

European Commission
against Racism and Intolerance

ECRI
Commission européenne
contre le racisme et l'intolérance

COUNCIL OF EUROPE



CRI(2003)8 REV.
Version espagnole
Spanish version

**COMISIÓN EUROPEA
CONTRA EL RACISMO Y LA INTOLERANCIA**

**RECOMENDACIÓN NÚM. 7 DE POLÍTICA GENERAL
DE LA ECRI**

**SOBRE LEGISLACIÓN NACIONAL
PARA COMBATIR EL RACISMO
Y LA DISCRIMINACIÓN RACIAL**

**APROBADA EL 13 DE DICIEMBRE DE 2002
Y ENMENDADA EL 7 DE DICIEMBRE DE 2017**

Secretariat of ECRI
Council of Europe
F - 67075 STRASBOURG Cedex
Tel.: +33 (0) 3 90 21 46 62
E-mail: ecri@coe.int

Consulte nuestro sitio Web: www.coe.int/ecri

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

Recordando la Declaración adoptada por los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros del Consejo de Europa en su primera Cumbre, celebrada en Viena los días 8 al 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 generales a los Estados miembros con respecto a sus políticas;

Recordando asimismo la Declaración Final y el Plan de Acción adoptados por los Jefes de Estado y de 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 artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos;

Teniendo en cuenta la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial;

Teniendo en cuenta el Convención núm. 111 de la Organización Internacional del Trabajo con respecto a la discriminación (empleo y ocupación);

Teniendo en cuenta el artículo 14 del Convención Europea de Derechos Humanos;

Teniendo en cuenta el Protocolo núm. 12 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que contiene una cláusula general que prohíbe la discriminación;

Teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos;

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

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

Teniendo en cuenta la Convención para la Prevención y el Castigo del delito de genocidio;

Recordando la Recomendación General de política núm. 1 de la ECRI relativa a la lucha contra el racismo, la xenofobia, el antisemitismo y la intolerancia, y la Recomendación General de política núm. 2 de la ECRI relativa a los organismos de promoción de la igualdad para luchar contra el racismo y la intolerancia a nivel nacional;

Subrayando el hecho de que, en sus informes por países, la ECRI recomienda regularmente a los Estados miembros adoptar medidas legales eficaces para combatir el racismo y la discriminación racial;

Recordando que, en la Declaración Política adoptada el 13 de octubre de 2000 en la sesión de clausura de la Conferencia Europea contra el Racismo, los gobiernos de los Estados miembros del Consejo de Europa se comprometieron a adoptar y aplicar, según procediera, instrumentos legales y medidas administrativas para luchar expresa y específicamente contra el racismo y prohibir la discriminación racial en todas las esferas de la vida pública;

Recordando asimismo 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;

Consciente de que la legislación no basta para erradicar el racismo y la discriminación racial, pero convencida de que ésta es esencial para combatir dichos fenómenos;

Subrayando la importancia crucial de medidas jurídicas apropiadas para combatir eficazmente el racismo y la discriminación racial, que actúen como elementos disuasorios y que, en la medida de lo posible, sean percibidas como satisfactorias por parte de las víctimas;

Convencida de que la acción del legislador estatal contra el racismo y la discriminación racial también desempeña una importante función educativa en la sociedad al transmitir convincentemente el mensaje de que no se tolerará ningún intento de legitimar el racismo y la discriminación racial en una sociedad regida por las leyes;

Con el propósito, junto a otras actividades en marcha a nivel internacional y europeo, de 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 una legislación nacional adecuada;

Recomienda a los gobiernos de los Estados miembros:

- a. promulgar una legislación contra el racismo y la discriminación racial en caso de que ésta no exista o se encuentre incompleta;
- b. garantizar que dicha legislación contemple los elementos clave establecidos a continuación.

Elementos clave de una legislación nacional contra el racismo y la discriminación racial

I. Definiciones

1. A los efectos de la presente Recomendación se aplicarán las siguientes definiciones:
 - a) “racismo” se entenderá como la creencia de que, por motivo de la raza¹, el color, el idioma, la religión, la nacionalidad o el origen nacional o étnico, se justifica el desprecio de una persona o grupo de personas o la noción de superioridad de una persona o grupo de personas.
 - b) “discriminación racial directa” se entenderá como todo trato diferenciado por motivos de raza, color, idioma, religión, nacionalidad, u origen nacional o étnico, que no tenga una justificación objetiva y razonable. El trato diferenciado no tiene una justificación objetiva y razonable si no persigue un objetivo legítimo o si no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se pretende alcanzar.
 - c) “discriminación racial indirecta” se entenderá que ocurre en aquellos casos en los que un factor aparentemente neutral, como pueda ser una disposición, un criterio o una práctica, sea más difícil de cumplir o ponga en una situación de desventaja a las personas pertenecientes a un grupo determinado por motivos de raza, color, idioma, religión, nacionalidad, u origen nacional o étnico, a menos que dicho factor tenga una justificación objetiva y razonable. Tal sería el caso si se persigue un objetivo legítimo y si existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se pretende alcanzar.

