

Notas acerca de una investigación jurídica sobre la discriminación racial, étnica y por razón de nacionalidad*

Pablo Miravet
Universidad de Valencia

“Nada preciso puede averiguarse al respecto, o bien sólo después de mucho tiempo es ello posible”
(Franz Kafka, *El Castillo*)

Resumen

El artículo expone el desarrollo de las etapas iniciales de un proyecto de investigación centrado en la eficacia de las normas penales españolas que protegen frente a la discriminación racial, étnica y por razón de nacionalidad. El texto contiene también algunos apuntes sobre el problema de la eficacia del derecho.

Abstract

In this article I report the initial stages of a research focused on the effectiveness of those spanish criminal norms that protect against ethnic and racial discrimination. The text also contains some notes on the problem of the effectiveness of the law.

Palabras clave: Legislación penal antidiscriminatoria, eficacia, investigación jurídica.

Key words: Antidiscrimination criminal law, effectiveness, legal research.

1.- Introducción

Lo que sigue son unas notas sobre del desarrollo de un proyecto de investigación que pretende analizar la eficacia de las respuestas previstas en nuestro ordenamiento jurídico para reprimir penalmente la discriminación racial, étnica y por razón de nacionalidad¹. Es oportuno formular una observación preliminar en torno al objeto y las ambiciones de este texto. La exposición relata la experiencia de una investigación todavía en curso. Por ello, el artículo se centra en la construcción y el desarrollo de la investigación, y no dirá nada acerca de sus conclusiones. Por otra parte, el campo preferente del estudio es una Comunidad Autónoma y no el ámbito estatal, aunque esta variable no influye realmente en las cuestiones que serán abordadas aquí.

* Agradezco a José García Añón y a Pablo Ceriani sus comentarios.

¹ “Eficacia de las garantías normativas frente a la discriminación racial y étnica en la Comunidad Valenciana”; Direcció General D’Investigació i Transferència Tecnològica de la Conselleria d’Empresa, Universitat i Ciència de la Generalitat Valenciana; (Ref: GV06/239); Investigador Principal: José García Añón; Instituto Universitario de Derechos Humanos (Universidad de Valencia).

Describiré, primero, el proyecto de investigación, introduciendo un apunte sobre la elección de la unidad de observación. En segundo lugar, analizaré, o más bien interpretaré, la construcción del problema jurídico que da origen a la investigación, apoyándome en una elaboración teórica sobre la cuestión de la eficacia de las normas jurídicas. La tercera parte del artículo está dedicada a las fases iniciales de la investigación de campo y expone algunos aspectos del trabajo de documentación de casos en los órganos jurisdiccionales. Esta última sección contiene también una breve reflexión sobre el ejercicio de las facultades gubernativas que la legislación vigente atribuye a los Secretarios judiciales para materializar el acceso a la documentación judicial.

2.- Descripción del proyecto. La unidad de observación.

Como se ha señalado, el proyecto de investigación pretende llevar a cabo una evaluación de la eficacia de las normas que protegen frente a la discriminación racial, étnica y por razón de nacionalidad durante el decenio 1996-2006 (desde la entrada en vigor del vigente Código Penal de 1995, en adelante CP) en el ámbito geográfico de la Comunidad Valenciana. La investigación se centra en la interpretación y aplicación por los juzgados y tribunales del orden penal de la circunstancia agravante del art. 22.4 CP (en el aspecto específico de la discriminación racial o étnica) y de los delitos de discriminación laboral (314 CP); provocación a la discriminación y al odio (510.1 CP) y difusión de información injuriosa agravada por su naturaleza discriminatoria (510.2 CP); denegación discriminatoria de prestación en el ámbito público (511 CP) y privado (512 CP); y asociación ilícita que promueve la discriminación (515.5 CP).

Estos delitos específicos y la agravante del 22. 4 no agotan el elenco de normas que, desde 1971 (más concretamente, desde la reforma de 1973), y en especial desde la entrada en vigor del nuevo CP de 1995, han ido agregándose a la denominada “legislación penal antidiscriminatoria”, un complejo normativo que ha respondido a la necesidad de articular una reacción penal diversificada frente a las vulneraciones graves del principio de igualdad –en la investigación de referencia, aquéllas que tienen su origen en la diferencia racial o étnica o en la nacionalidad de las víctimas²-, pero que ha

² Aunque esta clase específica de discriminación no tiene como único referente subjetivo a las personas inmigrantes, a medida que España se ha consolidado como país receptor flujos migratorios, las víctimas de discriminaciones penalmente relevantes asociadas a la raza, la etnia o la nacionalidad han sido y son mayoritariamente los extranjeros, o, para hablar con mayor propiedad, los inmigrantes no comunitarios (o los nuevos comunitarios periféricos).

sido también objeto de críticas de distinta naturaleza. Las críticas han apuntado a aspectos heterogéneos de esta normativa. Por ejemplo, su poco depurada técnica legislativa, que propicia confusiones conceptuales, peca de casuismo excesivo, incurre en redundancias, favorece la interpretación subjetiva de determinados preceptos (vg., la agravante del 22.4) y, en otros casos, no resulta coherente con el principio de proporcionalidad de las penas (Grupo de Estudios sobre Política Criminal 1998; García Añón, 2004a; Laurenzo Copello, 1996). O también, la acumulación de preceptos originados en diferentes tradiciones o modelos de legislación antidiscriminatoria, que puede privar de criterios hermenéuticos sólidos al intérprete (Guardiola, 2006), y la tendencia inflacionaria y expansionista del derecho penal en esta materia (Landa Gorostiza, 2001), tendencia que cabe encuadrar en fenómeno más general de ampliación de las fronteras del derecho punitivo en las sociedades complejas rotulado como la “huida hacia el derecho penal” (Prieto Sanchís, 2003).

Aunque no es éste el lugar para profundizar en estas observaciones críticas, sí conviene subrayar, en relación a uno de los cargos recurrentes que se le formulan a la legislación penal antidiscriminatoria (su vaguedad y su carácter difuso), que, junto a la agravante genérica del 22.4 CP, el proyecto restringe el objeto de la investigación a aquellos *delitos específicos* que constituyen el núcleo definitorio de esta normativa en la dimensión concreta que se pretende analizar. Más allá de la valoración político-criminal que de los preceptos escogidos pueda hacerse³, la elección del objeto (o unidad de observación) en el diseño inicial del proyecto parece la más adecuada, dado que la extensión de la investigación a todas aquellas otras normas penales vinculadas de un modo u otro a este tipo de discriminaciones⁴ podría lastrar la delimitación del problema y el desarrollo del estudio con algunos problemas de vaguedad e imprecisión que a buen seguro repercutirían en sus resultados finales.

³ Vid. Grupo de Estudios sobre Política Criminal (1998), que contiene una bien fundamentada propuesta de modificación de penas y de supresión de algunos tipos o subtipos penales previstos en las normas que son analizadas en el proyecto, particularmente los contemplados en el 510 CP.

⁴ En el concepto de “legislación penal antidiscriminatoria” (en la dimensión específica que analiza el proyecto) pueden ser incluidos un buen número de tipos cualificados y de delitos genéricos. La inclusión de algunos de ellos en la categoría no resulta, sin embargo, pacífica. Sobre esto, vid. Guardiola (2006).

3.- Los objetivos y el problema jurídico. La cuestión de la eficacia externa de las normas.

