

## **Carta al Lector**

*Estimado/a amigo/a:*

*Te agradecemos el interés por el trabajo de "Movimiento contra la Intolerancia". El cuaderno que ahora tienes en tus manos ha nacido de la inquietud que nos mueve por el incremento de actitudes y conductas racistas, xenófobas, antisemitas y discriminatorias en nuestra sociedad.*

*Pensamos que una de las claves para evitar el desarrollo de estas actitudes es llevar a las aulas, a los centros culturales y a las asociaciones una discusión en profundidad del tema y enfocarlo positivamente, mostrando las ventajas de una cultura de la diversidad.*

*Una cultura que convierta la energía inconformista de los y las jóvenes en transformación social solidaria, que apueste por la igualdad de oportunidades, de derechos y deberes para todos; una transformación donde el deseo de autonomía afirme la libertad y tolerancia que debe presidir una democracia participativa apoyada en el noble valor de valentía cívica para defender cotas más elevadas de justicia social, donde nadie por su color, cultura, religión, sexo, creencia, nación u orientación sea excluido; una transformación que cierre el paso a la intolerancia, al viejo y nuevo racismo, a quienes creen que hay colectivas superiores o a quienes creen que la diferencia priva de la condición de igualdad en derechos o dignidad, y que cierre camino a los fanatismos, integristas o nacionalismos excluyentes, a todas aquellas expresiones que empujan al ser humano al momento de las peleas cainítas.*

*La calidad de este cuaderno que aquí te presentamos es para nosotros altamente satisfactoria y pensamos que puede ser muy útil para tu trabajo, estudio, asociación o centro cultural.*

*Nos damos cuenta de que los textos que publicamos son sólo un primer paso y que el momento realmente importante está en su utilización para el debate y la dinámica social que tú puedas llevar a cabo. Contamos contigo para ello.*

*Recibe un cordial saludo y nuevamente nuestro agradecimiento por tu interés.*

**Esteban Ibarra**  
**Presidente Movimiento contra la Intolerancia**

## CONTENIDO

### ***Legislación y Derecho Penal frente a Los Crímenes del Odio***

Esteban Ibarra

### ***Derecho Penal frente al Racismo, Xenofobia, Antisemitismo y formas conexas de Intolerancia***

Alberto Benasuly

Política General del ECRI.

**Recomendación sobre Legislación Nacional para combatir el Racismo y la Discriminación**

# Legislación y Derecho Penal frente a los Crímenes del Odio

ESTEBAN IBARRA

Preocupada por el incremento de los Crímenes del Odio, la Unión Europea aprobaba una declaración relativa a los atentados terroristas contra dos sinagogas de Estambul, atroz matanza que dejó un balance de 23 muertos y centenares de heridos. También el Parlamento Europeo guardó un minuto de silencio por este bárbaro atentado, por el ataque terrorista que acabó con la vida de 19 italianos en Nasiriya (Irak) el día anterior, así como por el supuesto accidente de los astilleros de Saint Nazaire, en Francia, donde murieron 13 personas. El vicepresidente del Parlamento Europeo, David W. Martín, condenó los ataques y aseguró “que la intolerancia y el antisemitismo dañan los valores que representamos.

Sin embargo, pese a las condenas y reacciones, conocíamos a través del diario “Le Monde” que un informe no publicado del Observatorio de la Unión Europea acerca de estas manifestaciones de Odio, alertaba de un fuerte crecimiento del antisemitismo en la mayoría de los países de la Unión, confirmando que Europa se reencuentra una vez mas con el fantasma antisemita como bien prueba el ejemplo francés donde los actos contra judíos encabezaron las estadísticas de la violencia racista, impulsados por integristas islámicos y neonazis continentales. El Ministro francés del Interior, Sarkozy, argumentó que no hay explicación alguna para el antisemitismo, ni islamista, ni de ultraderecha, pero es un hecho que anida entre nosotros.

Mientras tanto la comunidad judía en España manifiesta “estar asediada”, sus sinagogas pintadas con insultos y amenazadas con avisos de bomba, vive con preocupación el resurgir del fantasma de la intolerancia religiosa, 60 años después de la tragedia del Holocausto, sin olvidar que en nuestro país hay históricos prejuicios antisemitas que obligan a recordar como en el pasado, la primera gran matanza de judíos en Europa se produjo en Sevilla, allá. por 1391, cuando en un solo día se asesinó a 4.000 personas en la judería de la ciudad. Actualmente somos testigos en nuestras ciudades de muestras continuas de antisemitismo; eso sucedió el pasado junio con la destrucción a martillazos de la placa del Monumento a la Tolerancia de Chillida, donde se recogía un poema de Elie Wiesel, premio Nobel de la Paz y superviviente del campo de exterminio de Auschwitz.

El Movimiento contra la Intolerancia en la edición Especial 2004 del **Informe RAXEN**, recoge una investigación que denomina **EL MAPA DEL ODIO** por reflejar la geografía de la violencia neonazi en España, las organizaciones y grupos que lo estimulan, las páginas Webs que lo propagan, las bandas de música racista que lo

difunden, los grupos ultras del fútbol que lo cobijan y los centros logísticos que lo alimentan.

Se calcula la existencia de varios miles agresiones al año protagonizadas por grupos neonazis y racistas dirigidas especialmente contra inmigrantes (magrebíes, negros y latinoamericanos de forma mayoritaria), indigentes, homosexuales, prostitutas y jóvenes de diversos aspectos (pelo largo, etc.).

Esta cifra puede ser superior al número de agresiones que se reconocen oficialmente en Suecia (3.000), e inferior a las reconocidas oficialmente en Alemania (12.000) y Gran Bretaña (50.000). En España no existen Datos Oficiales.

El Informe señala que la investigación ha detectado estas agresiones y la presencia de estos grupos en mas de 90 ciudades españolas con dimensiones urbanas muy diferentes, desde grandes ciudades como Madrid, Barcelona, Valencia, Zaragoza o Málaga hasta localidades mas pequeñas como Parla, Tarrasa, El Ejido, Guardamar de Segura u Orihuela, significando una incidencia elevada y preocupante en las Comunidades Autónomas de Madrid, Cataluña, Andalucía, Valencia y Murcia, así como la extensión del problema a todas las Comunidades Autónomas de España.

El Informe recuerda que en nuestro país se han producido en los últimos 10 años mas de 60 asesinatos protagonizados por sujetos motivados por el odio xenófobo, racial o neonazi, suficientemente acreditados, aunque no descarta que la cifra pudiera ser significativamente mas alta. De igual manera habría que señalar datos centenarios de los heridos graves producidos en los últimos años.

Destaca el Informe RAXEN la existencia de mas de 70 grupos, colectivos u organizaciones neonazis que operan en España, con una base militante que sitúa el número de sujetos comprometidos con la ideología del Odio en cifras, entre los 11.000 (según M<sup>o</sup> del Interior, 1995) y los 15.000 (reflejado en Web neonazi "La censura de la democracia").

Significa el Informe que en España se han creado 94 Bandas Musicales autodenominadas "patrióticas", actualmente en activo el 50% (Odal, Reconquista, Centuria Hispánica, Klan, Batallón de Castigo...) que realizan conciertos o actuaciones relativamente clandestinas y editan CDs donde difunden entre los jóvenes las ideas racistas, antisemitas, neonazis y antidemocráticas. Además utilizan emisoras de radio en INTERNET (Radio Hispania, Radio Nacionalsocialista...) y una red de distribución de materiales de propaganda, ropa, libros y otros editables en la Red. La Base económica de consumo de todo este "merchandising" puede superar los 12 millones de euros (dos mil millones de pesetas).

El Informe resalta el rápido crecimiento de Webs en España, que supera el centenar, dedicadas a propagar el racismo, antisemitismo, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia. Webs de ámbito nacional como NuevOrden, Fuerza Aria o Anillo Nacional Socialista hasta de ámbito autonómico como Cataluña NS o Euskalherria NS, que a su vez mantienen enlaces con Webs neo-nazis y racistas a

nivel mundial como las del Ku Klux Klan, Combat 18, Hammer skin, Stormfront, Blood & Honour, National Socialist Resistance, etc... que alcanzan cifras señaladas por Naciones Unidas de más de 4.000 "sites".