II. Derecho constitucional

2. La constitución debería consagrar el principio de la igualdad de trato, el compromiso del Estado de promover la igualdad y el derecho de las personas a no ser objeto de discriminación por motivos de raza, color, idioma, religión, nacionalidad, u origen nacional o étnico. La constitución puede prever que la legislación establezca excepciones al principio de la igualdad de trato siempre que éstas no constituyan discriminación.
3. La constitución debería estipular que se restrinja el ejercicio de la libertad de expresión, reunión y asociación con objeto de combatir el racismo. Cualquier restricción en este sentido debería respetar el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

¹ Dado que todos los seres humanos pertenecen a la misma raza, la ECRI rechaza las teorías basadas en la existencia de “razas” diferentes. No obstante, en la presente Recomendación la ECRI utiliza este término para garantizar que la legislación protege igualmente a las personas que normalmente y, por error, se consideran pertenecientes a “otra raza”.

III. Derecho civil y administrativo

4. La legislación debería definir claramente y prohibir la discriminación racial directa e indirecta.
5. La legislación debería estipular que la prohibición de la discriminación racial no impida mantener o adoptar medidas especiales provisionales orientadas a impedir o compensar las desventajas sufridas por las personas determinadas por los motivos enumerados en el apartado 1 b) (en lo sucesivo: motivos enumerados), o a facilitar su plena participación en todas las esferas de la vida. Estas medidas se deben aplicar sólo hasta la consecución de los objetivos pretendidos.
6. La legislación debería estipular que los siguientes actos, *inter alia*, constituyen formas de discriminación: segregación; discriminación por asociación; intención declarada de discriminar; instruir en la discriminación; incitar a otros a discriminar; ayudar a otros a discriminar.
7. La legislación debería estipular que la prohibición de la discriminación es aplicable a todas las autoridades públicas y a todas las personas físicas y jurídicas, tanto en el sector público como privado y en todas las esferas, particularmente en las siguientes: empleo; afiliación a organizaciones profesionales; educación; formación; vivienda; salud; protección social; bienes y servicios dirigidos al público y lugares públicos; ejercicio de actividades económicas; servicios públicos.
8. La legislación debería imponer a las autoridades públicas el deber de promover la igualdad y de prevenir la discriminación en el ejercicio de sus funciones.
9. La legislación debería imponer a las autoridades públicas el deber de garantizar que los beneficiarios de contratos, préstamos, subvenciones u otras prestaciones públicas respeten y promuevan una política de no discriminación. En particular, la legislación debería estipular que las autoridades públicas otorguen contratos, préstamos, subvenciones u otras prestaciones a condición de que el beneficiario respete y promueva una política de no discriminación. La legislación debería estipular que la violación de tal condición pueda suponer la terminación del contrato, subvención, o cualquier otra prestación.
10. La legislación debería garantizar que todas las víctimas de la discriminación puedan acceder fácilmente a los procedimientos judiciales y/o administrativos, incluyendo los procedimientos de conciliación. En casos urgentes, debería facilitarse a las víctimas el acceso a procedimientos rápidos que produzcan decisiones provisionales.
11. La legislación debería establecer que, en los casos que las personas que consideren haber sido perjudicadas presenten, ante un tribunal o ante cualquier otra autoridad competente, hechos que sugieran la existencia de actos de discriminación directa o indirecta, corresponderá a la parte demandada probar que no ha habido discriminación.

12. La legislación debería prever sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias para los casos de discriminación. Tales sanciones deberían incluir el pago de indemnizaciones por los daños, tanto materiales como morales, ocasionados a las víctimas.
13. La legislación debería proporcionar los instrumentos jurídicos necesarios para realizar un seguimiento continuado de la conformidad de todas las leyes, reglamentos y disposiciones administrativas, a nivel nacional y local, con la prohibición de la discriminación. Las leyes, reglamentos y disposiciones administrativas que no respeten la prohibición de la discriminación deberían modificarse o derogarse.
14. La legislación debería establecer que las disposiciones discriminatorias contenidas en contratos o acuerdos individuales o colectivos, reglamentos internos de las empresas, normas que regulan las asociaciones con o sin ánimo de lucro y normas que regulan las profesiones independientes y las organizaciones de empresarios y trabajadores, deberían modificarse o declararse nulas.
15. La legislación debería prohibir el acoso relacionado con cualquiera de los motivos enumerados.
16. La legislación debería prever la obligación de suprimir la financiación pública de cualquier organización que promueva el racismo. En los casos donde exista un sistema de financiación pública de los partidos políticos, dicha obligación debería incluir la supresión de la financiación pública de los partidos políticos que promueven el racismo.
17. La legislación debería prever la posibilidad de disolver las organizaciones que promueven el racismo.