El diseño de un proyecto se estructura alrededor de la identificación de un problema vinculado a la unidad de observación y la formulación de la hipótesis de partida que la investigación habrá de verificar en mayor o menor grado. Para analizar este punto, se reproducen aquí los objetivos/ actividades asociados al desarrollo del proyecto de investigación, tal y como fueron formulados inicialmente:

a) Recopilación y estudio de la normativa nacional e internacional sobre las garantías normativas frente a la discriminación racial y étnica; *b)* Recopilación y documentación de los casos de discriminación por motivos raciales o étnicos entre 1996 y 2006, con especial referencia a la Comunidad Valenciana; *c)* Realizar una recopilación de asuntos tramitados ante los tribunales en distintas instancias (Comunidad Valenciana, Tribunales nacionales, regionales e internacionales) entre 1996 y 2006 relacionados con la discriminación racial y étnica; *d)* Detectar y analizar los puntos fuertes y los obstáculos para la aplicación de la normativa sobre discriminación racial y étnica; *e)* Elaborar propuestas de desarrollo de mecanismos institucionales y diseño de programas, iniciativas y guías de “buenas prácticas” para mejorar la garantía frente a la discriminación racial y étnica, con especial referencia a los inmigrantes; *f)* Difundir los resultados de la documentación recopilada y su análisis, mediante la elaboración y publicación de un informe y su discusión entre los colectivos a los que puede ser útil: Administración de Justicia, Fiscalía, ONGs y asociaciones; *g)* Elaborar propuestas dirigidas a la modificación y adaptación de la normativa en consonancia con las Directivas europeas y el Protocolo 12 de la Convención europea de Derechos Humanos.

Estos objetivos/ actividades conforman un plan estructurado en una secuencia diacrónica. Como se ve, se trata de actividades distintas: *a*, *b* y *c* son actividades de carácter esencialmente cognoscitivo y conforman (especialmente *b* y *c*, por lo que hace a la documentación y recopilación de casos de aplicación en el ámbito de la Comunidad Valenciana) la “investigación empírica” en el sentido restringido de la expresión⁵; por su parte, *e*, *f* y *g* (especialmente *e* y *g*) son actividades *ex post* que tienen una finalidad esencialmente crítico-normativa y propositiva. El elemento que unifica y que da

⁵ “Investigación empírica” se utiliza en este pasaje concreto como sinónimo de trabajo de campo. En un sentido más general, la expresión se usa también para hacer referencia a los análisis de la dimensión “externa” del derecho (o del derecho como fenómeno social), centrados en cuestiones tales como el impacto social del derecho, la aplicación de normas, las funciones del derecho, la opinión ciudadana sobre el derecho, etc., temas, todos ellos, propios de la Sociología del derecho. Por su parte, las investigaciones típicamente “internas al sistema jurídico” o situadas en el discurso de la dogmática podrían definirse como aquéllas “que buscan respuestas jurídicas dando cuenta del sentido normativo del objeto” (Sarlo, 2003: 184).

coherencia a toda la investigación es el punto *d*, que contiene, al menos de forma implícita, el problema jurídico a partir del cual se formula la hipótesis de partida⁶.

Un problema jurídico no puede construirse en el vacío, sin un previo conocimiento de aquel sector del derecho y de la realidad sobre los que se quiere investigar. La hipótesis de partida es “una suposición que recae sobre un aspecto de la realidad y que puede verificarse en la investigación” (Anitua, 2006: 300). Esta suposición es, en algún sentido, una sospecha fundada. Lo es porque el investigador cuenta (o debería contar) con un bagaje teórico que proporciona indicios de lo que quiere conocer y todavía no conoce. La metodología de la investigación, o, más limitadamente, las técnicas de investigación no sirven de mucho en ausencia de ese saber, dado que, más allá de que sea falsada o haya de ser redefinida a lo largo del desarrollo de la investigación, la hipótesis se construye desde ese conocimiento⁷.

A partir de estos indicios, y tomando como referencia el punto *d* de la secuencia de objetivos/ actividades referida, se puede formular el problema que da origen a la investigación en estos términos:

España se ha dotado de una amplia normativa penal antidiscriminatoria. Esta respuesta legislativa está, en gran medida, relacionada con su transformación en país receptor de inmigración y con la ocurrencia contrastada de actos y comportamientos de carácter xenófobo, racista o discriminatorio que son penalmente relevantes. En el período de vigencia de esta normativa, y en el ámbito de la Comunidad Valenciana, se han producido y se producen actos y comportamientos racistas y xenófobos, o discriminatorios que son penalmente relevantes. Se conocen algunos casos en los que las previsiones legales no han sido o no han podido ser aplicadas por los órganos de adjudicación. Se conocen algunos casos en los que no han intervenido los órganos de adjudicación.

La suposición, la sospecha fundada que hay que verificar, es que puede haber un déficit de eficacia de los preceptos estudiados. Si éste es el caso, la finalidad de la parte propositiva del proyecto (*e* y *g*) es tratar de formular indicaciones tendentes a mejorar

⁶ La centralidad de *d* se percibe mejor en esta síntesis de objetivos del proyecto: a) verificar la eficacia general de la normativa actual relacionada con los delitos de discriminación racial y étnica; b) detectar los problemas relacionados con la aplicación de las normas vigentes. En concreto, los motivos por los que existe una falta de denuncias, su archivo, o de sentencias desestimatorias; c) detectar los puntos fuertes de la aplicación de las normas; d) proponer mecanismos y estrategias que faciliten una garantía adecuada frente a la discriminación racial y étnica.

⁷ Algunas cuestiones vinculadas al desarrollo del proyecto que han sido objeto de análisis previo por parte de quien ha concebido la investigación son: las limitaciones de la investigación dogmática o “interna al sistema jurídico” sobre el principio de igualdad y no discriminación, (García Añón, 2000); la normativa antidiscriminatoria vigente en España y los problemas apuntados arriba (García Añón, 2004a); los mecanismos de interpretación del derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional norteamericana y continental (García Añón, 2004b); la aplicación de la agravante del 22.4 CP en los tribunales españoles (García Añón, 2005); y la integración de los inmigrantes en el ámbito de las Comunidades Autónomas (García Añón, 2004c).

este estado de cosas. Pero para saber si éste es el caso, la investigación debe volcarse en el análisis de la eficacia de la legislación estudiada.

Aunque la delimitación conceptual de la eficacia jurídica es, como se ha dicho, una cuestión “tormentosamente abierta” (Ferrari, 1989: 159), resulta posible distinguir preliminarmente dos sentidos diferenciados de la *eficacia* de una norma o conjunto de normas dentro de un sistema jurídico: *i*) el primero, la eficacia llamada “formal” o “jurídica”, que podría llamarse también “interna”, es un predicado o calificativo meramente normativo que se refiere a la satisfacción de las condiciones que regulan la producción de la norma⁸ y a su capacidad de producir efectos *jurídicos* en un entorno normativo dado (vg., establecer una prohibición); *ii*) el segundo, la eficacia “material” o “sociológica”, que podría llamarse también “externa” o “fáctica” se vincula, por su parte, a aquellos efectos *reales* (en el “mundo externo”) que consigue una normativa en correspondencia a los fines de quien la ha producido. Más ampliamente, la eficacia externa o sociológica hace referencia a la capacidad de la(s) norma(s) para motivar conductas, para producir actos coactivos dirigidos a garantizar el cumplimiento en defecto de su observancia y para organizar la vida social (Ferrari, 1989; Hierro, 2003).

La investigación se centra en la eficacia externa o sociológica de la normativa penal antidiscriminatoria. Tomemos, por ejemplo, la prohibición de discriminación en la prestación de un servicio público del artículo 511 CP. El objetivo de la investigación no es analizar la eficacia constitutiva o “autorealizativa” de este precepto (su eficacia interna), sino conocer *i*) si, de qué modo y por qué la norma ha sido (o no) capaz de motivar determinados comportamientos en los encargados de un servicio público (o, en el subtipo del art. 511.3, en los funcionarios públicos); *ii*) si, de qué modo y por qué los efectos previstos para el caso de incumplimiento han recaído (o no) sobre los destinatarios de la norma; y *iii*) si, de qué modo y por qué el precepto en cuestión ha servido instrumentalmente (o no) para alcanzar el estado de cosas que el legislador pretendía alcanzar en el momento de su aprobación.