Finalmente señala el Informe RAXEN que los fondos ULTRA de los campos de fútbol, presentes en prácticamente todos los estadios de categoría nacional, siguen siendo el vivero más importante para la captación y agrupamiento de los grupos que promueven el odio y la intolerancia, significando la labor de reclutamiento de jóvenes MENORES DE EDAD a los que empujan al ejercicio de la violencia contra personas de colectivos diferenciados.

El Informe concluye con una petición al Congreso de los Diputados de promulgar una **Ley de Datos Estadísticos sobre Crímenes de Odio**, siguiendo las recomendaciones de la última conferencia de la OSCE (Organización para la Seguridad y Cooperación Europea), legislación que ya existe en Estados Unidos; reclama al Gobierno la creación de una **Unidad Operativa Policial Especializada** y centralizada que pueda actuar en todo el territorio nacional y mantener una coordinación con otros servicios policiales europeos e internacionales ya existentes, así como de una **Fiscalía Especializada** en crímenes de esta naturaleza que persiga eficazmente estos delitos que están tipificados en el Código Penal. También recomienda la adopción de un **Plan Integral para la erradicación del Racismo y la Intolerancia** que incorpore entre otras, medidas de orientación a padres, profesores y profesionales de la comunicación.

### **Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI)**

La **ECRI** se fundó en 1993 para reforzar la lucha contra toda forma de racismo, xenofobia, antisemitismo e intolerancia en Europa a instancia de la Primera Cumbre de los Jefes de Estado y de Gobierno de los países miembros del Consejo de Europa, con objeto de combatir los crecientes problemas del racismo, el antisemitismo y la intolerancia que amenazan de los derechos humanos y los valores de la democracia en Europa.

Esta comisión evalúa la eficacia de todas las medidas nacionales e internacionales existentes y fomenta la acción en el ámbito local, nacional y europeo a nivel legislativo y político. La ECRJ desempeña un papel activo en la fase "Contribución europea a la Conferencia mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia", fase organizada por el Consejo de Europa en octubre de 2000.

Uno de los aspectos de las diversas actividades que desarrolla la ECRI para cumplir su mandato es el enfoque de sus investigaciones "país por país", estudiando en profundidad la situación de cada uno de los Estados miembros para colaborar con los gobiernos mediante propuestas concretas y adecuadas.

En 1999, la ECRI emitió un primer informe sobre España señalando como ámbitos que requieren máxima atención, el problema

que desde hace tiempo supone la marginación de la comunidad gitana, la marginación de los inmigrantes particularmente de los africanos, la aplicación rápida e integra de las nuevas disposiciones del Código Penal para mejorar la protección que ofrece la Ley, las medidas para combatir las actividades ultras y neonazis y la necesidad de mejorar y lograr una mayor precisión en las estadísticas sobre los grupos vulnerables y los actos racistas.

El segundo Informe de la ECRJ fue presentado en junio del 2003. En su resumen ejecutivo señalaba que España ha adoptado una serie de medidas para combatir el racismo y la intolerancia, incluidas disposiciones penales e iniciativas educativas encaminadas a ayudar a los niños con riesgo de exclusión social, en particular gitanos e inmigrantes. No obstante, señala el Informe, los problemas de racismo y xenofobia persisten afectando a estos dos colectivos esencialmente. Esta situación, continua el Informe, parece deber-se en parte a una aplicación inadecuada de la legislación en vigor para combatir estos fenómenos ya la utilización extendida en el debate público de argumentos e imágenes que crean un clima negativo en torno a la inmigración y los inmigrantes.

La ECRI recomienda mejorar la aplicación de las disposiciones existentes en materia penal, civil y administrativa contra el racismo y la discriminación racial, la necesidad de mejorar la situación de la comunidad gitana mediante una estrategia en colaboración con los colectivo afectados, y garantizar que los derechos humanos se respetan ampliamente en la política y legislación en materia de inmigración. Señala el Informe con preocupación que la dimensión racial de los delitos se pasa por alto, incluidos actos de violencia, y que eso debería reconocerse y contemplarse estadísticamente, y llama la atención a las autoridades españolas sobre la existencia de organizaciones extremistas en Internet, fondos ultras de los campos de fútbol y en la denominada Música del Odio. También señala la existencia de un nacionalismo agresivo y la dimensión xenófoba y étnica de la violencia de la organización terrorista ETA.

Las tareas han quedado claramente planteadas, ahora solo falta abordarlas en profundidad.

**Esteban Ibarra**  
**Presidente Movimiento contra la Intolerancia**

# **Las respuestas del Derecho Penal frente al Racismo, el Antisemitismo y la Xenofobia**

ALBERTO BENASULY

Abogado y Coordinador de la Comisión de Organizaciones Judías de España  
para la Reforma del Código Penal (años 1994 y 1995)

## **Introducción**

Durante la II Guerra Mundial, el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos originaron actos ultrajantes para la conciencia de la humanidad. La magnitud del genocidio, del exterminio en masa de millones de seres humanos, fue un factor decisivo para inducir a la ONU a aprobar los principales convenios sobre derechos humanos, comenzando por la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, documentos aprobados los días 9 y 10 de diciembre de 1948, respectivamente.

En la Convención del Genocidio el bien jurídico protegido es supraindividual (el grupo) y en la Declaración Universal es el individuo.

Esos textos significan la admisión sin restricciones de que el mundo civilizado es un mundo plural, en donde el respeto a la dignidad humana de los individuos y de los grupos —raciales, étnicos, nacionales o religiosos— es una exigencia imprescindible para una evolución pacífica de la especie humana.

Desgraciadamente, medio siglo después, otros actos abominables han sucedido en el propio seno de Europa. La humanidad decía en 1945. “No hicimos nada porque nada sabíamos”. Hoy ni siquiera tiene esa excusa: lo sabe todo, pero no hace nada.

Por otra parte, el papel del malvado “Otro” lo ocupa ahora en Europa, según las circunstancias, el turco en Alemania, el gitano en Rumanía, el norteafricano en Francia, o el asiático y el negro en el Reino Unido. Y es curioso observar que la terminología racista que está siendo utilizada actualmente contra los inmigrantes extranjeros ha sido tomada en préstamo del antisemitismo de la pre-guerra.

Asistimos también a un sensible incremento de la discriminación, marginación y rechazo del “Diferente”, no sólo por su origen étnico, nacional o social, por su

religión o creencias, sino también por su orientación sexual, por su edad, sexo, discapacidad o enfermedad, por no tener un lugar en la sociedad o simplemente por ser pobre.

### ***¿Cuáles son las causas de esta ola de intolerancia y racismo?***

Por un lado, la “reestructuración” de las sociedades industriales europeas, con la secuela del desempleo y la tendencia hacia el individualismo, que es inherente al proceso de modernización de la sociedad. Por otro, el “hundimiento” del antiguo bloque comunista y el consiguiente renacer de nacionalismos radicales y agresivos, alentados a su vez por la migración masiva de la Europa Oriental hacia la Occidental y por la gran afluencia de extranjeros del tercer mundo (la implantación de nuevas culturas ). Estos factores han creado nuevos temores —desconocidos hasta ahora— que podrían explicar, en parte, el fuerte ascenso del racismo, la xenofobia, el antisemitismo y otras formas de intolerancia en la vieja Europa.

En efecto, los recientes acontecimientos de violencia racial en Europa han de ser vistos en función del debate sobre la movilidad horizontal de la fuerza laboral, el control de la inmigración y la concesión de asilo a refugiados.

Pero nos engañaríamos si no consideráramos también la espectacular rehabilitación y aparición de la extrema derecha en el escenario político europeo, con un claro discurso xenófobo. Desde hace algún tiempo, estamos asistiendo en Europa a un rebrote de fascismo que se basa en la explotación de corrientes subterráneas de racismo, xenofobia y antisemitismo, que ya existían de antiguo en nuestras sociedades. Junto a los pequeños grupos, como los cabezas rapadas, que protagonizan incidentes violentos de racismo, han ido apareciendo partidos racistas y populistas de extrema derecha, con avances electorales espectaculares. Hay un desarrollo paralelo del racismo y de la extrema derecha, como fenómeno que se ha ido extendiendo a escala europea en estos últimos años. La violencia racista es actualmente la forma más pura de extremismo político.