IV. Derecho penal

18. La legislación debería penalizar los siguientes actos cuando se comenten con intencionalidad:
 - a) incitación pública a la violencia, el odio o la discriminación,
 - b) insultos en público y difamación, o
 - c) amenazascontra una persona o una categoría de personas por motivo de su raza, color, idioma, religión, nacionalidad, u origen nacional o étnico;
 - d) la expresión en público, con un objetivo racista, de una ideología que reivindique la superioridad o que desprecie o denigre a una categoría de personas por motivos de raza, color, idioma, religión, nacionalidad, u origen nacional o étnico;
 - e) la negación, banalización, justificación o aprobación en público, con un objetivo racista, de delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra;

- f) la divulgación o distribución pública o la producción o almacenamiento con la intención de divulgar o distribuir públicamente, con un objetivo racista, material escrito, gráfico o de cualquier otra índole que contenga manifestaciones de los tipos descritos en los apartados 18 a), b), c), d) y e);
 - g) la creación o el liderazgo de un grupo que promueva el racismo; el apoyo prestado a un grupo de tal naturaleza; y la participación en sus actividades con el propósito de contribuir a los delitos referidos en los apartados 18 a), b), c), d), e) y f);
 - h) la discriminación racial en el ejercicio individual de una ocupación de carácter público.
19. La legislación debería penalizar el genocidio.
20. La legislación debería penalizar cualquier instigación, ayuda, incitación o tentativa de cometer cualquiera de los delitos penales contemplados en los apartados 18 y 19.
21. La legislación debería estipular que, para todos los delitos penales no especificados en los apartados 18 y 19, la motivación racista constituya una circunstancia agravante.
22. La legislación debería prever la responsabilidad de las personas jurídicas bajo el derecho penal por los delitos referidos en los apartados 18, 19, 20 y 21.
23. La legislación debería prever sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias para los delitos referidos en los apartados 18, 19, 20 y 21. La legislación también debería prever sanciones alternativas.

V. Disposiciones comunes

24. La legislación debería prever el establecimiento de uno o varios organismos de promoción de la igualdad para combatir el racismo y la intolerancia, tal como se establece en la Recomendación General de política núm. 2 de la ECRI.
25. La legislación debería garantizar que organizaciones tales como asociaciones, sindicatos y otras entidades jurídicas que tengan, de conformidad con los criterios establecidos por la legislación nacional, un interés legítimo por combatir el racismo y la discriminación racial, puedan ejercer el derecho a presentar casos civiles, intervenir en casos administrativos o presentar querrelas penales, incluso sin referirse a una víctima concreta. Para casos que se refieran a una víctima específica debería ser necesario contar con su consentimiento.
26. La legislación debería garantizar asistencia legal gratuita y, cuando proceda, un abogado de oficio para aquellas víctimas que deseen presentarse ante un tribunal como demandantes pero que carezcan de los medios para ello. En los casos que fuera necesario de deberían ofrecer gratuitamente los servicios de un intérprete.

27. La legislación debería ofrecer protección contra cualquier represalia dirigida a las personas que afirmen haber sido víctimas de delitos raciales o de discriminación racial, a las personas que denuncien tales hechos o a las personas que faciliten pruebas al respecto.
28. La legislación debería prever el establecimiento de uno o varios organismos independientes encargados de investigar los supuestos actos de discriminación perpetrados por miembros de los cuerpos de policía, personal de control de fronteras, miembros del ejército y personal del sistema penitenciario.

Memorando Explicativo de la Recomendación de política general núm. 7 de la ECRI sobre legislación nacional para combatir el racismo y la discriminación racial

Introducción

1. La presente recomendación de política general (en adelante: la Recomendación) se centra en los elementos clave de una legislación nacional para combatir el racismo y la discriminación racial. Si bien la ECRI es consciente de que los medios jurídicos por sí solos no bastan para alcanzar ese objetivo, está convencida de que es necesaria una legislación para combatir eficazmente estos fenómenos.
2. En el marco de su planteamiento por países, la ECRI recomienda regularmente a los Estados miembros del Consejo de Europa que adopten medidas jurídicas efectivas para combatir el racismo y la discriminación racial. La Recomendación tiene por objeto ofrecer una visión general de estas medidas y aclarar y complementar las recomendaciones formuladas a este respecto en los informes por países de la ECRI. La Recomendación también se propone reflejar los principios contenidos en los instrumentos internacionales a los que se hizo mención en el Preámbulo.
3. La ECRI cree que una legislación apropiada para combatir el racismo y la discriminación racial debería incluir disposiciones en todas las ramas del derecho, es decir el derecho constitucional, civil, administrativo y penal. Sólo este enfoque integrado permitirá a los Estados miembros abordar estos problemas de forma exhaustiva, efectiva y lo más satisfactoria posible desde la perspectiva de las víctimas. En el ámbito de la lucha contra el racismo y la discriminación racial, el derecho civil y administrativo ofrecen con frecuencia medios legales flexibles que pueden facilitar a las víctimas el recurso a la acción legal. El derecho penal tiene un efecto simbólico que sensibiliza a la sociedad sobre la gravedad del racismo y de la discriminación racial, además de ejercer un efecto disuasorio considerable cuando se aplica de manera efectiva. La ECRI ha tenido en cuenta la complementariedad de las diferentes ramas del derecho. En lo que concierne particularmente a la lucha contra la discriminación racial, la ECRI recomienda que los Estados miembros del Consejo de Europa adopten disposiciones constitucionales, civiles y administrativas y que, en determinados casos, adopten adicionalmente disposiciones penales.
4. Las medidas jurídicas necesarias para combatir el racismo y la discriminación racial a nivel nacional se presentan en forma de componentes clave que la legislación nacional de los Estados miembros debería contener. La ECRI subraya la compatibilidad de las medidas que recomienda con diferentes sistemas legales, ya se basen en el derecho consuetudinario, el derecho civil o en una combinación de ambos. Además, aquellos componentes que la ECRI considera clave para un marco jurídico efectivo contra el racismo y la discriminación racial pueden adaptarse a las condiciones específicas de cada país. Por

