones morales que nos surgen al trabajar con la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, son la posible contravención a los principios constitucionales de igualdad, derecho a un juicio justo y derecho de presunción de inocencia. El principio que más se ha tenido en consideración como presunto precepto vulnerado por esta Ley, es el de igualdad y, por ello y porque es el más general pudiendo englobar al resto, nos detendremos algo más en su análisis.

⁵⁵ Artículo 20, Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

⁵⁶ Artículo 19, Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

⁵⁷ CAPÍTULO IV. Derechos Económicos, del TÍTULO II. *Derechos de las mujeres víctimas de violencia de género*. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

El artículo 14 de la Constitución Española dice textualmente: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”

Con la Ley 1/2004 de 28 de diciembre, se establecen una serie de reformas en el Código Penal que aumentan las penas para ciertos actos si estos se dirigen contra mujeres a las que el autor de los actos esté unido por una relación afectiva. Así, encontramos conductas que serán penadas de distinta forma dependiendo de quién sea el sujeto pasivo de las mismas. Destacaremos algunas poniendo una pareja como ejemplo:

Para ello, vamos a ponernos en la situación de un matrimonio que lleva una relación tormentosa desde hace años y que está formado por Juan y Ana.

- Delito de lesiones.⁵⁸
 - Si Ana cometiese un delito de lesiones contra Juan, será penada con una pena de prisión de seis meses a tres años, en virtud del artículo 147.1 del Código Penal.⁵⁹
 - Si Juan, por su parte, cometiese el mismo delito, sería castigado en virtud del cuarto apartado artículo 148 del mismo Código, con pena de prisión de dos a cinco años, pudiendo llegar a estar en prisión hasta dos años más de los que estaría Ana si a ambos se les condenara a la pena superior para este delito.
- Falta de lesiones.⁶⁰
 - Si Ana produce lesiones a Juan sin que estas lleguen a considerarse de entidad suficiente como para calificarse como delito, podrá ser

⁵⁸ Se considera que unas lesiones constituyen delito si requiere objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico.

⁵⁹ 147.1. “El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico”. [...]

⁶⁰ Al contrario del delito de lesiones, se considerará falta cuando la lesión no requiera para su sanidad tratamiento médico ni quirúrgico.

sancionada, según lo dispuesto en el artículo 153.2⁶¹, con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días, además de la privación del derecho a la tenencia y porte de armas.

- Si Juan, por el contrario, cometiese el mismo tipo de daño contra Ana, podrá ser castigado, siguiendo lo establecido en el artículo 153.1 del Código Penal⁶², con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y privación del derecho a la tenencia y porte de armas, además de otras penas complementarias si el Juez así lo estima.
- Como último ejemplo, delito de amenazas del artículo 171 de Código Penal.
 - Si Ana amenazase a Juan de un mal que no constituya delito, su acción será calificada dentro del artículo 620 en relación con el 173.2 del Código Penal, pudiendo ser penada con una pena de localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado al de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días.
 - Sin embargo, si Juan amenaza a Ana de la misma manera, su conducta se reconducirá al apartado cuarto del artículo 171, pudiendo ser castigado con pena de de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días, además de otras penas que el Juez estime.

⁶¹ 153.2. “Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años”.

⁶² 153.1 “El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años”.

Con lo anterior, he pretendido ilustrar para que podamos entender de mejor manera, la situación de desigualdad en las penas de determinados delitos según el sexo del sujeto activo y del pasivo.

Lo que muchos se cuestionan y se plantean como problema a la hora de aplicar la Ley contra la Violencia de Género, es si esa desigualdad a la hora de establecer las penas supone una vulneración del anteriormente citado artículo 14 de nuestra Constitución y, por tanto, supondría que dicha Ley es una ley inválida

Existen, además de las penas, otros cambios que introduce esta Ley, como los relativos a la tutela judicial⁶³ que también hacen que se planteen estas dudas en la moral de los profesionales del derecho encargados de hacerla valer.

Ligada a esta supuesta vulneración del principio de igualdad que algunos critican, podemos decir que una de las cuestiones controvertidas de la Ley Orgánica 1/2004, es que recoge un concepto muy estrecho de la violencia de género, no considerando la posibilidad de que la misma sea ejercida sobre los varones.