Estos tres aspectos de la investigación hacen referencia a otras tantas *dimensiones* de la eficacia “externa” o “sociológica” de los preceptos analizados. La terminología utilizada por la literatura jurídica es poco depurada y en ocasiones confusa. Adoptaré, con alguna variante, el esquema conceptual propuesto por Hierro (2003) y

⁸ Esta definición no implica que el predicado ‘eficacia’ (interna) sea equivalente a ‘validez’. La simple *existencia* es condición suficiente para que una norma produzca efectos jurídicos. Una norma que existe (si se quiere, que está vigente) es eficaz aunque pueda no ser válida. Vid., entre otros, Guastini (1999: 322-323)

distinguiré la eficacia externa entendida bien como *i)* “eficacia-cumplimiento” o “eficacia primaria”, bien como *ii)* “eficacia-aplicación” o “eficacia secundaria”⁹, y la eficacia externa entendida como *iii)* “efectividad” (o “eficacia-éxito”)¹⁰.

Eficacia externa como “eficacia-cumplimiento” y como “eficacia-aplicación”

Eficacia	Ineficacia
1) Por cumplimiento	1)' Por incumplimiento
2) Por demanda de aplicación	2)' Por ausencia de demanda de aplicación
3) Por aplicación	3)' Por inaplicación
4) Por cumplimiento de la aplicación	4)' Por incumplimiento de la aplicación

Fuente: Hierro (2003: 146)

Eficacia externa como efectividad o “eficacia-éxito”

Efectividad	Inefectividad
Por consecución de los propósitos (declarados) del legislador	Por no consecución de los propósitos (declarados) del legislador

Las dos primeras dimensiones están relacionadas del siguiente modo: una norma es eficaz (en el sentido de eficacia-cumplimiento) si es capaz de motivar, de hecho, la conducta de sus destinatarios, si bien el cumplimiento puede ser no consciente, en cuyo caso se da una mera coincidencia entre la prescripción de la norma y el comportamiento del sujeto. En defecto de cumplimiento, una norma es eficaz (en el sentido de eficacia-aplicación) si un órgano de adjudicación toma una decisión encaminada a forzar el cumplimiento de la norma por su destinatario y, si ello no es posible, le impone la sanción prevista para el caso de incumplimiento.

Identificaré, en primer lugar (*i*), un aspecto puntual de la relación entre la eficacia-cumplimiento y la eficacia-aplicación vinculado al problema jurídico que se ha definido arriba con el fin de explicar el planteamiento de la etapa inicial desarrollo investigación. En segundo lugar (*ii*), trataré de destacar la importancia de la función instrumental de las normas respecto a los fines sociales perseguidos (es decir, su efectividad o eficacia-éxito) en los estudios dedicados a la eficacia jurídica.

⁹ Los calificativos “primaria” y “secundaria” se toman de Ferrajoli (2000: 39), que habla, en realidad, de “efectividad primaria o sustancial” y “efectividad secundaria o jurisdiccional” en referencia, respectivamente, a las “garantías primarias” y las “garantías secundarias”, en el marco de su universo conceptual.

¹⁰ Hay, todavía, una última dimensión de la eficacia externa o sociológica, la *eficiencia*, relativa a “los costes de aplicación de las normas jurídicas” (de nuevo, Hierro, 2003: 171).

i) Consideremos estos dos ejemplos: *i-a*) Una norma N1 establece una prohibición de discriminación.. Si N1 es frecuentemente aplicada por los órganos de adjudicación (forzando el cumplimiento de la prohibición y/ o aplicando la sanción prevista¹¹) o si su aplicación es frecuentemente demandada ante los órganos de adjudicación, se puede presumir que ello es debido a que N1 es una norma generalmente (o frecuentemente) incumplida por sus destinatarios; *i-b*) Una norma N2 establece, por ejemplo, una prohibición de discriminación. Si N2 es muy poco aplicada por los órganos de adjudicación o si su aplicación es muy poco demandada ante los órganos de adjudicación, no se puede presumir (o es mucho más problemático presumir) que ello es debido a que N2 es una norma generalmente cumplida por sus destinatarios. Los supuestos N1 y N2 nos dicen que la información es el punto de partida de una investigación empírica sobre la eficacia jurídica como la que plantea el proyecto.

En el caso de N1 la información sobre la actividad de los órganos jurisdiccionales es, como mínimo, suficiente. La norma, se sabe, es incumplida (si bien no se dispone de *toda* la información sobre su vulneración (*si*), que debería ser completada). Aunque la investigación IEN1 no tiene por qué excluir el análisis de las preguntas *de qué modo y por qué* N1 es frecuentemente aplicada por (o *de qué modo y por qué* su aplicación es frecuentemente demandada ante) los órganos de adjudicación, la investigación empírica IEN1 debería volcarse en la relación norma-comportamiento, que es el punto débil de la eficacia de la norma. Las preguntas relevantes son, aquí, *de qué modo y por qué* N1 no ha sido capaz de motivar determinada conducta en sus destinatarios. El esfuerzo debería dirigirse a clarificar las razones por las que prohibición de N1 es vulnerada: cuáles son las causas y los condicionantes del delito, cuáles son, en suma, las razones de la ineficacia de cumplimiento de N1.

En el caso de N2, la información disponible (o mejor, la información de la actividad de los órganos de adjudicación de la que se dispone) puede no ser suficiente o es claramente insuficiente. A diferencia de IEN1, la investigación empírica IEN2 debería comenzar por conocer *si* la prohibición es vulnerada por sus destinatarios. Si éste es el caso, IEN2 no puede prescindir del análisis de la ineficacia de cumplimiento, pero el principal interés de la investigación será conocer *si, de qué modo y por qué* N2 es inaplicada por los órganos de adjudicación y *si, de qué modo y por qué* su aplicación no

¹¹ Para simplificar, se entiende aquí que la expresión “es frecuentemente aplicada” significa que los órganos de adjudicación imponen frecuentemente la pena por la vulneración de la prohibición y *también* que esta aplicación es también frecuentemente “cumplida” (ejecución de la sentencia).

es demandada ante los órganos de adjudicación, dado que el punto débil de la eficacia de la norma no es sólo la relación norma-comportamiento, sino también, o sobre todo, el fracaso de las respuestas previstas para el incumplimiento. La investigación debería centrarse, ante todo, en las razones de la ineficacia de aplicación de N2.

En el análisis del cumplimiento y la aplicación de N1 y N2¹², resulta necesario acudir a factores externos (ideología de la judicatura, opinión ciudadana sobre la legislación antidiscriminatoria, extracción social de los infractores, conocimiento de las posibilidades de reclamación judicial por parte de las víctimas, etc.), pero también será preciso partir del contenido de la norma y su interpretación jurisprudencial y recabar el apoyo de las construcciones teóricas situadas en un nivel de discurso interno al sistema, típico de la dogmática, o, si se quiere, de la ciencia jurídica. En todo caso, el perfil de estas dos investigaciones (IEN1 e IEN2) determina que las variables que deben ser tomadas en consideración sean distintas. También la parte propositiva, es decir, las propuestas de cambio (social, institucional, normativo) dirigidas a que N1 y N2 sean más “eficaces” estarán centradas en aspectos (externos/ internos) distintos.

La realidad es más impura que los escenarios presentados (o, mejor dicho, que el escenario presentado en N1¹³). Si bien el estudio de la eficacia puede tener características diferentes en función del problema que se quiere analizar y resolver, ambas dimensiones, cumplimiento y aplicación, presenten múltiples puntos de fricción.

N1 y N2 dicen que la información es el punto de partida, y dicen también que si de la aplicación (general) de la sanción por la vulneración de una prohibición puede deducirse el incumplimiento (general) de la prohibición, de la inaplicación (general) de la sanción por vulneración de una prohibición no puede deducirse el cumplimiento (general) de la prohibición. Esto último es lo que sugerían los indicios y el conocimiento teórico a partir de los que se construyó el problema jurídico. Para analizar el cumplimiento y la aplicación efectivos de las normas escogidas, la secuenciación y racionalización de actividades se organizó, entonces, siguiendo un plan (también ideal) inspirado en la combinación de aquellas dos investigaciones ideales, que comenzó en la

¹² Una demanda de aplicación no implica necesariamente la aplicación por el órgano de adjudicación. Si bien se ha presumido que N1 es “eficaz” en el ámbito de la decisión judicial, el análisis de los casos de demanda de aplicación/ no aplicación de N1 (posibles) constituyen el punto de convergencia entre IEN1 y IEN2.