Estos fenómenos de intolerancia hacen vacilar los fundamentos de la democracia, la salvaguarda de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y las tradiciones constitucionales comunes a los Estados democráticos europeos. Son fenómenos que minan y socavan las bases de la construcción europea. Prevenir la xenofobia, el racismo y el antisemitismo es un deber ineludible de toda sociedad democrática y preocupada por el ser humano.

Pero el Derecho no es el único instrumento para luchar contra el racismo. Las medidas políticas, económicas, sociales, y sobre todo educativas y culturales son absolutamente imprescindibles. Tenemos que partir de la base de que el racismo es un mal social, luego las soluciones deben venir desde todos los ángulos de la sociedad. Requiere un tratamiento multidisciplinar, no sólo jurídico y, en mi opinión, no exclusivamente penal.



Y planteo la primera cuestión: Contra el racismo ¿legislación penal o legislación civil?

### **Contra el Racismo: ¿Legislación Penal o Legislación Civil?**

Muchos Estados utilizan su legislación penal para castigar determinados comportamientos racistas; otros se quedan cortos al tipificar y penalizar esas conductas, si bien posibilitan acciones legales en su legislación civil; y un tercer grupo utiliza tanto la legislación penal como la civil. Es el caso de algunos Estados de los EEUU.

En España tenemos la L.O. 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. La Sentencia del Tribunal Constitucional español de 11 de noviembre de 1991, en el caso de Violeta Friedman contra León Degrelle, que concedió protección civil a grupos étnicos o sociales; no pasó desapercibida en el extranjero. Y desde la reforma de 1995, el Código Penal español sanciona penalmente determinadas conductas racistas.

La decisión de utilizar la legislación penal, la civil, o ambas, para reprimir el racismo, es una cuestión filosófica que depende de consideraciones políticas e ideológicas, y del respectivo ordenamiento jurídico.

Cuello Calón entendía que el Derecho penal tiene de común con el civil el carácter sancionatorio, en el sentido de que tanto uno como otro imponen sanciones, si bien el civil de índole reparatoria, el criminal de naturaleza represiva. Supuesto que desapareciese del Código Penal un delito, hay que admitir que los tribunales civiles impondrían el resarcimiento.

En cualquier caso, hay que considerar la sanción penal como la ultima ratio. Decía Francisco Tomás y Valiente que en una sociedad democrática el límite de la tolerancia es el Código Penal. Pero a continuación añadía: lo que una sociedad democrática no puede permitir, sin dejar de serlo, ha de incluirlo en su Código Penal.

Yo siempre he propugnado un sistema mixto de protección penal y civil, acompañado de una política educativa y cultural inspirada en los valores emanados de la dignidad de la persona y de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Hoy en día, la opinión más generalizada es que el racismo debe ser considerado ilegal y castigado penalmente cuando amenace la paz y la convivencia social.

## **Introducción a las Legislaciones Estatales contra el Racismo**

A la hora de legislar para prohibir o sancionar conductas racistas, surge siempre el problema de un posible conflicto entre el derecho a la libre expresión y el respeto a los derechos y reputación de los demás. Todos sabemos que en una sociedad democrática la libertad de expresión tiene una posición preferente en el sistema de los derechos, por su necesidad para la formación y alimento de la opinión pública, sin la cual no puede existir una sociedad democrática.

En los Estados Unidos de América, la libertad de expresión está fuertemente protegida por la Primera Enmienda de la Constitución Americana de 1791, que prohíbe que el Congreso apruebe ley alguna que restrinja la libertad de expresión.

Los Estados Unidos son un caso único. Allí nadie es castigado por el mero hecho de hablar con intolerancia, aunque conviene aclarar que no toda expresión está constitucionalmente amparada, a pesar de los términos, a primera vista absolutos y meridianos, de la Primera Enmienda. Ciertamente, determinados tipos de expresión pueden encontrar protección legal, aunque no constitucional. Y algunos otros son sancionables o reprimibles por lesionar otros bienes y derechos. Pero la Primera Enmienda es, evidentemente, un serio impedimento para reprimir la intolerancia.

Pues bien, para salvar el obstáculo que supone la Primera Enmienda de la Constitución, se utiliza, en la mayor parte de los EEUU, la agravante de racismo — que allí se conoce por “penalty enhancement” o agravación de la pena— en delitos violentos cometidos por motivos racistas. Al agravar la pena —o la responsabilidad criminal en el caso del código español— no se castiga ninguna opinión o pensamiento, ni la libertad de expresión de las personas. Lo que se juzga con más severidad es el acto de discriminación del delincuente, dirigido contra todo un colectivo. El delito alcanza a grupos enteros de personas, no sólo a la víctima, y produce, por tanto, un mayor daño social.

En Europa, en cambio, y en otras democracias constitucionales del llamado mundo occidental, también se protege la libertad de expresión, pero estableciendo ciertos límites legales, porque el ejercicio de las libertades entraña también deberes y responsabilidades, como proclaman el art. 29 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el art. 19 (apartado 3) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 10 (apartado 2) del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. En España, estos límites se encuentran reconocidos explícitamente en el mismo texto constitucional (en sus arts. 10 y 20. 4).

Es regla general en el ámbito del derecho constitucional comparado que los derechos a la libertad de prensa y de expresión vengan sujetos a limitaciones (STS, Sala I, de 22-10-87). Los derechos fundamentales no son ilimitados, sino que encuentran sus fronteras en el derecho de los demás y, en general, en otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos (STC, 9 1/83,7 nov).

Hay que tener presente que los EEUU y Europa son sociedades diferentes con diferentes tradiciones, historia, cultura y formas de entender la libertad de expresión. No se puede hablar de una forma “correcta o “verdadera”. Lo que puede ser lógico en una sociedad, puede parecer ridículo en otra. Los Estados Unidos tienen a gala la condición de defensor de las libertades, al tiempo que actúan con temible eficacia contra cualquier actividad o conducta adversa al sistema.

Ello es posible porque la sociedad americana es muy conservadora y existen hoy más y mejores instrumentos de control. Los demás Estados actúan de la misma manera si bien con apreciables diferencias sustanciales, atribuibles a los respectivos contextos sociales y geopolíticos.

Hoy en día, la mayor parte de las legislaciones nacionales en materia de racismo, fuera de los EEUU, ha sido modelada en su léxico y alcance por los correspondientes textos internacionales sobre incitación al odio y a la discriminación por razones raciales, étnicas, nacionales o religiosas, como son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), el Convenio Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1966), la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), y las pautas fijadas por la Conferencia sobre Cooperación y Seguridad en Europa.

Recordemos que el art. 4 del Convenio Internacional sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, de 7 de marzo de 1966, al que se adhirió España el 13-09-68 con una reserva, (BOE de 17-05-69), declara punible la “incitación al odio racial”. Por su parte, el art. 20.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, de 16 de diciembre de 1966, (BOE 30-04-77), establece que se prohíba por Ley “toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya una incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia”.

La incitación al odio o a la violencia, por razón de raza, etnia, origen nacional o religión, es un delito tipificado en muchísimos países, entre ellos los europeos, con una u otra redacción. En Suecia está tipificado como “agitación contra un grupo étnico” y, desde 1982, su Código Penal prohíbe la manifestación pública de desprecio racial, étnico o religioso, por considerarla también “agitación contra un grupo étnico”. En Rusia se penaliza, desde hace décadas, la “incitación a la violencia étnica”, aunque el primer juicio por esta causa no tuvo lugar hasta 1990, ya desaparecido el comunismo. En Hungría se castiga “la incitación contra una parte de la población”. En Francia, se sanciona penalmente la “provocación a la discriminación, al odio o a la violencia racial”; y así sucesivamente.

El legislador español, siguiendo el modelo francés, penaliza también la “provocación a la discriminación etc.” (art. 510 del nuevo CP). La provocación es la incitación directa a la perpetración de un delito (art. 18 del nuevo CP).

En otros países, Italia por ejemplo, la apología de un delito es punible si puede producir el efecto de una incitación indirecta, es decir, si puede crear el peligro de la comisión del delito en cuestión.