Lo cierto es, que a pesar de que la conciencia general sea la que considera que la única posible violencia existente en la pareja sea la ejercida por el hombre sobre la mujer, existen algunos estudios que consideran que hay numerosos casos en los que la violencia es ejercida por la mujer sobre el hombre⁶⁴. El menor conocimiento de este tipo de violencia doméstica viene dado por la menor denuncia de los hombres, hecho que viene como consecuencia de la vergüenza que supone, para la mayoría, el estar sufriendo esta situación, vergüenza que, a su vez, es consecuencia de esa costumbre a la mentalidad patriarcal de la que ya hemos hablado. Con la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, estos hombres que sufren la misma injusticia que las mujeres a las que protege dicha Ley, quedan en situación de clara desigualdad pues no encuentran en la legislación una protección similar a la de ellas.

⁶³ Siguiendo con el ejemplo del matrimonio de Juan y Ana, y en lo relativo a la desigualdad en la tutela judicial, sirve como ilustración que las denuncias interpuestas por uno y otro se destinarían a distintos juzgados. La interpuesta por Juan contra Ana iría a un Juzgado de Instrucción y, por el contrario, la interpuesta contra él, iría a un Juzgado de Violencia contra la Mujer, siguiendo, como consecuencia, cada denuncia por los mismos hechos, caminos y procedimientos muy distintos.

⁶⁴ (<http://estherpinedag.wordpress.com/2013/08/25/la-violencia-contra-el-hombre-tambien-existe/> Última consulta: 13/03/14).

Algunos autores, intentan defender la existencia de esta Ley como instrumento necesario de discriminación positiva. Sería el ejemplo de Ana de Miguel Álvarez que reivindica la legitimidad de esta Ley por necesitar la mujer una protección mayor que el hombre debido a los roles sexistas que se les han venido atribuyendo a cada uno desde la sociedad patriarcal y la consecuente posición de debilidad de la mujer frente al hombre.⁶⁵

Como ya sabemos, las medidas de discriminación inversa o positiva consisten en medidas normativas que suponen un trato desigual favorable para un colectivo de personas que por razones económicas, de nacionalidad, de raza, de sexo, etc., sufren una situación de discriminación o bien ocupan una posición menos favorecida en la sociedad. Estas medidas, para que se consideren justificadas deben tomarse sobre las bases de la razonabilidad, la proporcionalidad y la temporalidad.⁶⁶

Para medir la razonabilidad, nos tenemos que detener a estudiar la deseabilidad y admisibilidad de la norma en cuestión. Con esto nos referimos a la necesidad de comprobar que dicha norma cumpla con fines admitidos en el marco constitucional. En cuanto a la proporcionalidad, nos referimos a la proporcionalidad entre medios empleados y finalidad perseguida. Una de las cuestiones importantes a la hora de medir la proporcionalidad de la que hablamos, es comprobar si la norma atenta contra algún derecho individual fundamental de las personas excluidas del grupo al que se pretende favorecer. Por último, hay que tener en cuenta que una vez que en la sociedad ya no exista el motivo discriminatorio que motivó la medida, esta no puede seguir manteniéndose, tiene que tener carácter necesariamente temporal.

Para saber si es justificada la posición que defiende esta Ley como medida de discriminación positiva tendríamos que estudiar los tres requisitos y lo cierto es que, en el marco en el que nos encontramos actualmente en el que cada vez son más frecuentes, o al menos ya no hay la vergüenza de épocas pasadas a su denuncia y, por tanto, son más conocidos, los casos de violencia doméstica contra los varones, nos surgen serias dudas sobre si seguiría siendo legítima una Ley como esta si ciertamente fuera considerada como instrumento de discriminación positiva.

⁶⁵ DE MIGUEL ÁLVAREZ, A., “La construcción de un marco feminista de interpretación: la violencia de género”, *Cuadernos de Trabajo Social*, 18, 2005, pp.: 231-248.

⁶⁶ REY PÉREZ, J.L., *El Discurso de los Derechos*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2011, p. 68.

Otro de los problemas que nos puede plantear esta Ley es que, aparte de no recoger la posibilidad de que la violencia se ejercite contra los varones por parte de las mujeres, si seguimos la letra de la misma, tampoco incluye los casos de violencia dentro de las relaciones homosexuales, si bien es cierto que ha habido jueces que han venido aplicando la Ley para estas relaciones.⁶⁷

5.3. Desarrollo.

Los problemas morales surgidos a los jueces a la hora de aplicar la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, han motivado que sea una de las leyes contemporáneas sobre las que más cuestiones de inconstitucionalidad se han interpuesto.