consiguiente, podrían especificarse en una ley especial única o en diferentes áreas de la legislación nacional (derecho civil, administrativo y penal). Estos componentes clave también podrían incluirse en una legislación más amplia que abarque la lucha contra el racismo y la discriminación racial. Por ejemplo, al adoptar medidas jurídicas contra la discriminación, los Estados miembros pueden prohibir, al mismo tiempo que la discriminación racial, otras formas de discriminación como las basadas en el género, la orientación sexual, la discapacidad, la opinión política o de otro tipo, el origen social, la propiedad, el nacimiento u otra condición. Por último, en una serie de ámbitos, los Estados miembros pueden sencillamente aplicar unas normas generales que no necesitan estipularse en la presente Recomendación. Este es el caso, por ejemplo, en derecho civil, de la responsabilidad múltiple, de la responsabilidad indirecta y del establecimiento de niveles de daños; en derecho penal, de las condiciones de responsabilidad y de la estructura de las sentencias; y en cuestiones de procedimiento, de la organización y jurisdicción de los tribunales.

5. En todo caso, estos componentes clave sólo representan un nivel mínimo, lo que significa que son compatibles con las provisiones legales que ofrecen un mayor grado de protección, adoptadas o pendientes de adopción, por parte de un Estado miembro. Bajo ninguna circunstancia dichos componentes deberían ser motivo de una reducción en el nivel de protección contra el racismo y la discriminación racial ofrecida actualmente por un Estado miembro.

I. Definiciones

Apartado 1 de la Recomendación

6. En la Recomendación, el término “racismo” debería entenderse en un sentido amplio, incluyendo fenómenos como la xenofobia, el antisemitismo y la intolerancia. En lo concerniente a los motivos especificados en las definiciones de racismo y de discriminación racial directa e indirecta (apartado 1 de la Recomendación), además de estos motivos generalmente incluidos en los instrumentos jurídicos relevantes en la lucha contra el racismo y la discriminación racial como son la raza, el color y el origen nacional o étnico, la Recomendación incluye también el idioma, la religión y la nacionalidad². La inclusión de estos motivos en las definiciones de racismo y discriminación racial se basa en el mandato de la ECRI, a saber, combatir el racismo, el antisemitismo, la xenofobia y la intolerancia. La ECRI considera que estos conceptos, que evolucionan a lo largo del tiempo, abarcan actualmente manifestaciones dirigidas a personas o grupos de personas por motivos de raza, color, religión, idioma, nacionalidad y origen nacional o étnico. Por consiguiente, las expresiones “racismo” y “discriminación racial” utilizadas en la Recomendación engloban todos los fenómenos que abarca el mandato de la ECRI. A veces se interpreta que el término “origen nacional” incluye el concepto de nacionalidad. Sin embargo, para asegurar que este concepto reciba la atención debida, se incluye expresamente en la lista de motivos además del término “origen nacional”. La utilización de la expresión “por motivos de” en las definiciones de racismo y de discriminación directa e indirecta tiene por

² La ECRI comprende el término “nacionalidad” tal como está definido en el artículo 2 a) del Convenio Europeo sobre la Nacionalidad: “nacionalidad” significa el vínculo jurídico entre una persona y un Estado, y no indica el origen étnico de la persona”.

objeto establecer una lista de motivos abierta que pueda evolucionar con la sociedad. Sin embargo, en derecho penal se podría establecer una lista exhaustiva de motivos para así respetar el principio de la previsibilidad que rige esta rama del derecho.

7. A diferencia de la definición de discriminación racial (apartados 1 b) y c) de la Recomendación) que debería incluirse en la legislación, la Recomendación ofrece una definición de racismo y los Estados miembros pueden decidir si desean o no definir el término racismo en el marco de su legislación nacional. En caso afirmativo, en lo concerniente al derecho penal pueden adoptar una definición más precisa que la contenida en el apartado 1 a) con objeto de respetar los principios fundamentales de este ramo del derecho. Para que haya tenido lugar un acto de racismo no es necesario que uno o más motivos de los enumerados constituyan el factor singular o el factor determinante que conduzca al desprecio o a la noción de superioridad. Basta con que estos motivos figuren entre los factores que conduzcan al desprecio o a la noción de superioridad.
8. Las definiciones de discriminación racial directa e indirecta contenidas en los apartados 1 b) y c) de la Recomendación se inspiran en las definiciones contenidas en la Directiva 2000/43/CE del Consejo de la Unión Europea relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su origen racial o étnico, y en 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, y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. De conformidad con esta jurisprudencia, el trato diferenciado constituye discriminación si no tiene una justificación objetiva y razonable. Este principio se refiere a tratos diferenciados basados en cualquiera de los motivos enumerados en la definición de la discriminación racial. Sin embargo, el trato diferenciado basado en la raza, el color de la piel y el origen étnico puede tener una justificación objetiva y razonable en unos casos muy especiales. Por ejemplo, en el caso de empleo, cuando el color de la piel constituye un requisito profesional real y determinante dada la naturaleza de las actividades profesionales en cuestión o dado el contexto en el que se desarrollan dichas actividades, el trato diferenciado basado en este motivo puede tener una justificación objetiva y razonable. En términos más generales, la noción de una justificación objetiva y razonable deber entenderse de la manera más restrictiva posible con respecto al trato diferenciado basado en cualquier de los motivos enumerados.