¹³ Esto no significa que no sean imaginables casos de N1. También son imaginables una prohibición plenamente eficaz y una prohibición plenamente ineficaz. Por otra parte, una norma no cumplida ni aplicada puede ser plenamente “efectiva” porque produce un estado de cosas discordante con los fines declarados pero concordante con los fines no declarados del legislador (caso de las normas “solo” simbólicas)

documentación de datos. Dado el planteamiento de la investigación, los esfuerzos no se han concentrado en la elaboración de diagnósticos sobre el incumplimiento de las normas estudiadas (IEN1), sino en analizar si de qué modo y por qué han sido (o no) aplicadas y si de que modo y por qué su aplicación ha sido (o no) demandada en los órganos de adjudicación, todo ello a partir de la información sobre su (in)cumplimiento.

ii) La eficacia de las normas estudiadas en el proyecto no puede, en todo caso, ser evaluada sólo a partir de su cumplimiento o sólo a partir de su aplicación (ni sólo a partir de estas dos dimensiones conjuntamente). La clarificación de las preguntas *si, de qué modo y por qué* en las dimensiones de la eficacia-cumplimiento y la eficacia-aplicación de las normas estudiadas no agota el trabajo de verificación de la hipótesis de partida. Si bien, como se ha dicho, las diferentes dimensiones de la eficacia son relevantes en relación a problemas distintos, tanto en el plano del discurso teórico como en el de las investigaciones empíricas se hace precisa una tarea de “integración sistemática” (Navarro, 1991: 19) de todas estas dimensiones. Esta investigación pretende evaluar la eficacia general de las normas penales antidiscriminatorias. La evaluación conjunta de las distintas dimensiones de la eficacia externa de los preceptos que forman la unidad de observación no puede, en suma, limitarse al análisis de lo que Atienza denomina su “racionalidad pragmática”, sino que debe incorporar también una evaluación de lo que el mismo autor llama la “racionalidad teleológica” (Atienza, 1997: 36-38).

La investigación empírica de la eficacia consiste, también, o sobre todo, en comparar el estado de cosas que se pretendía lograr en el momento de introducir o modificar la norma y el estado de cosas, más o menos valioso, alcanzado mediante el cumplimiento y la aplicación (o el incumplimiento y la inaplicación) de la misma. Evaluar el “éxito” alcanzado por las normas escogidas a través del análisis de su (in)cumplimiento y/ o su (in)aplicación equivale a clarificar, por ejemplo, si estas normas han incrementado (o no) la disposición de los habitantes de la Comunidad Valenciana a incluir en la expresión “nosotros” a personas de otra raza, etnia o nacionalidad. El análisis de la “efectividad” (o eficacia-éxito) se vincula, por tanto, a los *fin*es sociales perseguidos (o que el legislador declaró perseguir al aprobar la norma), fines para cuya consecución la norma es un medio o un instrumento. Volviendo al esquema trazado arriba, el análisis de la “efectividad” se orientará a verificar *i) si (de qué modo, etc...)* el cumplimiento y la aplicación de la norma han generado (o no) el estado de cosas valioso esperado (la consecución de los fines que el legislador declaró

perseguir), *ii) si (de qué modo, etc...)* el cumplimiento y la aplicación han generado, además, estados de cosas no esperados y *iii) si (de qué modo, etc...)* el no cumplimiento y la no aplicación la norma han producido (o no) otros efectos o estados de cosas (y, finalmente, si estos otros estados de cosas están vinculados a fines latentes y no declarados del legislador¹⁴).

Para realizar una tarea de “verificación” de la efectividad o “eficacia-éxito”, parece suficiente adoptar una perspectiva “externa”, preocupada sólo de la dimensión fáctica del derecho, o, si se quiere, del derecho “como hecho”, del *ser* del derecho. La integración sistemática de todas las dimensiones de la eficacia jurídica, el análisis del modo en que algunos elementos del sistema jurídico se materializan en los comportamientos de los destinatarios y los órganos de adjudicación y de la incidencia de estos comportamientos en la realidad social no exige, ni impone, la concurrencia de discursos normativos. El punto de vista de las normas y sus interpretaciones está, obviamente, presente en toda investigación empírica sobre la eficacia del derecho: la configuración estructural de un tipo penal, su “contenido”, puede, por ejemplo, influir en la ineficacia externa de la norma¹⁵, una línea jurisprudencial consolidada puede desincentivar la demanda de aplicación de otra norma, etc. Pero en las investigaciones típicas o canónicas de sociología del derecho (en las que, dicho al pasar, la exclusión de los valores es un mero *desideratum* epistemológico), el derecho “como norma” (el *deber ser* del derecho) tiene relevancia en la medida en que resulte útil para el análisis de su concreta fenomenología empírica, que es principal objetivo de la investigación.

¹⁴ En relación a esto último, entro brevemente en el terreno de las conclusiones del proyecto para apuntar que la recurrencia de los episodios racistas y la baja frecuencia de aplicación (y de demanda de aplicación) de la normativa estudiada (que no significa la “no aplicación”) la sitúa en la órbita de la llamada “legislación simbólica”, tematizada entre otros por Aubert (1966) como aquella que se aprueba sin intención de que sea cumplida ni aplicada ni de que influya realmente en el estado de cosas que la norma regula (el ejemplo clásico de Aubert es el Estatuto noruego de 1948 sobre regulación del trabajo de las amas de casa y servicio doméstico). Si bien hay normas o leyes que tienen una función *sólo* simbólica, podría decirse que otras, junto a las típicas funciones del derecho, cumplen *también* o *además* una función simbólica. Éste, me parece, sería el caso de la agravante y de los tipos penales analizados. Se trata, en efecto, de una normativa aprobada (o ampliada/ agravada) en un contexto de cambio social (la transformación de un país en territorio de recepción de inmigrantes), que irrumpe como una reacción del legislador frente a la proliferación de hechos que reclaman algún tipo de respuesta penal “demostrativa”, pero que no parece tener como destinatario principal sólo al potencial infractor (ni como único fin la prevención general y la represión de las conductas gravemente atentatorias contra el principio de igualdad de trato), sino también (¿o sobre todo?) a la buena conciencia de la sociedad en conjunto, de modo que su función no sería tanto proteger un bien jurídico menesteroso de tutela cuanto afirmar (y aun proclamar) un valor cívico o imponer un ideal reformista, a despecho de la escasa eficacia y efectividad del texto legal. Entre otros, García Añón señala algo similar a esto en el ya citado análisis de la aplicación de la agravante (2005: 74)

¹⁵ Es el caso de la ineficacia de aplicación de la norma que tipifica el delito de discriminación laboral del 314 CP.

Está claro que evaluar la efectividad de una norma con respecto a los fines que persigue desde el llamado “punto de vista externo” no es lo mismo que evaluar si los fines que aquélla persigue están moralmente justificados desde parámetros de valoración éticos o políticos. Y tampoco es lo mismo que emitir juicios sobre la coherencia de la producción, interpretación y aplicación de las normas que protegen frente a la discriminación racial y étnica con respecto al contenido constitucional sustantivo, el principio de igualdad, que debe condicionar estas actividades)¹⁶. El proyecto no sólo pretende decir lo que pasa con las normas penales antidiscriminatorias, sino también lo que debe o debería pasar. Por ello, su “naturaleza”, si cabe hablar de este modo, es híbrida. En una investigación sobre la eficacia del derecho, la concurrencia de los lenguajes (descriptivos, normativos) y de las herramientas de distintas disciplinas jurídicas puede no ser estrictamente necesaria, pero tampoco es inadecuada, dejando a un lado la (oceánica) cuestión de las fronteras entre las disciplinas jurídicas¹⁷. La idoneidad de aquella concurrencia dependerá del problema y los objetivos de la investigación¹⁸.