Hasta doscientas cuestiones han interpuesto los magistrados ante el Tribunal Constitucional, con la intención de que este finalmente avale o rechace la constitucionalidad de la controvertida norma. La mayor parte de ellas se apoya en el motivo ya estudiado en el punto anterior, de la vulneración del principio supremo de igualdad, recogido en el artículo 14 de la Constitución Española.

Ciento veintisiete de estas cuestiones las han presentado doce jueces refiriéndose al artículo 153.1 del Código Penal, artículo reformado por la Ley que está siendo objeto de estudio y en el que se pena los malos tratos cuando el sujeto pasivo sea mujer a la que el autor del hecho haya estado o esté unido por relación de afectividad. A cargo de otros trece jueces han venido sesenta cuestiones sobre tres artículos: 171.4, 172.2 y 148.4 CP, todos ellos también modificados por la Ley 1/2004 de 28 de diciembre. De las sesenta anteriores, hasta cincuenta y seis versan sobre el artículo 171.4 del Código Penal en el que se establece la pena que se impondrá al que amenace a la mujer a la que estuviera ligado por relación afectiva.⁶⁸

⁶⁷ Sentencia del Juzgado de lo Penal de Santander de 20 abril de 2009. Sentencia del Juzgado de lo Penal nº1 de Barcelona nº 1, de 6 de junio de 2006

⁶⁸(<http://www.lavanguardia.com/vida/20080514/53462896214/el-constitucional-avala-dividido-la-ley-de-violencia-de-genero.html> Última consulta: 25/03/2014).

Una de las primeras cuestiones, para sorpresa de algunos, fue interpuesta por María Poza, la magistrada encargada del Juzgado de lo Penal, nº 4 de Murcia. En la misma, se cuestionaba la constitucionalidad del artículo 171.4 de la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. La magistrada basaba su recurso en la vulneración del principio de igualdad, utilizando, entre otros, los siguientes argumentos: “el derecho a la igualdad que consagra la Constitución se ve conculcado en razón de la discriminación por razón de sexo”, o, “Presumir implícita (la discriminación) en la conducta violenta en una relación de pareja, en el maltrato sólo del hombre contra la mujer, vulneraría el derecho a la presunción de inocencia y el derecho a la igualdad”.⁶⁹

La respuesta del Tribunal Constitucional ha sido avalar, por siete votos a cinco, la Ley cuya constitucionalidad se estaba poniendo en duda. Los fundamentos usados son⁷⁰:

1) El tradicional poder de los hombres sobre las mujeres. Así, el Tribunal declara:

“[...] La Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (RCL 2004, 2661 y RCL 2005, 735) tiene como finalidad principal prevenir las agresiones que en el ámbito de la pareja se producen como manifestación del **dominio del hombre sobre la mujer** en tal contexto; su pretensión así es la de proteger a la mujer en un ámbito en el que el legislador aprecia que sus bienes básicos (vida, integridad física y salud) y su libertad y dignidad mismas están insuficientemente protegidos. Su objetivo es también combatir el origen de un abominable tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad y de hacerlo con distintas clases de medidas, entre ellas las penales. [...]”

2) La mayor habitualidad de la violencia ejercida por ellos sobre ellas.

“[...] Este objeto se justifica, por una parte, en la «**especial incidencia**» que tienen, «en la realidad española... **las agresiones sobre las mujeres**» y en la peculiar gravedad de la violencia de género, «símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad.»[...]”

3) La especial necesidad de protección de a éstas.

“[...] dirigida «sobre las mujeres **por el hecho mismo de serlo**, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión», y que tiene uno de sus ámbitos básicos en las relaciones de pareja. [...]”

⁶⁹(<http://www.laopiniondemurcia.es/comunidad/2010/11/23/constitucional-divide-recurso-jueza-murcia/285218.html> Última consulta: 26/03/2014)

⁷⁰ STC 59/2008 de 14 mayo de 2008, en respuesta a la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5939/2005 planteada por el Juzgado de lo Penal núm.4 de Murcia.