II. Derecho constitucional

9. En la Recomendación, el término “constitución” debería entenderse en un sentido amplio, incluida la legislación y las normas fundamentales tanto escritas como no escritas. En los apartados 2 y 3, la Recomendación establece determinados principios que deberían contemplarse en la constitución y aplicarse a través de disposiciones estatutarias y reglamentarias.

Apartado 2 de la Recomendación

10. En el apartado número 2, la Recomendación prevé la posibilidad de dotar la ley con excepciones al principio de igualdad de trato con la condición de que no constituyan discriminación. Para cumplir con esta condición y de acuerdo con las definiciones de discriminación propuestas en el apartado 1 b) y c) de la Recomendación, tales excepciones tienen que tener una justificación objetiva y razonable. Este principio se aplica a todas las excepciones, incluidas las que establezcan un trato diferenciado basado en la nacionalidad.

Apartado 3 de la Recomendación

11. Según el apartado 3 de la Recomendación, la constitución debería prever la posible restricción del ejercicio de la libertad de expresión, reunión y asociación con vistas a luchar contra el racismo. En sus artículos 10 (2) y 11 (2), el Convenio Europeo de Derechos Humanos enumera los objetivos que pueden justificar restricciones de esas libertades. Aunque la lucha contra el racismo no figura entre tales objetivos, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos indica que está contemplada. De acuerdo con los artículos del referido Convenio, estas restricciones deberían ser autorizadas por la ley y necesarias en una sociedad democrática.

III. Derecho civil y administrativo

Apartado 4 de la Recomendación

12. La Recomendación estipula en su apartado 4 que la legislación debería definir claramente y prohibir la discriminación racial directa e indirecta. Ofrece una definición de la discriminación racial directa e indirecta en el apartado 1 b) y c). La expresión “trato diferenciado” tiene un significado amplio e incluye cualquier distinción, exclusión, restricción, preferencia u omisión, ya haya ocurrido en el pasado, en el presente o en potencia. El término “motivo” debe incluir aquellos tanto reales como supuestos. Por ejemplo, si una persona es objeto de trato desfavorable por presuponerse su condición de musulmana, cuando en realidad no es el caso, tal trato seguiría constituyendo discriminación por motivo de religión.
13. Los actos discriminatorios rara vez se basan únicamente en uno o más de los motivos enumerados, sino más bien en una combinación de estos motivos con otros factores. Por lo tanto, para que tenga lugar la discriminación, basta que uno de los motivos enumerados constituya uno de los factores que conduzcan al trato diferenciado. Así pues, debería evitarse la utilización de expresiones restrictivas como “diferencia de trato basada sólo o *exclusivamente* en motivos como...”.

Apartado 5 de la Recomendación

14. El apartado 5 de la Recomendación prevé la posibilidad de aplicar medidas especiales temporales diseñadas para prevenir o para compensar los perjuicios sufridos por personas caracterizadas por los motivos enumerados o para facilitar su participación plena en todos los ámbitos de la vida. A continuación se describe un ejemplo de medidas especiales temporales diseñadas para prevenir o compensar los perjuicios relacionados con los motivos enumerados: el propietario de

una fábrica que no cuenta con ningún administrador negro pero sí con muchos obreros negros en la cadena de montaje podría organizar un cursillo de formación dirigido a los obreros de color que quieren ascender en la empresa. Y un ejemplo de medidas especiales temporales diseñadas para facilitar la participación plena en todos los ámbitos de la vida de personas caracterizadas por los motivos enumerados: la policía podría organizar una campaña de reclutamiento diseñada expresamente para promocionar solicitudes de parte de miembros de ciertos grupos étnicos que están insuficientemente representados en el cuerpo de policía.

Apartado 6 de la Recomendación

15. El apartado 6 de la Recomendación hace mención expresa a ciertos actos que deben considerarse como formas de discriminación bajo la ley. En teoría, la aplicación de los principios legales generales y la definición de la discriminación debe ser suficiente para poder procesar estos delitos. Sin embargo, la experiencia ha demostrado que frecuentemente estos actos no son tenidos en cuenta o se excluyen del ámbito de aplicación de la legislación. Por motivos de eficacia puede, por tanto, ser de utilidad si la ley considera expresamente estos actos como formas de discriminación.
16. Entre los actos que la Recomendación menciona específicamente como formas de discriminación, los siguientes merecen una breve explicación:
 - Segregación es el acto por el que una persona (física o jurídica) separa a otras personas sobre la base de uno de los motivos enumerados sin una justificación objetiva y razonable de conformidad con la definición de discriminación propuesta. Por consiguiente, el acto voluntario de separarse de otras personas sobre la base de uno de los motivos enumerados no constituye segregación.
 - La discriminación por asociación sucede cuando se discrimina a una persona sobre la base de su asociación o sus contactos con una o más personas determinadas por uno de los motivos enumerados. Éste sería el caso, por ejemplo, de negarse a contratar a una persona por estar casada con una persona perteneciente a un determinado grupo étnico.
 - La intención anunciada de discriminar debería considerarse discriminación aunque no haya una víctima específica. Por ejemplo, un anuncio de empleo que indique que los Roma/gitanos deberían abstenerse de cursar solicitud entraría en el ámbito de aplicación de la legislación aunque ningún Roma/gitano se haya postulado efectivamente.