Estas normas no suponen una violación de las libertades de pensamiento y expresión, protegidas por los artículos 9.1 y 10.1 respectivamente del Convenio Europeo de Derechos Humanos, porque esos mismos artículos, en su segundo apartado, hacen válidas las restricciones legales cuando, en una sociedad democrática, constituyen medidas necesarias para la seguridad pública, la protección del orden, la moral y los derechos o las libertades de los demás (5. 13-03-89, Bull. crim. n<sup>o</sup>. i 18). Por su parte, los Tribunales Constitucionales de varios países europeos han sostenido la constitucionalidad de las normas contra la incitación al odio racial, como una restricción necesaria a la libertad de expresión.

No creo, pues, que el art. 510 del nuevo Código penal español —que castiga “a los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia (...) por motivos racistas, antisemitas u otros... — vaya a ser una excepción, ni conducir a interpretaciones penalizadoras del pensamiento, ni contradecir la protección constitucional de las libertades públicas.

### **El Código Penal Español: la circunstancia agravante del Racismo**

Las principales normas del nuevo Código Penal español en materia de racismo se pueden agrupar en tres apartados:

1. La nueva circunstancia agravante de racismo, la 4<sup>a</sup> del artículo 22;
2. Los delitos de racismo y discriminación propiamente dichos, arts. 510 al 521; y,
3. Los delitos de genocidio, del artículo 607.

Hoy comentaremos la nueva circunstancia agravante de racismo.

La nueva circunstancia agravante de racismo fue incorporada al Código Penal español por Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo, unos meses antes de la aprobación del nuevo Código.

El texto fue objeto de modificaciones y ha quedado redactado así en el nuevo artículo 22:

4<sup>a</sup>. “Son circunstancias que agravan la responsabilidad criminal cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca”.

Existen diferencias entre la agravante americana, que comenté anteriormente, y nuestra circunstancia agravante de racismo. En el caso de España, se trata de una agravante genérica que, como todos sabemos, agrava la responsabilidad criminal; en los EEUU se agrava directamente la pena. También hay diferencias procesales que hoy no viene al caso exponer.

Observamos también que se han ampliado los motivos de discriminación, no limitándolos a los estrictamente racistas, antisemitas, xenófobos o religiosos, como en el texto de la ley de 11 de mayo de 1995, sino dando cabida a otras formas de intolerancia basadas en el sexo, la orientación sexual, la enfermedad o la minusvalía.

Debo aclarar que la agravante de racismo no es necesaria en todos los países. Hay legislaciones que consagran el arbitrio judicial para la individualización de la sanción. Por tanto, en esos países no es necesaria una explícita agravación de la misma por el legislador, ya que los jueces están facultados para hacerlo (por ejemplo, Gran Bretaña). Pero hay otras legislaciones, como la española, que conservan el clásico sistema de enumerar circunstancias que atenúan o agravan la responsabilidad criminal, y que regulan su aplicación.

En estos países, sí estimo conveniente que se destaque el racismo, como especial agravante genérica. Y creo que debe ser así : por la inhumanidad del móvil, por la alarma social que producen estos delitos, y, como ya hemos dicho anteriormente, porque el delito produce un mayor daño social, al alcanzar a grupos enteros de personas.

La inclusión del concepto específico de antisemitismo obedece, en parte, a su naturaleza "sui generis", que abarca una combinación excepcional de motivos raciales, religiosos, económicos, sociales y políticos. Los judíos fueron odiados y discriminados en el pasado porque se negaron a abjurar de su religión en un mundo cristiano y posteriormente fueron odiados como pueblo, como raza. Su especificidad puede también verse en algunas de sus variadísimas manifestaciones. Esas peculiaridades no acompañan a otras formas de racismo o xenofobia.

El antisemitismo figura además, junto al racismo y la xenofobia, en la terminología utilizada por las más altas instancias políticas europeas en documentos y acuerdos internacionales en materia de intolerancia. Es, también, una constante histórica y el ejemplo más antiguo, más típico y categórico de discriminación racial e intolerancia religiosa. En la última década del siglo XX, hemos asistido a la aparición en Europa del antisemitismo más manifiesto y virulento desde la Segunda Guerra Mundial. Y aquí en España han estado actuando impunemente, durante décadas, grupos neo-nazis que publicaban y enviaban a otros países, libros y revistas antisemitas.

Señalemos además que solamente a los judíos les ha sido reservado el triste privilegio de ser el chivo expiatorio de todos los fracasos y calamidades, desde la Peste Negra en la Edad Media hasta las crisis económicas y sociales en la Europa del siglo XX. Las sociedades sin judíos necesitan perversamente de judíos a quien culpar de sus fracasos. Por eso puede florecer el antisemitismo en países donde casi no hay judíos, como la Polonia actual o el Japón. Eso explica por qué ciertos antisemitas pueden mostrarse sumamente amistosos con individuos judíos, pero odiarles como pueblo. De no haber judíos, no habría a quien culpar fácilmente por las guerras, revoluciones, crisis económicas, discriminación racial, comunismo, colonialismo, apartheid, sida, la crisis del yen japonés y cualquier otra calamidad

que aflige periódicamente a la especie humana. De hecho se ha culpado a los judíos por todas estas catástrofes y muchas más.

Para terminar, quiero añadir que la mención del antisemitismo en el nuevo código español tiene una significación muy especial y emotiva para los judíos sefardíes que, durante un largo exilio de 5 siglos, se han afanado en guardar amorosamente su lengua y cultura de origen, patrimonio común de españoles y judíos.

## **Los delitos de Racismo y Discriminación**

Los artículos 510 al 521 del nuevo Código Penal español, que tratan de los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, contienen los principales preceptos en materia de discriminación y de racismo.

El apartado primero del art. 510 castiga, con prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses, a los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía. En la enumeración de motivos discriminatorios del artículo 510 se aprecia la influencia del Código Penal francés (art. 225-1).

Es interesante señalar que en la legislación francesa, los textos que penalizan los hechos materiales de discriminación (denegación de suministro de un bien o prestación de un servicio, discriminación de los trabajadores) están en el Código Penal, referidos a una relación de motivos discriminatorios similar a la del nuevo Código español, mientras que aquellos que reprimen de manera específica la difamación, la injuria y la provocación a la discriminación, al odio o a la violencia, por motivos exclusivamente raciales, nacionales, étnicos o religiosos, así como la puesta en duda de los crímenes contra la humanidad, están relegados a una ley especial, la ley de 29 de julio de 1881, sobre libertad de Prensa y Comunicación (arts. 32, 33 y 24 y 24 bis, respectivamente).

En los artículos que siguen al 510, figuran otros hechos materiales de discriminación y racismo que se penalizan por razón de los citados móviles, a saber:

- la denegación de un servicio público (art. 511), delito que ya se castigaba desde la reforma de 1983 (antiguo art. 165).
- la “discriminación o racismo entre particulares” (art. 512) o sea, la denegación de una prestación en el ejercicio de actividades profesionales o empresariales, una interesante novedad del nuevo Código.
- y la asociación ilícita para promover la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones, o incitar a ello (art. 515, párrafo 50) La reforma de 1983 ya había considerado como asociaciones ilícitas, las que promueven la discriminación racial (antiguo art. 173, párrafo 40), pero el nuevo Código ofrece una tipificación mucho más completa que el texto anterior.

En relación con las asociaciones ilícitas, debemos tener presentes los artículos 517 al 521, en los que se penaliza a los fundadores, directores, presidentes, miembros activos y cooperadores económicos, o de cualquier otra clase, de asociaciones ilícitas (arts. 517 y 518); se castiga la provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de asociación ilícita (art. 519); se acuerda la disolución de la asociación (art. 520); y se impone además la inhabilitación absoluta de diez a quince años, si el reo fuera autoridad, agente de ésta o funcionario público (art. 521).

Y también encontramos los mismos motivos de discriminación, y alguno más específico del mundo laboral, si retrocedemos al art. 314 que sanciona penalmente, por primera vez, la discriminación grave en el empleo, sea este público o privado.

En mi opinión, hubiera sido preferible haber hecho una enumeración única, en un solo artículo, de los móviles discriminatorios, quizás algo más completa, y no citarlos tan repetidas veces.

#### *La “Difusión de informaciones injuriosas”*

Mención aparte merece el apartado segundo del artículo 510, que castiga, con prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses, a los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a los ya mencionados motivos de discriminación.