De esta manera, la solución del Tribunal Constitucional ha sido considerar válida y constitucional la Ley Orgánica 1/2004 del 28 de diciembre, por considerar que la intención del legislador era precisamente crear una norma que favoreciera a las mujeres, como medida de discriminación positiva, por la situación de inferioridad o desprotección que tienen en nuestra sociedad.

“Tal necesidad la muestran las altísimas cifras en torno a la frecuencia de una grave criminalidad que tiene por víctima a la mujer y por agente a la persona que es o fue su pareja. Esta frecuencia constituye un primer aval de razonabilidad de la estrategia penal del legislador de tratar de compensar esta lesividad con la mayor prevención que pueda procurar una elevación de la pena”.

5.4. Solución personal.

La violencia de género ha pasado de ser un tema perteneciente al ámbito privado de las personas a ser considerado un problema de la sociedad en general, contra el cuál ésta debe luchar con todas sus fuerzas. En épocas anteriores, la violencia ejercida en el ámbito de las relaciones de pareja se justificaba asociándolo al dominio, que tan asumido estaba, de los hombres sobre las mujeres. No sólo era una cuestión que se callaba, sino que incluso estaba mal visto hacerla pública, llegando la sociedad a juzgar y a calificar como mala esposa a la mujer que denunciaba la situación de malos tratos que sufría. Nótese que hablo aquí de las mujeres víctimas porque, definitivamente, en la estructura patriarcal, predominaban los tratos vejatorios y lesivos contra ellas por encima de los que pudieran ser ejercidos de parte de ellas sobre los hombres.

Actualmente, y gracias al avance cultural de nuestra sociedad, hemos adquirido conciencia de lo esencial que es la actuación conjunta de todos los poderes y fuerzas sociales para combatir la violencia doméstica o de género que en ningún caso puede ser justificada, al igual que cualquier otro tipo de violencia.

La cuestión que aquí quiero plantear al reflexionar sobre las vicisitudes que presenta la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre sobre Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, no es, desde luego, si está justificada la protección que el poder legislativo ha otorgado a las mujeres víctimas de la violencia de género pues, estoy totalmente a favor de poner todos los medios posibles para erradicar este tipo de violencia y para proteger a aquellos que la sufren. Sobre lo que sí

quiero reflexionar es sobre la no protección o, al menos, la protección desigual que nuestro ordenamiento ofrece a los hombres que sufren este mismo tipo de violencia.

Por una parte, comprendo que la mujer haya sido la que tradicionalmente ha venido sufriendo este tipo de violencia y que, por ello, se esté más sensibilizado con ella optando por ofrecerle mayores facilidades en el contexto de una posible situación de violencia de género. Por otra, también entiendo los argumentos que algunos ofrecen sobre que, equiparando la fuerza física (factor importante pues muchos de los casos de violencia de género, la violencia ejercida sobre la pareja es física) del hombre y la mujer es la de él la que suele superar a la de ella y que, es por esto, por lo que al sexo femenino se le debe una especial protección. Sin embargo, no me queda claro si estos dos argumentos (la mujer víctima como tradición y la diferencia de fuerzas físicas) son suficientes como permitir una situación de desigualdad material de ambos sexos ante la Ley.

Me planteo si el hecho de que las medidas de protección privilegien a las mujeres sobre los hombres, viene determinado por la verdadera necesidad de especial protección de éstas, o más bien deriva de un sentimiento de culpabilidad que tiene la sociedad para con ellas por haber mirado hacia otro lado durante tantos años en los que éstas eran, si no las únicas, sí la gran mayoría de víctimas de estos delitos. Además, me surge la duda sobre si la existencia y aplicación en nuestro ordenamiento de penas más duras para las situaciones en las que las víctimas son mujeres, va en contra de la igualdad entre ambos sexos por la que tantos años y con tanta fuerza han luchado numerosos colectivos de mujeres. Por último, y aunque como he dicho con anterioridad muchos de los casos de violencia de género se tratan de casos de violencia física, también está incluida en este tipo de violencia la psicológica que puede ser ejercida de igual manera por hombres y mujeres.