Apartado 7 de la Recomendación

17. De conformidad con el apartado 7 de la Recomendación, la prohibición de la discriminación debería aplicarse en todas las esferas. Con relación al empleo, la prohibición de la discriminación debería abarcar el acceso al empleo, la ocupación y el empleo autónomo, al igual que las condiciones de trabajo, la remuneración, la promoción y el despido.

18. Con respecto a la afiliación a organizaciones profesionales, la prohibición de la discriminación debería abarcar: la afiliación a una organización de trabajadores o de empresarios o a cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión particular; la participación en tales organizaciones; y los beneficios y prestaciones otorgados por dichas organizaciones.
19. En lo concerniente a la educación, la prohibición de la discriminación debería abarcar la escuela preescolar, primaria, secundaria y superior, tanto pública como privada. Además, el acceso a la educación no debería depender de la situación como inmigrantes de los niños o de sus padres.
20. En cuanto a la formación, la prohibición de la discriminación debería abarcar la formación profesional inicial y continua, todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional avanzada y adaptación profesional, incluida la adquisición de experiencia laboral.
21. En lo que respecta a la vivienda, la discriminación debería prohibirse particularmente en el acceso a la vivienda, las condiciones de vivienda y la terminación de los contratos de alquiler.
22. Con respecto a la salud, la discriminación debería prohibirse particularmente en el acceso a la atención y tratamiento médicos, en la prestación de estos servicios y en el trato que reciben los pacientes.
23. En cuanto a la protección social, la prohibición de la discriminación debería abarcar la seguridad social, las prestaciones sociales, la asistencia social (prestaciones por vivienda, prestaciones para jóvenes, etc.) y el trato que reciben los beneficiarios de la protección social.
24. Con respecto a los bienes y servicios dirigidos al público y los lugares públicos, la discriminación debe de estar prohibida, por ejemplo, a la hora de comprar en una tienda, solicitar un préstamo bancario y entrar en las discotecas, bares o restaurantes. La prohibición de la discriminación debe referirse no sólo a los que ofrecen sus bienes y servicios a los consumidores sino a los que son receptores de bienes y servicios como es el caso de una compañía cuya selección de proveedores de un bien o servicio concreto se basa en uno de los motivos enumerados.
25. Con respecto al ejercicio de una actividad económica, este ámbito abarca la legislación sobre competencia, las relaciones entre las empresas y las relaciones entre las empresas y el Estado.
26. El ámbito de los servicios públicos incluye las actividades de la policía y de las otras fuerzas y cuerpos de seguridad, personal de control de las fronteras, el ejército y funcionarios de los centros penitenciarios.

Apartado 8 de la Recomendación

27. Según el apartado 8 de la Recomendación, la ley debe obligar a las autoridades públicas a promover la igualdad y a evitar la discriminación cuando llevan a cabo sus funciones. La ley debe de describir con toda claridad las obligaciones que incumben a tales autoridades. Para cumplir con este objetivo, se podría obligar a las autoridades públicas a crear y ejecutar "programas de igualdad" elaborados con la asistencia

del organismo de promoción de la igualdad mencionado en el apartado 24 de la Recomendación. La ley debe prever la valoración continuada de los programas de igualdad, el seguimiento de sus resultados, los mecanismos efectivos de ejecución y la posibilidad de la institución por orden legal de tales programas preferentemente a través del organismo especializado de ámbito nacional. Un programa de igualdad podría, por ejemplo, incluir el nombramiento de una persona de contacto para tratar los temas de la discriminación racial y acoso o la organización de cursos de formación sobre la discriminación dirigidos al personal. Con respecto a la obligación de promover la igualdad y evitar la discriminación, la Recomendación solo abarca a las autoridades públicas; sin embargo, sería conveniente si el sector privado tuviera la misma obligación.

Apartado 10 de la Recomendación

28. De Según el apartado 10 de esta Recomendación, en casos de urgencia, se deben de hacer disponibles procedimientos rápidos para las víctimas de la discriminación. Estos procedimientos son importantes en los casos en que las consecuencias inmediatas del presunto acto discriminatorio sean particularmente serias o incluso irreparables. Por ejemplo, las víctimas de un desalojo discriminatorio de un piso deben de poder suspender tal medida a través de una orden judicial provisional mientras que se espera la resolución final del caso.