4. La realización de la investigación.

4. 1. La metodología de la investigación de campo y sus variaciones.

La metodología propuesta en la memoria del Proyecto planteaba como primer paso un trabajo de recopilación de datos y de localización de casos de aplicación de las normas estudiadas en los juzgados y tribunales de la Comunidad Valenciana. En esta fase, se trata de conocer de la manera más amplia posible –digamos, en bruto- si y con qué frecuencia los preceptos analizados han sido aplicados –o si y con qué frecuencia su aplicación ha sido demandada- durante el período investigado. Junto a la a la exploración de las bases de datos de jurisprudencia de acceso público, la investigación empírica hace necesario el empleo de técnicas utilizadas en las investigaciones sociológicas: así, documentación a través de la visita y el acceso directo y la revisión de

¹⁶ Los diferentes “niveles de discurso jurídico” (según la expresión de L. Ferrajoli) aparecen con frecuencia (justificadamente) solapados en los estudios dedicados al principio (y derecho fundamental) de igualdad. Vid., por ejemplo, Añón (2001)

¹⁷ Sobre el estatuto de la sociología del derecho y sobre la porosidad de las fronteras entre la sociología del derecho y la ciencia jurídica y entre sociología del derecho y filosofía del derecho (en el sentido de teoría de la justicia), vid. Ferrari (2000: 64-85)

¹⁸ La idoneidad de vincular el análisis de la eficacia jurídica a predicados como la validez y la justicia no se limita a la “efectividad”. También la eficiencia, dimensión que he dejado de lado en este artículo, puede ser un instrumento útil en la evaluación de estados de cosas desde la perspectiva de una concreta teoría de la justicia. Vid., sobre esto, Bayón (2002)

los archivos, libros y registros de los órganos jurisdiccionales; muestreo en los órganos instructores a fin de identificar casos; encuestas semiestructuradas a jueces y fiscales con un cierto grado de estandarización, así como entrevistas los actores sociales relacionados con el tema de la investigación.

La investigación de la que estamos hablando es una investigación jurídica sin más adjetivaciones, en el sentido de que su tema y su finalidad pertenecen propiamente al campo del conocimiento jurídico. Cuestión distinta es que, en ésta y otras fases de la misma, sea preciso el auxilio de técnicas de investigación y de conocimientos (o de modos de aproximación a la realidad) propios de la sociología. La sociología (y sus técnicas) aplicadas a esta investigación empírica tiene, en todo caso, una función instrumental, lo que no priva a la investigación de su carácter interdisciplinar. El uso de otras disciplinas (*no jurídicas*) se concibe, en realidad, como una herramienta puesta al servicio del problema *jurídico* que se pretende verificar. De otra parte, en esta investigación no confluyen dos tipos de investigadores (juristas y sociólogos)¹⁹. El proyecto se ha diseñado, de hecho, tomando en consideración que el equipo está formado íntegramente por investigadores provenientes del ámbito del derecho. Los objetivos pueden, sin embargo, ser adecuadamente alcanzados mediante la utilización de una “metodología de baja complejidad” (Oliveira, 2006: 295) en el trabajo de campo, suficiente para obtener la información deseada. Un aspecto distinto de la investigación es el de la accesibilidad a la información deseada, que puede inducir una alteración de la metodología si plantea problemas no previstos.

4. 2. La necesidad de un trabajo de campo en los juzgados y tribunales

Al margen de la agravante genérica (aplicable a delitos graves y menos graves, también a las faltas) y exceptuando un supuesto específico del delito de asociación ilícita del art. 515.5, la competencia para el enjuiciamiento del resto de los tipos penales investigados corresponde a los Juzgados de lo Penal, por ser delitos de los llamados “menos graves”. La llamada “jurisprudencia menor” de las recopilaciones y bases de datos de jurisprudencia de acceso público contiene una selección de las resoluciones firmes de las Audiencias provinciales, y sólo excepcionalmente las sentencias de los Juzgados de lo Penal. El acceso a las sentencias de los Juzgados de lo Penal a través de

¹⁹ Sobre la cuestión de la “doble preparación” sociológica y jurídica y las ventajas de la confluencia de “mentalidades distintas” (la del sociólogo y la del jurista) en las investigaciones empíricas en derecho, vid. Treves (1988: 156-158).

las bases de datos sólo resulta posible bien en los casos (excepcionales) en los que aquéllas hayan sido incluidas en los repertorios, bien cuando han sido apeladas y la sentencia de las AP resolviendo el recurso haya sido incluida en las bases. Esto vale, también, para las sentencias de los Juzgados de Instrucción dictadas en el ámbito de su competencia que hayan sido apeladas (cuando procede) ante la Audiencia. El conocimiento exhaustivo de –o más bien la pretensión de conocer exhaustivamente- los casos de aplicación de la normativa antidiscriminatoria investigada reclama, por tanto, un trabajo de campo tanto en los Juzgados de Instrucción como en los órganos sentenciadores, ya sean los Juzgados de lo Penal, ya las secciones de las Audiencias.

4. 3. La sociedad civil

De acuerdo con el plan inicial, la búsqueda de casos de aplicación de las normas estudiadas se apoyaría, también, en fuentes de información ajenas a los órganos jurisdiccionales y las fiscalías²⁰, entre ellas las organizaciones de la sociedad civil.

Previamente a la iniciación de contactos con *i)* organizaciones locales o nacionales e internacionales con sede en la Comunidad Valenciana cuya actividad está vinculada a la a la monitorización de la discriminación, el racismo y la xenofobia (organizaciones de acción específica); *ii)* ONGs locales activas en el ámbito de la inmigración y *iii)* asociaciones de inmigrantes, se realizó una selección de los episodios de racismo, discriminación o violencia xenófoba acontecidos entre 1996 y 2006 que han sido documentados en los informes de las principales ONGs de acción específica. Se seleccionaron aquellos episodios en los que se mencionan organismos públicos (fiscalías, juzgados, policía, etc.), a fin de realizar un seguimiento de los hechos seleccionados con el apoyo de los informantes. Adicionalmente, se realizaron entrevistas telefónicas o presenciales o se solicitó información sobre casos de aplicación (o de demanda de aplicación) judicial de la legislación penal antidiscriminatoria.

Si bien no todos los hechos documentados por las organizaciones de acción específica son susceptibles de ser subsumidos en alguno de los tipos penales estudiados en el proyecto, los que efectivamente podrían serlo superan al número de casos de aplicación que han sido localizados. Más allá de que toda norma positiva tiene un

²⁰ Entre otras, las memorias anuales de la Fiscalía y del Consejo General del Poder Judicial o los datos estadísticos del INE. Se solicitó, asimismo, la colaboración de los colegiados adscritos a la sección de extranjería del Colegio de Abogados de Valencia y al SOJ (Servicio de Orientación Jurídica) del Colegio de Abogados de Alicante.

margen de ineficacia “natural”, el trabajo de documentación con las organizaciones de la sociedad civil ha reforzado la hipótesis de partida respecto a la eficacia (de cumplimiento y de aplicación) de normativa penal antidiscriminatoria. A la pregunta sobre la denuncia y el seguimiento en sede jurisdiccional de los hechos de carácter racista, xenófobo o discriminatorio documentados, la respuesta de las organizaciones sociales consultadas ha sido bien que su actividad se centra en la documentación y denuncia no judicial (sensibilización social) y que sólo en determinados casos ejercitaban acciones legales constituyéndose como acusación particular o popular (organizaciones de acción específica), bien que el seguimiento y el litigio judicial sobre estas cuestiones no forma parte de su actividad (resto de organizaciones). Sólo de dos organizaciones (una de ellas, de acción específica) se ha obtenido una información precisa sobre procedimientos penales seguidos por estos delitos. Las personas que han proporcionado esta información son los abogados vinculados a estas organizaciones que han intervenido en los procedimientos²¹.