Lo cierto es que la situación de estructura patriarcal de la sociedad ya ha quedado superada y con ella la asunción del dominio de los hombres. Cada vez son más frecuentes, o al menos más conocidos, los casos en los que los hombres son las víctimas de la violencia ejercida por sus parejas. Con la aplicación estricta de nuestro ordenamiento jurídico, estos casos quedarán menos protegidos que otros prácticamente idénticos por el simple hecho de los sexos a los que pertenezcan las partes activa y pasiva del delito.

Finalmente, y como conclusión personal, creo, en su momento, estuvo muy acertado ofrecer una especial protección a las mujeres pues, por tradición histórica eran sujetos más débiles y necesitados de la misma. Con los cambios que ha ido viendo nuestra sociedad, pienso que sería positivo cambiar el concepto de violencia de género que, en mi opinión debería referirse a toda violencia ejercida por el hecho de pertenecer a uno u otro género. Al cambiar éste, sería también necesario incluir a toda persona que sufra este tipo de violencia, sea hombre o mujer, en el ámbito de protección de la Ley de Medidas Integrales de Protección contra la Violencia de Género.

Por último, añadir que me parece muy triste que todos, tanto poderes como ciudadanos, hayamos luchado por conseguir cambios como la abolición de la sociedad patriarcal logrando la igualdad entre géneros y que todavía no hayamos sido capaces de erradicar situaciones tan primitivas e intolerables como la violencia de género.

6. CONCLUSIONES.

A lo largo de este trabajo de investigación hemos ido haciendo un recorrido por una cuestión tan elemental para los que nos movemos en el campo del Derecho como es el concepto de Justicia y su relación con los profesionales jurídicos.

Una vez finalizado dicho recorrido, podemos extraer las siguientes conclusiones:

I. En cuanto a lo que implica la Justicia, tenemos que diferenciar entre el ámbito formal y el material de la misma.

El primero, se referirá a eso que conocemos como “seguridad jurídica” que se representa un ambiente de certeza necesario en el plano psicológico del ser humano para su desarrollo como especie. El ámbito formal del concepto Justicia no puede ser en ningún caso excluido o infravalorado pues de él provienen cuestiones tan relevantes para un estado constitucional como son el Estado de Derecho y el concepto introducido por Fuller de la moral interna del Derecho.

La Justicia material, por su parte, será la búsqueda del equilibrio entre los principios de libertad, en concreto la libertad social, política y jurídica, e igualdad, por la cual todos debemos ser tratados de la misma manera por la Ley salvo razones justificadas por motivos de discriminación inversa. Según tomemos una postura

libertaria o de liberalismo igualitario, en esa búsqueda del equilibrio primaremos un poco más el valor de la libertad o el de la igualdad, respectivamente.

II. En segundo lugar, debemos remarcar la dificultad que representa el intentar llegar a una postura universal sobre qué podemos entender como norma injusta. Hemos comprobado en este trabajo que el concepto de Justicia y su relación con el Derecho positivo ha sido una cuestión ampliamente debatida y sobre la cual han expresado su postura grandes pensadores y filósofos. Así, según la corriente en la que nos movamos encontraremos conceptos realmente dispares sobre lo que se puede considerar una norma injusta. Durante nuestro estudio, hemos intentado dejar aquí reflejadas las aportaciones más representativas de cada una de las corrientes, desde la necesaria unión ética-Derecho que determina lo justo del mismo según el iusnaturalismo clásico de Santo Tomás, hasta la necesidad de un proceso formal para la creación de normas que será lo único que determine la validez de las mismas, según el iuspositivismo formalista de Kelsen, pasando por otras aportaciones relevantes.

Me tomo la libertad de expresar mi opinión personal sobre qué constituye para mí un sistema justo de Derecho. Mi pensamiento es un tanto ecléctico por recoger aportaciones de varias corrientes. Por una parte, considero como lo hacía Kelsen, que es totalmente necesario que exista un procedimiento formal y legalmente establecido para la creación de normas. Igualmente estoy de acuerdo con que nuestro ordenamiento debe seguir una estructura piramidal que en todo momento esté basada en la Constitución como instrumento que nos ayude a medir lo justo de nuestras leyes. Por otra parte, coincido con Dworkin, pues considero que en nuestro sistema legal no sólo existen reglas sino que éstas conviven con principios morales que nos permiten, de un lado cubrir lagunas y de otro limitar el Derecho positivo cuando éste los contradiga. Puedo afirmar que, como a los autores iusnaturalistas, me parece esencial una cierta unión de dos disciplinas tan determinantes como son la ética y el Derecho. Me resultaría muy complicado considerar Derecho a una disposición que excluyera cualquier tipo de ética. Por último, y basándome en la Filosofía del Derecho Hermenéutica, considero que la plenitud del jurista se alcanza cuando éste aspira en su actuación a la justicia, creo que las leyes sólo son válidas cuando se ponen en tensión con los casos jurídicos y reclamo la importancia de la equidad como instrumento de corrección de las normas.