Quizás hubiera sido aconsejable que este precepto figurara en artículo aparte, porque la provocación a la discriminación, al odio o a la violencia, y la difusión de informaciones injuriosas y falsas son dos delitos de naturaleza diferente.

En algunos países, existen normas legales que prohíben la “difusión de noticias falsas” o la “difamación de grupos”, aunque son algo menos frecuentes que las que sancionan la “incitación al odio o a la violencia”.

La difamación podría definirse como imputación de un hecho que atente contra el honor o la consideración de la persona o del cuerpo o grupo al que el hecho se imputa. En Francia, por ejemplo, los artículos 32 y 33 de la ley de Prensa y Comunicación penalizan, específicamente, la difamación y la injuria de carácter racial, nacional, étnico o religioso. En el Código español no existe un tipo específico de “difamación”, pero lo hubo en el Código Penal de 1928.

Son varios los comentarios, de carácter técnico o sobre ubicación de la norma, que sugiere este nuevo precepto pero, para no alargar, me limitaré a decir que la difusión de informaciones injuriosas sobre grupos, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, constituye, por sus devastadores efectos sociales, un evidente exceso en el ejercicio de la libertad de información y merece, a mi juicio, la sanción penal.

## Los delitos de genocidio

Un extenso artículo, el 607 del nuevo Código Penal, reprime los delitos de genocidio, definido en los términos del Convenio de 1948 para la prevención y la sanción del delito de genocidio. El antiguo art. 137 bis distribuía los actos punibles de genocidio en dos grandes grupos, castigando con reclusión mayor el genocidio físico y con reclusión menor los actos que constituyen el genocidio biológico. El nuevo artículo 607, en su apartado primero, clasifica los actos de genocidio en cinco grupos y muestra la influencia de acontecimientos recientes, tales como las agresiones sexuales a miembros de un grupo y los desplazamientos forzosos (léase “limpieza étnica”).

Otras dos novedades son las siguientes:

1. Los delitos de genocidio ya no prescribirán en ningún caso, según el nuevo art. 131 que trata de la prescripción de los delitos.

La Convención de la Asamblea General de las Naciones Unidas, sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, fue aprobada el 27 de noviembre de 1968 y España fue uno de los 36 países que se abstuvieron entonces en la votación.

2. El apartado segundo del art. 607 castiga, con la pena de prisión de uno a dos años, la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior (o sea, los delitos de genocidio), o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos. Este segundo apartado fue introducido por el Pleno del Senado, en el último momento del debate, en virtud de una enmienda transaccional firmada por los portavoces de todos los Grupos Parlamentarios.

Conviene señalar que el apartado segundo del art. 607 toma el lugar del precepto que castigaba la apología de los delitos de genocidio (antiguo art. 137 bis, b), aprobado pocos meses antes, por Ley de 11 de mayo de 1995, con discursos elogiosos de todos los grupos Parlamentarios. Su sorprendente desaparición del Código fue una consecuencia del debate parlamentario que originó también la supresión del delito de “apología del terrorismo”.

Se argumentó entonces que sólo hay que castigar la provocación, que es la incitación directa y concreta a la perpetración de un delito, pero no la apología por la enorme dificultad de condenarla y porque entra en conflicto con la libertad de expresión. No comparto plenamente esa opinión. El delito de apología no es una figura desconocida en el derecho penal comparado. Existe, por ejemplo, en Noruega, Dinamarca y Alemania, entre otros países. Las disposiciones sobre apología se aplican tan sólo a delitos especialmente graves o, como en el caso alemán, condicionándolas a una situación de peligro para el orden público. Italia tiene una norma específica contra la apología del genocidio (art. 8 de la Ley italiana n 962, de 9-10-67). Entiendo que existe una clara distinción entre la apología del



genocidio y la apología del resto de los delitos, y para ello me baso en los argumentos del Tribunal de Casación italiano, cuya memorable sentencia de 29 de marzo de 1985 supuso un cambio radical de la jurisprudencia italiana en la interpretación de los delitos de apología.

El Tribunal de Casación italiano había adoptado una jurisprudencia restrictiva, según la cual la apología de cualquier delito debía ser interpretada como incitación indirecta a la comisión del delito. Pero esa jurisprudencia cambió radicalmente en 1985, precisamente en un caso de apología del genocidio, por exhibición de pancartas antijudías y cánticos colectivos de exaltación del holocausto, durante un partido de baloncesto entre el Varese y el Macabi de Tel Aviv. Los acusados, condenados en primera instancia, se acogieron a la jurisprudencia citada, según la cual la apología de un delito sólo es punible si puede producir el efecto de una incitación indirecta, es decir, si puede crear el peligro de la comisión del delito en cuestión. El Tribunal rechazó de plano este argumento, considerando que la apología del genocidio no puede ser asimilada a otros casos de apología, precisamente en atención a la naturaleza particular, extraordinaria y “monstruosa” del delito objeto de apología, que no es la intolerancia racial, sino el genocidio, la exterminación de un pueblo. No se puede subordinar la penalización de la apología del genocidio a la existencia de un peligro potencial de comisión del delito —y mucho menos, añado yo, a la incitación directa y concreta a cometer un delito— porque eso equivale a que el delito en cuestión sea normalmente imposible, o únicamente posible en circunstancias históricas y políticas totalmente excepcionales. (Cass, 29-03-85, en Foro it. , 1986, 19, con nota de Fiandaca).

El apartado segundo del art. 607 da cumplimiento, casi textual, al punto 12 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de abril de 1993, que pide “la adopción por todos los Estados miembros de una legislación adecuada que castigue la negación de los genocidios cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, así como la apología y la tentativa de rehabilitación de los regímenes e instituciones que fueron autores y cómplices de los mismos”.

También se justifica esta innovación en la Declaración de los Jefes de Estado y de Gobierno de Europa en la cumbre de Viena del Consejo de Europa, el 9 de octubre de 1993.

## **El Genocidio nazi**

La existencia del genocidio nazi es, sin duda alguna, la más grave condena de ese régimen.

Es cierto que los nazis fueron también responsables de crímenes de guerra, pero estos pueden ser equiparados a los actos cometidos por otros países y regímenes. Lo que marcó el régimen de Hitler como especialmente odioso fueron los crímenes contra la Humanidad, el genocidio planificado de millones de personas cometido en ejecución de una política estatal de hegemonía ideológica, contra grupos o colectividades cuya exclusión o exterminio fueron requeridos por la citada ideología. Fueron delitos que carecieron de objetivo militar, en contraste con los

crímenes de guerra. Los transportes de deportados, al bloquear las vías férreas, fueron incluso perjudiciales para el esfuerzo de guerra alemán. Prevalció, pues, una lógica de odio sobre los imperativos militares.

La negación de los genocidios cometidos durante la Segunda Guerra Mundial — también conocida por “negación del Holocausto”— es una de las formas más insidiosas de antisemitismo pero, además, una de las armas más peligrosas de la propaganda neonazi. Los dirigentes y pensadores neo-nazis saben muy bien que el nazismo sólo podría llegar a ser considerado una ideología y una práctica política “respetable” si consiguen rehabilitarlo, eludiendo las responsabilidades que le corresponden por el genocidio en los campos de exterminio.

Aunque sólo consigan que la gente dude, ya abren la puerta a la siguiente reflexión: “si el Holocausto es una mentira, ¿qué hubo de negativo en el nazismo?”.

Es este un aspecto de la negación del Holocausto que va mucho más allá del interés de los grupos o pueblos víctimas de la persecución nazi, a los que ahora se pretende negar el destino inhumano que sufrieron, atacándoles en su dignidad y honor. La negación de los genocidios nazis, sobre cuya veracidad no cabe duda científica racional, es un asunto que preocupa a las instituciones democráticas europeas que ven en el ascenso del racismo, la xenofobia y el antisemitismo, un fenómeno que mina las bases de la construcción europea y los fundamentos de la democracia.