4. 4. Ante la ley: algunos problemas en el acceso a la información en la oficina judicial.

El trabajo de localización de casos (de aplicación, de demanda de aplicación) de la normativa objeto de la investigación en los juzgados y tribunales de la Comunidad Valenciana se ha visto en parte condicionado por la negativa expresa o el silencio negativo de algunos órganos jurisdiccionales ante la solicitud de acceso a la documentación obrante en la oficina judicial. Aunque esta cuestión merecería un tratamiento muy detenido, señalaré sólo cuál es la legislación vigente y comentaré brevemente el Acuerdo denegatorio del Secretario de un Juzgado de lo Penal, omitiendo la referencia al órgano desde el que se dictó. Es oportuno señalar que, ante una solicitud escrita, el Secretario judicial puede dejar pasar el plazo de dos días a partir del cual el

²¹ El contraste entre el número de hechos de carácter racista o xenófobo documentados –o difundidos a través de los medios de comunicación social- y el limitado número de procedimientos penales iniciados o impulsados por las organizaciones sociales debe ser analizado con mayor detenimiento en otro lugar. Aún así, sugiero que la peculiar estructuración de la sociedad civil en las sociedades mediterráneas puede ser uno de los factores explicativos de la ausencia de una mayor cultura de la litigiosidad en esta materia. En el “patrón latino de sociedad civil” (Ferrera, 1995; Rodríguez Cabrero, 2004), el sector asociativo no constituye una esfera de acción social nítidamente diferenciada del ámbito institucional y se da una notable segmentación y diversidad interna en las organizaciones, que son a menudo fuertemente dependientes de los recursos financieros del Estado. En el caso de las organizaciones locales (y de inmigrantes) activas en el ámbito de la inmigración, e incluso de las ONGs de acción específica, estas pautas tendrían su reflejo en el perfil más asistencial que reivindicativo de unas organizaciones que no sólo suplen las carencias de las políticas de integración social y cultural y de prevención frente el racismo, sino que asumen determinadas funciones que la propia esfera institucional delega en ellas.

silencio equivale a la denegación. En el transcurso de la investigación, sólo en este caso puntual la denegación se ha realizado por escrito. Por tanto, sólo disponemos de esta referencia. La discutiré sin personalizar en quien se tomó la molestia de redactar un Acuerdo de cinco folios pudiendo permanecer en silencio, cosa que ya es de agradecer, sino pensando en una imaginaria denegación sostenida sobre los mismos razonamientos.

La legislación vigente establece una lógica y necesaria modulación del principio de publicidad de las actuaciones judiciales con la garantía de los derechos fundamentales de los sujetos cuyos datos personales están incorporados a la documentación judicial. En relación a los procedimientos concluidos, se ha señalado que los derechos fundamentales²² de las personas a quienes el proceso afecta o afectó y que un día se plegaron ante el principio de publicidad de las actuaciones, recobran su resistencia y vigor una vez concluido el procedimiento frente otros derechos o intereses, cuya prevalencia requerirá una motivada ponderación (Gómez Loeches, 1998).

Asumiendo este punto de partida, y en relación a la cuestión del acceso de terceros a la documentación judicial (expresión que, en el sentido en que la entendemos aquí, y que le da la Ley Orgánica del Poder Judicial en sus artículos 235 y 266.1, hace referencia a las sentencias incorporadas a los libros, archivos y registros judiciales, o, simplemente, a los libros de sentencias), me interesa argumentar que la finalidad perseguida por el tercero solicitante es un elemento fundamental a la hora de ponderar si el interés alegado puede reputarse o no suficiente y legítimo, y que, de acuerdo con la normativa vigente, este elemento no puede ser eludido por la decisión de la instancia competente para materializar el acceso a la documentación.

El artículo 266. 1 de la LOPJ señala que las sentencias extendidas y firmadas serán depositadas en la oficina judicial y se permitirá “a cualquier interesado” el acceso al texto de las mismas. La expresión “cualquier interesado” no es equivalente a “cualquier persona”. No añade nada a lo que establece el artículo 235 LOPJ (“los interesados tendrán acceso a los libros, archivos y registros judiciales que no tengan carácter reservado, mediante las formas de exhibición, testimonio o certificación que establezca la ley”). Por su parte, el artículo 266.2 de la citada Ley señala que “el acceso al texto de las sentencias o a determinados extremos de las mismas *podrá* ser restringido cuando el mismo pudiera afectar al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando

²² En particular, los del artículo 18. 1 CE-78.

proceda, así como, con carácter general para evitar que sean usadas con fines contrarios a las leyes”. (cursiva mía)

El tenor de de los artículos 266.1 y 2 y 235 LOPJ (y la normativa de desarrollo) deja claro que el ordenamiento jurídico español contempla la posibilidad de que una persona que no haya sido parte en un proceso ya concluido acceda al contenido de las sentencias depositadas en un juzgado por su sola condición de “interesado”, siempre que siga el procedimiento preceptivo y obtenga la autorización correspondiente. Sin ir más lejos, el que firma estas páginas ha tenido acceso al contenido de las sentencias en un buen número de juzgados de la Comunidad Valenciana con fines investigadores y con la autorización de los Secretarios. Prometo que es cierto.

La competencia para autorizar el acceso a los libros y registros del juzgado o tribunal la tiene el Secretario judicial. El Secretario tiene la facultad de interpretar si en el solicitante concurre o no la condición de “interesado” en los términos expuestos en la LOPJ, y debe valorar si el interés investigador alegado para el acceso extraprocesal a la información es legítimo y suficiente. Así lo dice el artículo 4 del Acuerdo del Pleno del GJPJ por el que se aprueba el Reglamento 1/ 2005, de 15 de septiembre, de los Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales, que establece el procedimiento preceptivo y el derecho de revisión y los recursos procedentes en caso de Acuerdo denegatorio, del que reproduzco sus incisos 1 y 2:

“4. 1. Corresponde al los secretarios de la Oficina judicial facilitar a los interesados el acceso a los documentos judiciales a que se refieren los dos artículos anteriores [para lo que aquí interesa, texto de las sentencias extendidas y firmadas, contenidas en los libros de sentencias]; 4. 2. Quienes estén interesados en acceder a los documentos a que se hace referencia en los dos artículos anteriores [id.], presentarán una solicitud por escrito en la secretaría de del órgano judicial, precisando el documento o documentos cuyo conocimiento se solicita y *expresando la causa que justifica su interés*. La solicitud será resuelta en el plazo de dos días mediante acuerdo del secretario de la unidad de la Oficina judicial en que se encuentre la documentación interesada, *quien deberá valorar si el solicitante justifica su interés*, la existencia de derechos fundamentales en juego y la necesidad de tratar los documentos a exhibir o de omitir los datos de carácter personal en los testimonios o certificaciones a expedir, en caso de que el solicitante no justifique un interés personal y directo, de manera que se salvaguarde el derecho a la intimidad personal y familiar, al honor y a la propia imagen de los afectados por la resolución judicial. Si accediere a lo solicitado expedirá el testimonio o la certificación que proceda o exhibirá la documentación de que se trate, previo tratamiento de datos de carácter personal, *en su caso*” (cursivas mías).

El precepto citado concreta, especifica y reglamenta el acceso a la información, confiriendo al Secretario el papel de garante de los derechos fundamentales de las personas cuyos datos obran en el texto de los documentos de la oficina judicial, pero no excluye (no podría hacerlo) el acceso de terceros solicitantes al texto de las sentencias. Lo que interesa remarcar es que la norma impone al Secretario el deber de “valorar si el

solicitante justifica su interés”. El Acuerdo denegatorio al que se ha hecho referencia no cita esta norma en su FJ1º, sino el ya derogado art. 4 del Reglamento 5/ 1995, de 7 de junio, que establecía el régimen competencial en términos similares.