Apartado 11 de la Recomendación

29. Dadas las dificultades a la que se tienen que enfrentar los denunciantes a la hora de reunir las pruebas necesarias en casos de discriminación, la ley debe facilitar la demostración de la discriminación. Por ese motivo, según el apartado 11 de la Recomendación, la ley debe prever una carga de la prueba compartida en estos casos. Carga de la prueba compartida quiere decir que el denunciante debe de confirmar los hechos que acreditan la presunción de discriminación después de lo cual la responsabilidad se traslada al demandado que tendrá que demostrar que no hubo tal discriminación. Así que, en caso de presunta discriminación racial directa, el demandado tiene que demostrar que el trato diferenciado tiene un objetivo y una justificación razonable. Por ejemplo, si se les niega acceso a la piscina a niños romaníes/gitanos, sería suficiente que el denunciante demostrara que el acceso fue negado a estos niños y no a los demás. Sería entonces responsabilidad del demandado demostrar que esta negativa se basaba en una justificación objetiva y razonable como, por ejemplo, que los niños no tenían gorros de baño, artículo imprescindible para acceder a esa piscina. Se debe de aplicar el mismo principio a los casos de discriminación racial indirecta.
30. En lo que respecta a la facultad de obtener las pruebas e informaciones necesarias, los tribunales deberían estar debidamente facultados a este respecto. Tales facultades deberían otorgarse igualmente a cualquier organismo de promoción de la igualdad competente para arbitrar en el caso de una denuncia individual de discriminación (véase el apartado 21 de la Recomendación General de política núm. 2 de la ECRI).

Apartado 12 de la Recomendación

31. El apartado 12 de la Recomendación estipula que la legislación debería prever sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias para los casos de discriminación. Además del pago de una indemnización por los daños materiales y morales ocasionados a las víctimas, las sanciones deberían incluir medidas como la restitución de los derechos perdidos. Por ejemplo, la legislación debería permitir al tribunal exigir la readmisión de la persona discriminada en una empresa o la reentrada en una vivienda, siempre que se respeten los derechos de terceras partes. En el caso de una negativa discriminatoria a contratar a una persona, la legislación debería prever, según las circunstancias, que el tribunal pudiera obligar al empleador a ofrecer un empleo a la persona discriminada.
32. En el caso de discriminación por parte de una escuela privada, la legislación debería prever la posibilidad de retirar la acreditación otorgada a la escuela o de no reconocer los títulos emitidos por aquella. En el caso de discriminación por parte de un establecimiento público, la legislación debería prever la posibilidad de retirar una licencia o de cerrar el establecimiento en cuestión. Por ejemplo, en el caso de discriminación por parte de una discoteca, debería poder retirarse a la misma la licencia que permite la venta de bebidas alcohólicas.
33. Las formas de reparación no económicas, como la publicación de toda o parte de una decisión judicial, puede ser importante para hacer justicia en casos de discriminación.
34. La legislación debería prever la posibilidad de imponer un programa de medidas positivas al discriminador. Este tipo de reparación es importante si se pretende promover cambios a largo plazo en una organización. Por ejemplo, podría obligarse al discriminador a organizar programas de formación específicos para su personal encaminados a combatir el racismo y la discriminación racial. El organismo de promoción de la igualdad debería participar en la elaboración y supervisión de tales programas.

Apartado 15 de la Recomendación

35. De conformidad con el apartado 15 de la Recomendación, la legislación debería prever la prohibición del acoso relacionado con uno de los motivos enumerados. El acoso consiste en comportamientos relacionados con uno de los motivos enumerados cuyos objetivos o resultados son la violación de la dignidad de una persona y la creación de un ambiente intimidante, hostil, degradante, humillante u ofensivo. En lo posible, la protección contra el acoso relacionado con uno de los motivos enumerados debe centrarse, no sólo en el comportamiento del autor del acoso, sino también en otras personas. Por ejemplo, debe de ser posible responsabilizar al empresario, cuando proceda, de un caso de acoso perpetrado por compañeros de trabajo, otros empleados o terceros (clientes, proveedores, etc.).

Apartado 16 de la Recomendación

36. El apartado 16 de la Recomendación estipula que la legislación debería prever una obligación de suprimir la financiación pública de los partidos políticos que promueven el racismo. Por ejemplo, debería denegarse la financiación pública de las campañas electorales de tales partidos políticos.

Apartado 17 de la Recomendación

37. De conformidad con el apartado 17 de la Recomendación, la legislación debería prever la posibilidad de disolver las organizaciones que promueven el racismo. En todos los casos, la disolución de tales organizaciones sólo puede efectuarse por decisión judicial. La cuestión de la disolución de estas organizaciones también se aborda en la Sección IV – Derecho penal (véanse los apartados 43 y 49 del presente Memorando Explicativo).