El revisionismo de cualquier hecho histórico, como reinterpretación o valoración diferente de la historia, en base a descubrimientos de nuevas fuentes documentales, puede ser tan legítimo como el centrado en la Revolución Francesa, el colonialismo, las cruzadas o la Komintern, por citar algunos ejemplos. Sin embargo, el “revisionismo”, o mejor “negacionismo”, que practican los neo-nazis no responde a un ejercicio de tipo intelectual, ni es un fin en sí mismo. Es una estrategia política. Es un instrumento de combate ideológico, práctica tan antigua como la misma historia, que pretende erosionar nuestro conocimiento de la realidad histórica, basado en abundantes y serias investigaciones sobre la II Guerra Mundial y el nazismo.

Desde el punto de vista estrictamente científico, hay que afirmar que ninguno de los autores “negacionistas” ha realizado un verdadero estudio histórico; por consiguiente, no existe posibilidad de debate científico. Prácticamente ninguno de ellos es un historiador profesional. Casi todos están relacionados con organizaciones neo-nazis. Aunque sus escritos se presenten como genuinos trabajos académicos, de hecho están por debajo del nivel de argumentación académica. Por ello, el debate intelectual les otorga un grado de legitimidad científica que no merecen y les ofrece además un foro para la propaganda de su ideología. Tampoco la mera denuncia de distorsión de evidencia histórica, aunque venga de personas de indudable peso académico, moral o político, tiene suficiente efecto.

Las normas contra la “incitación al odio o a la violencia racial” sólo se pueden aplicar, con cierta garantía de éxito, a un determinado tipo de literatura

“negacionista”: la que sostiene, además de negarlo, que el Holocausto es una invención, un gran “engaño”, bien de los judíos o bien de los sionistas, para extorsionar económicamente a Alemania. Esa acusación cae por su propio peso y los tribunales de varios países se han pronunciado sobre ella, equiparándola a una incitación al odio o al menosprecio de los judíos. Pero, de no ser por esa acusación adicional, la mera negación o distorsión de acontecimientos históricos no habría merecido la sanción penal en muchos países.

Por supuesto que puede parecer obvio el propósito antisemita, racista o xenófobo de meras declaraciones que nieguen los genocidios nazis sin referencia alguna a una invención judía o de los aliados, si se examinan en su contexto político. Pero los jueces se atienen, por lo general, al contenido estrictamente literal de la declaración. Otro tanto podríamos decir sobre la aplicación de otras normas, como las que castigan la “difusión de informaciones injuriosas”.

Por estas razones, un creciente número de Estados, estimando que la penalización de la negación del genocidio es políticamente deseable y urgente, han decidido hacer frente al problema adoptando medidas legislativas específicas.

El nuevo delito está ya recogido en la legislación penal de varios países, entre ellos Alemania (desde 1979), Israel (1986), Francia (1990), Austria (1992), Suiza (1994), Bélgica (1995) y España (1995), con ciertas diferencias en la formulación y construcción de la disposición legal pertinente.

A continuación ofrezco unos breves extractos de estas normas que penalizan la negación del Holocausto:

- **Alemania.** La negación de crímenes nazis está prohibida por la LEY DE INSULTOS, en virtud de una sentencia del Tribunal Supremo Federal del 18 de septiembre de 1979. La jurisprudencia alemana considera que la negación del Holocausto es un ataque al honor (es decir, un insulto) de todos y cada uno de los judíos en Alemania, independientemente de si personalmente sufrió persecución o nació posteriormente. “... Quienquiera que trate de negar la verdad de acontecimientos del pasado niega a cada una de las personas físicas que forman parte de un grupo de víctimas el respeto al que tiene derecho. En 1985, se modificó el Código Penal (art. 194) haciendo perseguibles de oficio los insultos relacionados con la persecución nazi, con prisión de hasta un año o multa (hasta 5 años desde el 1 de diciembre de 1994). El concepto de “protección al honor” no es algo familiar en todos los sistemas jurídicos, aunque sí en el español.

Sent. Trib. Supremo Federal de 15 de marzo 1994: “la negación del Holocausto no constituye necesariamente una incitación al odio racial”. Los medios de comunicación anunciaron, equivocadamente, un cambio en la jurisprudencia. (La incitación al odio racial está prohibida en el art. 130 del Código Penal alemán, pero no siempre es aplicable contra la negación del Holocausto).

Sent. Trib. Constitucional Federal de abril 1994: Vuelve a poner las cosas en su sitio y deja claro que el hecho histórico del Holocausto es una verdad indiscutible y un delito que atenta además contra la dignidad y el honor de los judíos.

- **Israel.** La LEY 5746 sobre Negación del Holocausto, de 8 de julio de 1986, castiga la negación o minimización de las proporciones de los actos cometidos en el período del régimen nazi. Hasta 5 años de prisión. Esta ley contiene una importante matización:

“4. La publicación de un informe correcto y razonable (...) no será contemplada como un delito, siempre que no sea hecha con intención de expresar simpatía o identificación con los autores de los crímenes contra el pueblo judío o contra la humanidad”.

- **Francia.** La LEY N<sup>o</sup> 90-6 15 de 13 de julio de 1990, que persigue la represión de todo acto racista, antisemita o xenófobo con prisión de 1 mes a 1 año, o multa de 2.000 a 300.000 FF, o ambas (se elevó la pena en el nuevo Código Penal francés de 1992), introduce el Art. 24 bis del Código Penal que castiga la “contestation des crimes contre l’Humanité” (la puesta en duda de los crímenes contra la Humanidad). El elemento material del delito está determinado con una gran precisión: “... crímenes contra la humanidad, tal como son definidos en el art. 6 del Reglamento del Tribunal Militar Internacional, anexo al Acuerdo de Londres del 8 de Agosto de 1945 , y que fueron cometidos ya sea por miembros de una organización declarada criminal en aplicación del Art. 9 de dicho Reglamento o por una persona encontrada culpable de tales crímenes por un Tribunal Francés o Internacional”.

- **Austria.** La LEY FEDERAL N<sup>o</sup> 148, 1992, de enmienda a la LEY DE PROHIBICIÓN (Ley Constitucional que prohíbe el partido nacionalsocialista alemán de los trabajadores), penaliza a quien “. . .deniega, minimiza groseramente (=grösslich verharmlost), aprueba o trata de justificar el genocidio nacional socialista u otros crímenes nacional socialistas contra la humanidad. Pena de 1 a 10 años de prisión (juicio con jurado).

- **Suiza.** En junio 1993, se aprobó el nuevo Art. 261 b del Código Penal suizo (de 21 dic 1937): “Quienquiera ... que ... ofende el honor de una persona o de un grupo de personas en razón de su raza o su pertenencia a un grupo étnico o religioso o por una de estas razones, difama la memoria de las personas fallecidas o, que por la misma razón, groseramente minimiza o persigue poner en duda el genocidio u otros crímenes contra la humanidad, será penalizado con prisión o una multa”. Aprobado por referendum popular el 25 de septiembre de 1994.

- **Bélgica** (1995). Será penalizado con prisión de 8 días a un año y multa de veintiséis a cinco mil francos quienquiera que, en tina de las circunstancias indicadas en el artículo 444 del Código penal, niegue, minimice

groseramente, intente justificar o apruebe el genocidio cometido por el régimen nacional-socialista alemán durante la segunda guerra mundial.

- **España.** El nuevo Código Penal español de 1995, en su artículo 607 apartado 2, castiga con la pena de prisión de uno a dos años la “difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo (los delitos de genocidio), o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos”.

## **La eficacia de las Normas en materia de Racismo**

Las leyes contra el racismo no son todo lo eficaces que se quisiera, incluso en aquellos países con una legislación sustantiva muy avanzada y completa. La ley no hace más que establecer postulados, normas de conducta, que exigen una constante vigilancia, especialmente por parte de los organismos encargados de velar por su ejecución. La historia muestra abundantes ejemplos de discordancia entre el derecho y la realidad.