III. Pasando ahora a la actuación de los profesionales del Derecho, hemos visto la existencia de una disciplina, la Deontología, que regula los deberes y obligaciones que tienen todos los ellos a la hora de ejercer su profesión. Como no podía ser de otra

manera, nos hemos centrado en los principios que han de mover al abogado en su relación con la sociedad.

Destaco la importancia de la especial relación que necesariamente ha de haber entre Justicia y juristas. Creo que existe una mutua dependencia entre este principio y esos profesionales. Por una parte, los juristas utilizan la Justicia como herramienta de trabajo, han de tenerla con fin principal durante el desempeño del mismo y han de velar por su cumplimiento. La Justicia, por su parte, utiliza a los juristas como herramientas para imponerse en la sociedad y necesita de ellos para su protección.

Los letrados, por tanto, han de abogar siempre por la Justicia buscando menguar la conflictividad y sabiéndose responsables para con su cliente, las autoridades y tribunales, su profesión y cada uno de sus compañeros y la sociedad en su conjunto.

IV. Tras hablar de qué representa la Justicia y cuáles son los principios de actuación de los juristas, hemos intentado en este trabajo estudiar qué ocurre cuando en la actuación de estos últimos, se topa una norma que contraviene la primera.

Como ya comentamos, la solución a este caso será distinta según el marco político en el que nos encontremos. Mientras que estando en un contexto totalitario la única solución posible será la de jugar e interpretar la norma de manera que se alcance el resultado menos injusto posible, cuando estemos en un estado constitucional siempre podremos acudir a los mecanismos de control establecidos para la revisión de la posible inconstitucionalidad de una norma que, para su aprobación, ya pasó un control previo.

Creo que cualquier profesional que dedique su vida al Derecho, en ese afán de consecución y protección del principio de Justicia que debe marcar su actuación, está obligado a utilizar todos los mecanismos que estén en su mano para procurar la derogación de la norma injusta. En el caso más común, de que la norma como tal no sea injusta pero su aplicación pueda llevar a un resultado no justo, el jurista estará obligado de la misma manera.

V. Por último, y en relación con todo lo anterior, me gustaría hacer un llamamiento a todos aquellos que dedican su vida al Derecho, sea cual sea el cargo que ocupen y a todos los estudiantes que aspiran a convertirse en grandes profesionales.

Soy consciente, como todos, de las circunstancias que actualmente rodean a esta profesión. Sé que a veces, la política trata de inferir en exceso en un colectivo de profesionales que, por su contribución a la sociedad, deberían gozar de mayor independencia. Sé que la pérdida de valores de una sociedad cada vez más llamada por el consumismo y menos guiada por la ética, hace difícil cualquier intento de

consecución de Justicia. Sé que en ocasiones luchar por ella es luchar contra la corriente. Sin embargo, creo que es nuestra responsabilidad utilizar la herramienta de trabajo que, de manera privilegiada, cuando decidimos dedicarnos al Derecho se nos dio. Esta herramienta no es otra que ella, la Justicia. Velar por ella, trabajar teniéndola siempre como principio supremo e intentar asegurar su cumplimiento no nos aportará otra cosa que la satisfacción de sentir que estamos actuando acorde con los principios que nos deben mover como profesionales y como personas en nuestra eterna obligación para con la sociedad.

Acabará citando “Los mandamientos del abogado”⁷¹ de Eduardo Couture, quien fuera un prestigioso abogado uruguayo:

“1. Estudia: El Derecho se transforma constantemente. Si no sigues sus pasos, serás cada día un poco menos abogado.

2. Piensa: El Derecho se aprende estudiando, pero se ejerce pensando.

3. Trabajo: La abogacía es una ardua fatiga puesta al servicio de las causas justas.

4. Procura la Justicia: Tu deber es luchar por el Derecho; pero el día en que encuentres en conflicto el derecho con la justicia, lucha por la justicia.