Si bien es cierto que ningún investigador académico puede presumir a priori que su interés está justificado, el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 20 de marzo de 1996 (tampoco citado en el Acuerdo denegatorio) ha señalado que el interés investigador es un interés legítimo, dado que “el estudio y análisis de las actuaciones judiciales realizadas por un tribunal en determinadas materias...puede resultar relevante desde diversos puntos de vista”.El CGPJ expresa algunas cautelas justificadas, subrayando que no cualquier persona que se limite a esgrimir estar realizando una labor investigadora puede tener un acceso sin límites a las actuaciones judiciales, y que, ante una solicitud de este carácter, el tribunal (léase el Secretario) deberá “ponderar la justificación del interés esgrimido por el solicitante”, valorando, a tal fin, “entre otros elementos, el tipo de investigación que se está realizando, la importancia o entidad del trabajo investigador (...), la *finalidad* pretendida con dicha investigación, etc.” (cursiva mía)²³.

El Acuerdo denegatorio que se comenta, sin embargo, nada dice del interés y la finalidad investigadora alegados en la solicitud. La cuestión principal, sobre la que basa la decisión, está contenida en su FJ 8º:

“Pero lo que debo valorar es si el solicitante o las personas por él autorizadas pueden tener acceso general al texto de las sentencias archivadas en este juzgado. *Independientemente de la finalidad con que lo hagan*. Pues de hecho conocerán los datos personales de las partes de los procedimientos *aunque luego se haga o no uso de estos datos personales*” (cursivas mías)

Nuestro principal punto de discrepancia con el Acuerdo –el motivo que, pensamos, lo hace merecedor de un recurso estimatorio- es que debería haber valorado *no* “si (...) pueden tener acceso (...) con independencia de la finalidad”²⁴, *sino* si la

²³ Las referencias entrecomilladas están tomadas de la resolución del Secretario de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Expediente Gubernativo nº 314/06), a la que se dirigió el equipo de investigación (asesorado, por cierto, por otro Secretario judicial) para obtener una autorización genérica. Elevado el pertinente escrito, la Secretaría de Gobierno resolvió reenviando a lo que “con autonomía y motivadamente acuerden los secretarios de los juzgados”, justificando la resolución en la normativa reseñada arriba.

²⁴ Vale, en todo caso, subrayar que la finalidad de la investigación no es realizar “tratamiento” alguno de datos personales. El artículo 3 c) de la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, define “tratamiento de datos” en estos términos: “operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias”. La solicitud formulada no señala que la intención del equipo de investigación sea la realización de ninguna de estas operaciones o procedimientos (que tienen como objeto, precisamente, los datos personales). En realidad, sólo si se interpreta que “estar en contacto con”

finalidad y el interés alegado justificaban (o no) una autorización de acceso a la información. Si no todos los terceros solicitantes pueden considerarse “interesados” del 266.1 LOPJ, la autoridad competente (el Secretario) ha de fundamentar su decisión en algún parámetro de valoración que trascienda el hecho de que alguien –el primero que pase por allí- solicite el acceso al texto de las sentencias, sentencias en las que, nadie lo discute, hay datos personales. Justamente para preservar los datos personales, o, como dice el 266.2 LOPJ, para que las resoluciones no puedan “ser usadas con fines contrarios a las leyes”, la ley y el citado Reglamento 1/2005 fijan un filtro de acceso y confieren al secretario el poder de decidir, pero también le imponen el deber de valorar el interés alegado para tomar la decisión, interés obviamente ligado a la finalidad perseguida por el solicitante. Si no fuera así, no tendría sentido ninguna previsión legal al respecto.

Los razonamientos jurídicos del Acuerdo que preceden al extracto reproducido arriba se orientan exclusivamente a apuntalar la denegación el acceso y a sostener implícitamente la idea de que las sentencias archivadas en los juzgados no son accesibles a ningún tercero. Más allá de nuestras discrepancias en torno la aplicabilidad de la normativa y la jurisprudencia que el Acuerdo convoca en apoyo de la denegación, todos los razonamientos presentan argumentos interesantes desde el punto de vista de las investigaciones empíricas en el campo del derecho. Por economía expositiva, me he limitado a señalar la que entiendo es la cuestión principal.

Pensando en la hipotética denegación masiva a la que hice referencia, un comentario final parece oportuno. Contra el Acuerdo denegatorio (por escrito o por silencio), el tercero puede ejercer el “derecho de revisión” ante el Juez o Presidente del mismo órgano jurisdiccional, y contra el Acuerdo del Juez puede interponer los medios de impugnación establecidos en el Reglamento 1/2000, de 26 de julio, de los Órganos de Gobierno de los Tribunales, a los que el art. 4. 3 del Reglamento 1/2005 remite. La decisión denegatoria de un Secretario judicial no deja, por tanto, indefenso al solicitante. Ahora bien, el tiempo es un recurso escaso. En una investigación de estas características, embarcarse en una dinámica de impugnaciones y recursos (es decir,

datos personales en el marco de una investigación académica es lo mismo que hacer del tratamiento de datos protegidos el objeto principal de la actividad del solicitante estaría justificada la apelación que el acuerdo denegatorio hace al régimen del consentimiento de las personas afectadas regulado en el artículo 11 de la LOPD. Las previsiones del citado artículo 4.2 del Reglamento 1/2005 (que no hacen referencia ni a la LOPD, ni al consentimiento de los afectados, sino únicamente a las medidas de garantía que debe y que, en su caso, puede adoptar el Secretario) indican que nuestro ordenamiento jurídico sí diferencia ambas situaciones.

convertir el acceso a las fuentes de información en el objeto principal del trabajo de campo) supone una perversión de la metodología y del desarrollo de un proyecto cuyo trabajo de campo tiene, en realidad, como objeto principal la búsqueda y análisis de casos una vez materializado el acceso a los documentos que contienen la información.

Que el solicitante se permita el lujo kafkiano de llegar hasta la Sala Tercera del Tribunal Supremo es comprensible en casos como el decidido por la STS de 3 de marzo de 1995 (en el que, como leemos en el FJ 1º de la resolución, “la solicitud dirigida al Juzgado de Primera Instancia número 4 de Valladolid, fechada el 5 de febrero de 1990 (al folio 30 del correspondiente expediente) tiene como finalidad explícita la toma de datos del texto de las sentencias recaídas en procesos civiles de diversa naturaleza (verbales civiles, cognición, menor cuantía, mayor cuantía, ejecutivos e hipotecarios), "para su inclusión en nuestra Base de Datos al objeto de facilitar información confidencial a nuestros clientes (Bancos y empresas) sobre solvencia de peticionarios de créditos", una delimitación fáctica que, como continúa diciendo el TS en el mismo FJ1º, “conviene dejar establecida desde un principio para la adecuada decisión del litigio”.

No parece razonable que a una solicitud como la presentada en el marco de esta investigación se la obligue a llegar tan lejos. Acaso sus elementos principales puedan ser leídos como criterios interpretativos del deber de valoración del artículo 4.2 del repetido Reglamento 1/2005: a) Se trata de una solicitud escrita proveniente de un Instituto de Investigación perteneciente a una Universidad pública; b) El solicitante, funcionario público, está debidamente identificado con su filiación completa, cargo y DNI; c) El proyecto de investigación en el que se enmarca la solicitud está debidamente identificado con su referencia administrativa; d) El proyecto de investigación está financiado por una Administración pública, debidamente identificada en la solicitud; e) la finalidad investigadora del acceso a la documentación está expresamente declarada y viene acreditada por lo dicho en los pto.s a), b), c) y d) ; y f) el solicitante se compromete expresamente a no hacer uso de los datos personales contenidos en la documentación judicial (cuyo tratamiento no forma parte de los objetivos de la investigación).

4. 5. La documentación de casos en los órganos jurisdiccionales.