Otras razones que merman la eficacia de las normas en materia de racismo son las siguientes:

- Los delitos de racismo se denuncian poco (ya sea por miedo, por la ilegalidad de la víctima, o por otras causas). En Europa, sólo un porcentaje muy pequeño de incidentes racistas se llevan ante los tribunales.  
Los delitos de racismo son difíciles de probar, como todos los delitos de intención.
- Existen importantes lagunas y deficiencias en las leyes procesales de los países de la Unión Europea que habría que corregir. Los expertos europeos han recomendado, entre otras, las siguientes medidas:
  - La asistencia a las víctimas, ante los tribunales, por organismos especializados.
  - La inversión de la carga de la prueba en los procedimientos civiles, ante indicios de discriminación.
  - En la jurisdicción penal, la actuación de oficio en todos los delitos de índole racista, incluidos los llamados delitos privados contra el honor (difamación, injurias, calumnia racial), permitiéndose la personación de organizaciones anti racistas como parte civil.
  - La creación de procedimientos civiles sumarios.
- El conflicto con la libertad de expresión conduce a una interpretación restrictiva de las normas sobre racismo, por parte de los tribunales. Todos los problemas de límites en materia jurídica son muy difíciles técnicamente de resolver.  
Por último, la técnica legislativa que se emplea en la tipificación de estas normas es con frecuencia defectuosa. No puede hablarse de legalidad allí donde los tipos son formulados con tal amplitud que trasladan al juez la tarea de

determinar que conductas son punibles; pero hay que reconocer también que las leyes o normas que prohíben la “incitación al odio” o 1 publicación de “noticias falsas”, no son ni pueden ser formula das con total precisión (fully precise), porque el legislador se mueve en la frontera con la libertad de expresión. Eso facilita la defensa, e incluso ha permitido, en ocasiones, utilizar el tribunal como foro para hacer publicidad de ideas racistas.

## **Conclusión**

Para concluir diré que la reforma de nuestro vetusto Código se ha preocupado por la tutela de los derechos fundamentales y la promoción de la igualdad real y efectiva, lo que es importante para la convivencia pacífica de todos los grupos raciales, étnicos, religiosos, nacionales o sociales.

Pese a los defectos que se le puedan imputar, el nuevo Código Penal salva muchas de las graves carencias legales que padecíamos en materia de racismo e intolerancia. Constituye, sobre todo, un logro importantísimo, un salto cuantitativo y cualitativo, que acerca la ley penal española a las legislaciones más avanzadas en materia de racismo. Es, además, una ley ejemplar que ha despertado gran interés en medios jurídicos, académicos y parlamentarios del extranjero.

Pero no basta con hacer la ley: hay que aplicarla también. Esperemos que el nuevo Código Penal sea utilizado, sin reservas, por las autoridades policiales y judiciales para reprimir los actos de algunos individuos y grupos racistas y antisemitas. El procesamiento de Pedro Varela, ex presidente de CEDADE y propietario de la Librería Europa de Barcelona es un buen comienzo.

Política General de la ECRI  
Recomendación N<sup>o</sup>. 7 sobre

## **Legislación Nacional para la Lucha contra el Racismo y la Discriminación Racial**

**ECRI**

Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia

**Adoptada el 13 de diciembre 2002**

**La Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI):**

Recordando la Declaración adoptada por los Jefes de Estado y Gobierno de los Estados Miembros del Consejo de Europa en su primera Cumbre celebrada en Viena los días 8 y 9 de octubre de 1993;

Recordando que el Plan de Acción de la lucha contra el racismo, la xenofobia, el antisemitismo y la intolerancia, establecido en el marco de esta declaración, invitó al Comité de Ministros a establecer la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia con un mandato *Inter alia* para la formulación de recomendaciones a los Estados Miembros con respecto a sus políticas generales;

Recordando también la Declaración Final y el Plan de Acción adoptados por los Jefes de Estado y Gobierno de los Estados Miembros del Consejo de Europa en su segunda Cumbre celebrada en Estrasburgo los días 10 y 11 de octubre de 1997;

Recordando que el Art. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos proclama que todos los seres humanos nacen libres y son iguales en lo que concierne a su dignidad y sus derechos;

Tomando nota de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial;

Tomando nota de la Convención n<sup>o</sup> 111 de la Organización internacional del Trabajo con respecto a la discriminación (Empleo y Ocupación)

Tomando nota del Art. 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos;

Tomando nota del Protocolo n<sup>o</sup> 12 de la Convención Europea de Derechos Humanos provisto de una cláusula general que prohíbe la discriminación;

Tomando nota de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos;

Considerando la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea;

Considerando la Directiva 2000/43/CE del Consejo de la Unión Europea que pone en práctica el principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico y la Directiva 2000/78/CE del Consejo de la Unión Europea relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación;

Tomando nota de la Convención para la Prevención y el Castigo del Delito de Genocidio;

Recordando la recomendación n<sup>o</sup> 1 de la ECRI con respecto a la política general sobre la lucha contra el racismo, la xenofobia, el antisemitismo y la intolerancia y la recomendación n<sup>o</sup> 2 de la ECRI con respecto a la política general sobre organismos especializados para luchar contra el racismo, la xenofobia, el antisemitismo y la intolerancia a nivel nacional;

Subrayando el hecho de que, en sus informes individuales de países, la ECRI recomienda por regla general a los Estados Miembros la adopción de medidas legales eficaces dirigidas a la lucha contra el racismo y la discriminación racial;

Recordando que, en la Declaración Política adoptada el 13 de octubre de 2000 en la sesión de conclusiones de la Conferencia Europea contra el Racismo, los gobiernos de los Estados Miembros del Consejo de Europa se comprometieron a adoptar e implementar, cuando hiera necesario, la legislación nacional y medidas administrativas que expresa y específicamente respondan al racismo y prohíban la discriminación racial en todos los ámbitos de la vida pública;

Recordando también la Declaración y el Programa de Acción adoptados por la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia celebrada en Durban, Sudáfrica, del 31 de agosto al 8 de septiembre de 2001;

Conscientes de que las leyes por sí solas no son suficientes como para erradicar el racismo y la discriminación racial, pero convencidos de que esas leyes forman una parte esencial de la lucha contra los mismos;

Subrayando la importancia primordial de medidas legales adaptadas a la lucha efectiva contra el racismo y la discriminación racial de manera que sirvan como medida disuasoria y, en la medida de lo posible, sean percibidos como satisfactorias por parte de las víctimas;

Convencidos de que la acción del legislador estatal contra el racismo y la discriminación racial también tiene una función educativa en la sociedad transmitiendo de forma convincente el mensaje de no tolerancia frente a ningún intento de legitimizar el racismo y la discriminación racial en una sociedad de derecho;

Procurando, conjuntamente con los demás esfuerzos en marcha a nivel internacional y europeo, ayudar a los Estados Miembros en su lucha contra el racismo y la discriminación racial por medio de una presentación concisa y precisa de los elementos claves que deben formar parte de la legislación nacional correspondiente;

Recomienda a los gobiernos de los Estados Miembros:

- a. que promulguen legislación en contra del racismo y la discriminación racial en caso de que falte dicha legislación o que esté incompleta;



- b. que aseguren que los componentes claves descritos a continuación se contemplen en dicha legislación.

## **Elementos clave de las legislaciones nacionales contra el racismo y la discriminación racial**

### ***I. Definiciones***

1. Las definiciones que aparecen a continuación se aplicarán a esta Recomendación:

- a) El **“racismo”** se entenderá como la creencia de que un motivo como la raza, el color de la piel, el idioma, la religión, la nacionalidad o el país de origen o el grupo étnico justifique el desprecio de una persona o grupo de personas o la noción de superioridad de una persona o grupo de personas.
- b) La **“discriminación racial directa”** se entenderá como cualquier trato diferenciado basado en un motivo como la raza, el color de la piel, el idioma, la religión, la nacionalidad o el país de origen o el grupo étnico que no tenga ningún objetivo ni justificación razonable. El trato diferencial queda desprovisto de un objetivo y una justificación razonable si no persigue ningún propósito legítimo o en la ausencia de una relación razonable de proporcionalidad entre las medidas empleadas y el objetivo a conseguir.
- c) La **“discriminación racial indirecta”** se aplicará a casos en los que un factor aparentemente neutral como puede ser una provisión, un criterio o una práctica no se pueda cumplir con la misma facilidad o que ponga en una situación de desventaja a un grupo de personas por motivos como la raza, el color de la piel, el idioma, la religión, la nacionalidad o el país de origen o el grupo étnico, a menos que dicho factor tenga un objetivo y una justificación razonable. Esto se daría si se persigue un propósito legítimo y si existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo a conseguir.