5. Se leal: Leal con tu cliente, al que no debes abandonar hasta que comprendas que es indigno de ti. Leal para con el adversario, aún cuando él sea desleal contigo. Leal para con el juez, que ignora los hechos y debe confiar en lo que tú le dices; y que, en cuanto al Derecho, alguna que otra vez debe confiar en el que tú le invocas.

6. Tolera: Tolera la verdad ajena en la misma medida en que quieres que sea tolerada la tuya.

7. Ten paciencia: En el Derecho, el tiempo se venga de las cosas que se hacen sin su colaboración.

8. Ten fe: Ten fe en el Derecho, como el mejor instrumento para la convivencia humana; en la Justicia, como destino normal del Derecho; en la paz, como sustitutivo bondadoso de la Justicia. Y sobre todo, ten fe en la libertad, sin la cual no hay Derecho, ni Justicia ni paz.

9. Olvida: La abogacía es una lucha de pasiones. Si en cada batalla fueras cargando tu alma de rencor, llegará un día en que la vida será imposible para ti. Concluido el combate, olvida tan pronto tu victoria como tu derrota.

10. Ama tu profesión: Trata de considerar la abogacía de tal manera, que el día que tu hijo te pida consejo sobre su destino, consideres un honor para ti, proponerle que se haga abogado”.

⁷¹ COUTURE, E. “Los Mandamientos del Abogado”, *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, vol. LII, n° 238, 2003.

7. BIBLIOGRAFÍA.

LIBROS:

- BENTHAM, J., *Deontology or the Science of Morality*, Bibliolife, London, 2009.
- DE AQUINO, STO. T., *Suma teológica*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 2010.
- DWORKIN, *Ética privada e igualitarismo político*, Paidós, Barcelona, 1993.
- FULLER, L. L., *La Moral del Derecho*, Editorial F. Trillas, S.A., México, D.F., 1967.
- GARGARELLA, R. *Las Teorías de la Justicia después de Rawls*, Paidós, Barcelona, 1999.
- GIL AMBRONA, A., *Historia de la violencia contra las mujeres. Misoginia y conflicto matrimonial en España*, Cátedra Ediciones. Madrid, 2008.
- GRANDE YÁÑEZ, M., *Ética de las Profesiones Jurídicas*, Desclée De Brouwer, Bilbao, 2006.
- KELSEN, H., *¿Qué es justicia?*, 2ª Edición, ARIEL S.A., Barcelona, 1992.
- KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.
- DÍVAR BLANCO, C., “Fundamentos Éticos de la Abogacía”, en Carretero, C. y de Montalvo, F (Dir.) y Gisbert, M. y Serrano, A. (Coord.), *Retos de la Abogacía ante la Sociedad Global*, Aranzadi SA., Navarra, 2012, pp. 157-172.
- GARCÍA SEGURA, L. A., “Deontología Jurídica en el siglo XXI: una visión crítica”, en Carretero, C. y de Montalvo, F (Dir.) y Gisbert, M. y Serrano, A. (Coord.), *Retos de la Abogacía ante la Sociedad Global*, Aranzadi SA., Navarra, 2012, pp. 483-489.
- HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, A., “Retos de la Abogacía ante la Sociedad Global”, en Carretero, C. y de Montalvo, F (Dir.) y Gisbert, M. y Serrano, A. (Coord.), *Retos de la Abogacía ante la Sociedad Global*, Aranzadi SA., Navarra, 2012, pp. 93-97.

- LUMBRERAS SANCHO, E., “El compromiso del Abogado. El trabajo pro bono” en Carretero, C. y de Montalvo, F (Dir.) y Gisbert, M. y Serrano, A. (Coord.), *Retos de la Abogacía ante la Sociedad Global*, Aranzadi SA., Navarra, 2012, pp. 817-820.
- REY PÉREZ, J. L., “Una reflexión sobre la objeción de conciencia de los abogados”, en Carretero, C. y de Montalvo, F (Dir.) y Gisbert, M. y Serrano, A. (Coord.), *Retos de la Abogacía ante la Sociedad Global*, Aranzadi SA., Navarra, 2012, pp. 525-539.
- REY PÉREZ, J.L., *El Discurso de los Derechos*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2011.