La obtención de la autorización de acceso para la consulta de los libros-registro y la revisión de los libros de sentencias no ha requerido, en la mayoría de los casos, el procedimiento establecido en el Reglamento 1/2005. Ha bastado con la carta

previamente dirigida al titular del juzgado –y, en algunos casos, también al Secretario²⁵- y con una explicación motivada y documentalmente justificada al Secretario. Al afrontar el trabajo de documentación, hay que tener en cuenta el volumen de información que contienen los documentos depositados en los juzgados y tribunales. Un Juzgado de lo Penal de una capital como Valencia, por ejemplo, dicta entre 400 y 600 sentencias al año. Esto no quiere decir que el análisis de la aplicación (o de la demanda de aplicación) de la normativa objeto de la investigación en el período 1996-2006 exija, necesariamente, la revisión de las 4000-6000 sentencias dictadas por ese órgano en ese período. Se puede, como se ha hecho, hacer una revisión exhaustiva en un juzgado seleccionado, pero resulta difícil (y en cierto sentido, inútil) hacer lo mismo en toda la planta judicial de una Comunidad Autónoma. Dado que, de nuevo, el tiempo es un recurso escaso, resulta necesario establecer criterios racionales de búsqueda²⁶. Estos criterios se han seguido en la medida en que ha sido posible. El resultado de la búsqueda permite ya extraer algunas conclusiones sobre esta fase de la investigación, que habrán de ser expuestas en otro lugar.

²⁵ A fin de difundir el contenido y los objetivos de la investigación y establecer un contacto preliminar con vistas a realizar consultas y/ o visitas, se remitió una carta a los Juzgados de Instrucción, los Juzgados de lo Penal y las fiscalías de Valencia, Alicante y Castellón, así como a los principales partidos judiciales no capitales de provincia de la Comunidad Valenciana.

²⁶ Algunos criterios que se han seguido: *i)* Priorizar la revisión de las sentencias dictadas a partir de 1996 en las que, por la fecha de los hechos, ya era de aplicación el CP de 1995; *ii)* A partir (y en función) de la información obtenida de la entrevista con el titular del Juzgado o con un miembro de la sección de la Audiencia y/ o con el Secretario, priorizar la búsqueda en aquéllos años en los que el titular y el secretario no ocupaban su destino en ese órgano; *iii)* Priorizar la revisión de libros-registro y libros de sentencia en los Juzgados de lo penal, debido a que la posibilidad de encontrar casos no recogidos en las bases de datos de jurisprudencia es mayor que en el caso de las secciones de las Audiencias; *iv)* De ser posible, revisar primero los libros-registros de procedimientos celebrados (o, en el caso de la ejecución la lleve el mismo juzgado, el libro registro de ejecutorias, si no es accesible el de procedimientos) a fin de localizar casos de aplicación (o demanda de aplicación) de los tipos específicos y de seleccionar procedimientos en los que suele ser más frecuente la aplicación de la agravante del 22.4 (por ejemplo, lesiones) para posteriormente comprobar en los libros de sentencias si se trata de un caso de aplicación del 22.4; *v)* En el caso de los Juzgados de Instrucción, priorizar la visita-entrevista y la solicitud de información; *vi)* En el caso de los fiscales, realizar entrevistas; *vii)* Priorizar, en todo caso, las visitas a los partidos judiciales en los que haya juzgados de lo penal; *viii)* En el caso de partidos judiciales en los que no hay juzgados de lo penal, priorizar las visitas-entrevista a los partidos en los que haya juzgados de instrucción sobre aquéllos en los que sólo hay juzgados mixtos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Anitua, G. I. (2006): “Notas sobre metodología de investigaciones empíricas en derecho”, en Ch. Courtis (ed.), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Madrid, Trotta.
- Añón, M. J. (2001): *Igualdad, diferencias y desigualdades*, México, Fontamara.
- Atienza, M. (1997): *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, Cívitas.
- Aubert, V. (1966): “Some social functions of legislation”, *Acta Sociológica*, 10, pp. 98-120.
- Bayón, J. C. (2002): “Justicia y eficiencia”, en AA VV, *Estado, justicia, derechos*, Madrid, Alianza editorial.
- Ferrajoli, L. (2000): “Garantías”, *Jueces para la democracia. Información y debate*, 38, pp. 39-46.
- Ferrari, V. (1991): *Funciones del derecho*, trad. J. De Lucas y M. J. Añón, Madrid, Debate.
- Ferrari, V. (2000): *Acción jurídica y sistema normativo*, trad. A. Greppi, Madrid, Dykinson.
- Ferrera, M. (1995): “Los Estados del bienestar del sur en la Europa social”, en L. Moreno y S. Sarasa, *El Estado del bienestar en la Europa del sur*, Madrid, CSIC.
- García Añón, J. (2000): “Current problems of Legal dogmatics in European Regulation: the principle of equality and the policies of affirmative action”, *The Harmonisation of European Private Law*, eds. Van Hoecke, M. & Ost, F., Oxford, Hart Publishing.
- García Añón, J. (2004a): “Medidas antidiscriminatorias y derechos de los inmigrantes”, en M. J. Añón (ed.), *La universalidad de los derechos sociales. El reto de la inmigración*, Valencia, Tirant lo blanch.
- García Añón, J. (2004b): “Argumentación y juicio de igualdad: las versiones en el derecho europeo y el norteamericano”, *Revista Temas Constitucionales*, Revista del Tribunal Constitucional de Ecuador, (1), 2, Quito, pp. 47-66.
- García Añón, J. (2004c): “La integración social de los inmigrantes y la concreción de sus derechos en los planes autonómicos”, *Justicia, Migración y Derecho*, en L. Miraut Martín (ed.), Las Palmas de Gran Canaria-Madrid, Dykinson.
- García Añón, J. (2005): “Garantías jurídicas frente a la discriminación racial y étnica de los inmigrantes: examen de la aplicación de la agravante por motivos racistas”, en J. Calvo González (coord.), *Libertad y seguridad: la fragilidad de los derechos*, Málaga, Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política (ed.).
- Gómez Loeches, L. (1998): “El acceso a la documentación de las actuaciones judiciales”, en http://www.fesabid98.florida-uni.es/Comunicaciones/l_gomez.htm. Fecha de consulta, 27/12/2006.

- Grupo de Estudios de Política Criminal (1998): *Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y de la extranjería*, Malaga, GEPC.
- Guardiola, J. (2006): “Surgimiento histórico y fundamento político-criminal del tratamiento penal de los fenómenos discriminatorios: una reflexión en torno a la protección de algunos bienes jurídicos en el Estado social y democrático de Derecho”, en *Libro Homenaje al Prof. Mariano Peset*, Facultad de Derecho, Universitat de València (en prensa).
- Guastini, R. (1999): *Distinguiendo. Estudios sobre teoría y metateoría del derecho*, trad. J. Ferrer, Barcelona, Gedisa.
- Hierro, L. (2003): *La eficacia de las normas jurídicas*, Barcelona, Ariel.
- Landa Gorostiza, J. M. (2001): *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal: (a la vez una propuesta interpretativa de la ‘normativa antidiscriminatoria’ del CP 1995 y un análisis crítico de la incipiente Jurisprudencia)*, Granada, Comares.
- Lorenzo Copello, P. (1996), “La discriminación en el Código penal de 1995”, *Estudios Penales y Criminológicos*, XIX, pp. 219-288.
- Navarro, P. E. (1991): *La eficacia del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Oliveira, L. (2006), “No me venga con el Código de Hammurabi”...La investigación socio-jurídica en los estudios de posgrado en derecho”, en Ch. Courtis (ed.), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Madrid, Trotta.
- Prieto Sanchís (2003): “La limitación constitucional del legislador penal”, en Id., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta.
- G. Rodríguez Cabrero, G. (2004): “Estado, mercado y sociedad civil”, en Id., *El Estado del bienestar en España: debates, desarrollos, propuestas*, Madrid, Fundamentos.
- Sarlo, O. (2003), “Investigación jurídica Fundamento y requisitos para su desarrollo desde lo institucional”, *Isonomia*, 19, 2003, pp. 183-196.
- Treves, R. (1988): *La sociología del derecho. Orígenes, investigaciones, problemas*, trad. M. Atienza, M. J. Añón y J. A. Pérez Lledó, Barcelona, Ariel.