### ***II. El derecho constitucional***

2. La Constitución debe consagrar el principio de igualdad de trato, el compromiso por parte del Estado a fomentar la igualdad y el derecho de individuos a vivir libres de discriminación por factores como la raza, el color de la piel, el idioma, la religión, la nacionalidad o el país de origen o el grupo étnico. La Constitución podrá prever el establecimiento de excepciones al principio de igualdad de trato bajo la ley con la condición de que no constituyan discriminación.

3. La Constitución debe prever una restricción del ejercicio de la libertad de expresión, reunión y asociación con vistas a luchar contra el racismo. Cualquier restricción en este sentido debe conformarse al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

### **III. El derecho civil y administrativo**

4. La ley debe definir con claridad y prohibir la discriminación racial directa e indirecta.
5. La ley debe prever que la prohibición de la discriminación racial no impida el mantenimiento o la adopción de medidas especiales temporales cuyo propósito es prevenir o compensar las desventajas sufridas por personas identificadas por los motivos enumerados en el apartado 1 b) (de aquí en adelante: motivos enumerados) o facilitar su participación plena en todos los ámbitos de la vida. Estas medidas se deben de aplicar sólo hasta que se consigan los objetivos pretendidos.
6. La ley deber prever que los actos siguientes sean considerados *ínter alia* como formas de discriminación: la segregación; la discriminación por asociación; la intención declarada de discriminar; instruir en la discriminación; instar a discriminar; ayudar a discriminar.
7. La ley debe prever la extensión de la prohibición de la discriminación a todas las autoridades públicas y a todas las personas físicas o jurídicas, en el sector público y privado y en todos los ámbitos, especialmente en los contextos siguientes: el empleo; al inscribirse en organizaciones profesionales; la educación; la formación; la formación; vivienda; la salud; la protección social; los bienes y servicios dirigidos al público y lugares públicos; el ejercicio de actividades económicas; los servicios públicos.
8. La ley debe obligar a las autoridades públicas a fomentar la igualdad y a prevenir la discriminación en el cumplimiento de sus funciones.
9. La ley debe obligar a las autoridades públicas a garantizar que los beneficiarios de contratos, préstamos, subvenciones u otras ayudas respeten y fomenten una política de no-discriminación. La ley debe especialmente prever que el otorgamiento de contratos, préstamos, subvenciones u otras ayudas esté sujeto a la condición de que el beneficiario respete y fomente una política de no-discriminación. La ley debe prever que la violación de dicha condición pueda dar lugar a la terminación del contrato, subvención u otras ayudas.
10. La ley debe garantizar que los procedimientos judiciales y/o administrativos, incluyendo procedimientos de conciliación, sean fácilmente accesibles a todas las víctimas de la discriminación. En casos de urgencia, se deben de hacer disponibles procedimientos rápidos para las víctimas de discriminación.

11. La ley debe prever que, en el caso de una persona que se considera perjudicada por causa de un hecho discriminatorio y que presenta, en un tribunal o delante de cualquier otra autoridad competente, pruebas indicativas de discriminación directa o indirecta, sea el acusado quien tiene que probar que no ha ocurrido tal acto de discriminación.
12. La ley debe prever sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias en casos de discriminación. Dichas sanciones deben de incluir el pago de sumas compensatorias como indemnización para daños tanto materiales como morales sufridos por las víctimas.
13. La ley debe proporcionar las herramientas legales necesarias para realizar un seguimiento continuado de la conformidad de todas las leyes, reglamentos y provisiones administrativas, a nivel nacional y local, con la prohibición de la discriminación. Las leyes, reglamentos y provisiones administrativas que no se conformen con la prohibición de la discriminación deben ser modificados o revocados.
14. La ley debe prever la modificación o declaración de nulidad de provisiones discriminatorias que forman parte de contratos o acuerdos individuales o colectivos, de los reglamentos internos de empresas, de las normas que regulan las asociaciones con o sin ánimo de lucro, y de las normas que regulan las profesiones libres y las organizaciones de trabajadores y empresarios.
15. La ley debe prever la prohibición del acoso relacionado con cualquier de los motivos enumerados.
16. La ley debe prever la obligación a suprimir la financiación pública de cualquier organización que fomente el racismo. En el caso de sistemas de financiación pública de los partidos políticos, dicha obligación se debe extender a la supresión de la financiación pública de los que fomenten el racismo.
17. La ley debe prever la posibilidad de disolución de cualquier organización que fomente el racismo.

#### ***IV El derecho penal***

18. La ley debe contemplar la penalización de los siguientes actos cuando se cometen con intencionalidad:
  - a) la incitación pública a la violencia, el odio o la discriminación,
  - b) insultos públicos y difamación o
  - c) amenazas contra una persona o grupo de personas por motivo de su raza, el color de la piel, su idioma, su religión, su nacionalidad o su país de origen o el grupo étnico
  - d) la expresión pública, con un propósito racista, de una ideología que reivindique la superioridad de o que desprecie o denigre a un conjunto de

- personas por motivo de su raza, el color de la piel, su idioma, su religión, su nacionalidad o su país de origen o el grupo étnico;
- e) el desmentido público de crímenes contra la humanidad o de la guerra o el hecho de restarles importancia, justificarlos o condonarlos con un propósito racista;
  - f) la diseminación o distribución pública o la producción o almacenaje con la intención de diseminar o distribuir públicamente, con un propósito racista, de material escrito o gráfico o de cualquier otra índole que contenga manifestaciones del tipo descrito en el apartado 18 a), b), c), d) y e);
  - g) la formación o el liderazgo de un grupo que fomente el racismo; el apoyo prestado a un grupo de esta naturaleza; y la participación en sus actividades con la intención de contribuir a los delitos descritos en el apartado 18 a), b), c), d), e);
  - h) la discriminación racial en el ejercicio de un cargo o profesión público.
19. La ley debe contemplar la penalización del genocidio.
20. La ley debe prever el castigo de la instigación, ayuda, incitación o intento intencional a cometer cualquiera de los delitos criminales descritos en los apartados 18 y 19.
21. La ley debe prever que la motivación racista constituya una circunstancia agravante en el caso de cualquier delito criminal no especificado en los apartados 18 y 19.
22. La ley debe prever la responsabilidad de las personas físicas según el derecho penal de los delitos descritos en los apartados 18, 19, 20, y 21.
23. La ley debe prever sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias para los delitos descritos en los apartados 18, 19, 20, y 21. Además, la ley debe prever sanciones anciliares (auxiliares) o alternativas.

## ***V Provisiones comunes***

24. La ley debe prever el establecimiento de un organismo independiente y especializado para luchar contra el racismo y la discriminación racial a nivel nacional (de aquí en adelante: organismo especializado nacional). La ley debe conceder a tal organismo las competencias siguientes, entre otras: asistencia a las víctimas; la autoridad de llevar a cabo una investigación; el derecho de iniciar y participar en procedimientos judiciales; el seguimiento de la legislación y la posibilidad de asesorar a las autoridades legislativas y ejecutivas; aumentar la sensibilidad en los temas del racismo y la discriminación racial en la sociedad y fomentar políticas y prácticas que aseguren la igualdad de trato.
25. La ley debe asegurar que organizaciones tales como asociaciones, sindicatos y otras entidades jurídicas que tienen, de acuerdo con los criterios establecidos por la ley nacional, un interés legítimo en la lucha contra el racismo y la discriminación racial, tengan derecho a presentar procesos civiles,

intervenir en casos administrativos o formular denuncias criminales, incluso en ausencia de una víctima específica concreta. En caso de que haya una víctima concreta, debe de ser obligatorio obtener su consentimiento.

26. La ley debe garantizar asistencia jurídica gratuita en casos de necesidad y un abogado de oficio para aquellas víctimas que quieren llevar su caso a los tribunales como demandantes pero que carecen de los medios para hacerlo. En caso necesario, se deben proporcionar los servicios gratuitos de un intérprete.
27. La ley debe proporcionar protección frente a cualquier represalia dirigida a personas que aleguen ser víctimas de delitos raciales o discriminación racial, denuncien tales hechos o aporten pruebas.
28. La ley debe prever uno o más organismos independientes encargados de la investigación de los supuestos casos de discriminación perpetrados por miembros de los cuerpos de policía, personal de control de fronteras, miembros del ejército y personal del sistema penitenciario.