REVISTAS:

- ASÍS ROIG, R., “Modelos Teóricos del Estado de Derecho, *DOXA*, nº 22, 1999, pp. 221-232.
- BONNET, A., “La globalización y las crisis latinoamericanas”, *Revista Mensual de Economía, Sociedad y Cultura*, febrero 2002, pp. 1-5.
- COUTURE, E. “Los Mandamientos del Abogado”, *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, vol. LII, nº 238, 2003.
- DE MIGUEL ÁLVAREZ, A., “La construcción de un marco feminista de interpretación: la violencia de género”, *Cuadernos de Trabajo Social*, 18, 2005, pp.: 231-248
- GONZALO VALGAÑÓN, A., “La aplicación de la Ley de medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *CEE Participación Educativa*, 11, julio 2009, pp. 105-109.
- PÉREZ DEL CAMPO, A. M^a. , “Las jóvenes frente a la violencia de género”, *Revista de Estudios de Juventud*, nº 86, septiembre 2009, pp. 83-98.
- RIVAS, F., “Teoría de la globalización y el Foro de Cooperación Económica de Asia”, *Revista Comercio Exterior*, Vol. 46, No. 12, México, diciembre 1996.
- SÁEZ, M., “Globalización financiera, crisis mundial e impacto sobre América Latina”, *Revista Economía y Política*, No. 4, Cuenca, diciembre 1998.

- SHAEFFLER, K., “Las empresas multinacionales en América Latina ¿Promotoras del desarrollo o villanos de la globalización?”, *Revista Contribuciones*, No. 3, Buenos Aires, julio-septiembre 1998.
- THOMPSON, G., “Introducción: para situar la globalización”, *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, No. 160, junio 199.

LEGISLACIÓN:

- Declaración de la ONU sobre Eliminación de la Violencia contra las Mujeres, aprobada el 20 de diciembre de 1993 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.
- Estatuto General de la Abogacía, Real decreto 658/2001, de 22 de junio. Artículo 25.2.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

JURISPRUDENCIA:

- STC 53/1985, de 11 de abril.
- STC 59/2008 de 14 mayo de 2008.
- Sentencia del Juzgado de lo Penal de Santander, de 20 abril de 2009.
- Sentencia del Juzgado de lo Penal nº1 de Barcelona, de 6 de junio de 2006.
- Cuestión de inconstitucionalidad núm. 5939/2005 planteada por el Juzgado de lo Penal núm.4 de Murcia.

RECURSOS DE INTERNET:

- <http://estherpinedag.wordpress.com/2013/08/25/la-violencia-contra-el-hombre-tambien-existe/> Última consulta: 13/03/14.
- http://rednoviolenciagex.gobex.es/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=12&Itemid=3 Última consulta: 11/03/14.
- <http://www.eumed.net/libros-gratis/2008b/389/#indice> Última consulta: 24/03/2014.
- http://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/Violencia_Genero_Documentacion_Red_Ciudadana_folleto.pdf Última consulta 11/03/14.

- <http://www.juridicas.unam.mx> Última consulta: 24/03/2014.
- <http://www.laopiniondemurcia.es/comunidad/2010/11/23/constitucional-divide-recurso-jueza-murcia/285218.htm> Última consulta: 26/03/2014.
- <http://www.lavanguardia.com/vida/20080514/53462896214/el-constitucional-avala-dividido-la-ley-de-violencia-de-genero.html> Última consulta: 25/03/2014.
- <http://www.plades.org.pe/etextos/santamarta.htm> Última consulta: 31/03/2014.
- <http://www.usc.es/export/sites/default/gl/servizos/oix/descargas/Balancex20Consejox20dex20Ministrosx2015x20dic.pdf> Última consulta: 13/03/2014.

OTRAS FUENTES BIBLIOGRÁFICAS:

- CEPAL, *Globalización y desarrollo, Vigésimonoveno Período de Sesiones*, Brasil, del 6 al 10 de mayo 2002.
- Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Pekín en el año 1995.
- Fondo Monetario Internacional, *Perspectivas de la economía mundial*, Washington, mayo 1997.

María
de Juan
Gala

**EL CONCEPTO JUSTICIA Y LA ACTUACIÓN DEL PROFESIONAL
JURÍDICO ANTE UNA NORMA INJUSTA**