IV. Derecho penal

Apartado 18 de la Recomendación

38. De conformidad con la Recomendación, el alcance de ciertos delitos penales especificados en el apartado 18 se limita a la condición de que se cometan “en público”. La práctica actual muestra que, en determinados casos, la conducta racista no se procesa por no considerarse de carácter público. Por consiguiente, los Estados miembros deberían garantizar que no resulte excesivamente difícil mostrar la naturaleza “pública” de los actos. Así pues, por ejemplo, esta condición debería considerarse demostrada en casos de declaraciones pronunciadas en reuniones de organizaciones neo-nazis o de mensajes intercambiados en un foro de discusión en Internet.
39. Algunos de los delitos especificados en el apartado 18 de la Recomendación se refieren a la conducta dirigida a una “categoría de personas”. La práctica actual demuestra que, en muchos casos, las disposiciones jurídicas encaminadas a penalizar la conducta racista no contemplan tal conducta, salvo que se dirija contra una persona o grupo de personas específico. Por consiguiente, es frecuente que las expresiones dirigidas a “categorías” más grandes de personas, como en el caso de las referencias a los solicitantes de asilo o extranjeros en general, no están contempladas en estas disposiciones. Por este motivo, el apartado 18 a), b), c), y d) de la Recomendación no se refiere a “grupos”, sino a “categorías” de personas.
40. El término “difamación” contenido en el apartado 18 b) debería entenderse en un sentido amplio, incluyendo particularmente la injuria y la calumnia.
41. El apartado 18 e) de la Recomendación se refiere a delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. El delito de genocidio debería entenderse tal como se define en el artículo II de la Convención para la Prevención y el Castigo del Delito de Genocidio y en el artículo 6 de los Estatutos del Tribunal Penal Internacional (véase el apartado 45 del presente Memorando Explicativo). Los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra deberían entenderse tal

como se definen en los artículos 7 y 8 de los Estatutos del Tribunal Penal Internacional.

42. El apartado 18 f) de la Recomendación se refiere a la divulgación, distribución, producción o almacenamiento de material escrito, gráfico o de otra índole manifiestamente racista, incluyendo su divulgación a través de Internet. Este material incluye soportes musicales como discos, cintas y discos compactos, accesorios informáticos (por ejemplo, disquetes, software), cintas de vídeo, DVDs y juegos.
43. El apartado 18 g) de la Recomendación prevé el procesamiento de determinados actos relacionados con grupos que promueven el racismo. El concepto de grupo incluye grupos *de facto*, organizaciones, asociaciones y partidos políticos. La Recomendación estipula que debería prohibirse la formación de grupos que promuevan el racismo. Esta prohibición también incluye mantener o reconstituir un grupo que ha sido prohibido. La cuestión de la disolución de un grupo que promueva el racismo también se aborda en la Sección III –Derecho civil y administrativo (véase el apartado 37 del presente Memorando Explicativo) y más abajo (véase el apartado 49 del presente Memorando Explicativo). Además, la noción de “apoyo” incluye actos como facilitar financiación al grupo, suministro de material o la producción u obtención de documentos.
44. De conformidad con el apartado 18 h) de la Recomendación, la legislación debería penalizar la discriminación racial en el ejercicio público de la ocupación de una persona. A este respecto, las definiciones contenidas en los apartados 1 b) y c) y 5 de la Recomendación son aplicables *mutatis mutandis*. La discriminación racial en el ejercicio público de la ocupación de una persona incluye especialmente la negativa discriminatoria a prestar un servicio dirigido al público como, por ejemplo, la negativa discriminatoria por parte de un hospital a atender a una persona, la negativa discriminatoria a vender un producto, conceder un préstamo bancario o permitir la entrada a una discoteca, cafetería o restaurante.

Apartado 19 de la Recomendación

45. El apartado 19 de la Recomendación estipula que la legislación debería penalizar el genocidio. A tales efectos, el delito de genocidio debería entenderse tal como se define en el artículo II de la Convención para la Prevención y el Castigo del Delito de Genocidio y en el artículo 6 de los Estatutos del Tribunal Penal Internacional; es decir “cualquiera de los siguientes actos cometidos con el propósito de destruir, total o parcialmente, un grupo nacional, étnico, racial o religioso: matar a miembros del grupo; causar graves daños físicos o mentales a miembros del grupo; imponer deliberadamente al grupo unas condiciones de vida que provoquen su destrucción física total o parcial; imponer medidas encaminadas a impedir los nacimientos dentro del grupo; transferir por la fuerza a niños pertenecientes al grupo a otro grupo”. La Recomendación se refiere solamente a la penalización del genocidio y no a los crímenes de guerra ni a los crímenes contra la humanidad ya que éstos no son necesariamente de carácter racista. Sin embargo, si son de carácter racista, debería aplicarse el factor agravante contemplado en el apartado 21 de la Recomendación.

Apartado 20 de la Recomendación

46. El apartado 20 de la Recomendación estipula que la legislación debería penalizar cualquier instigación, ayuda, incitación o tentativa de cometer cualquiera de los delitos penales contemplados en los apartados 18 y 19. Esta recomendación sólo es aplicable a aquellos delitos en los que es posible la instigación, la ayuda, la incitación o la tentativa.

Apartado 21 de la Recomendación

47. De conformidad con el apartado 21 de la Recomendación, para todos los delitos penales no contemplados en los apartados 18 y 19, la motivación racista de un delito debería ser un factor agravante. Además, la legislación puede penalizar los delitos comunes cometidos con una motivación racista como delitos específicos.

Apartado 22 de la Recomendación

48. De conformidad con el apartado 22 de la Recomendación, la legislación debería prever la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Se debe de aplicar esta responsabilidad cuando un delito es cometido, por orden de dicha persona jurídica, por otras personas especialmente cuando actúan como órganos de la persona jurídica (por ejemplo, el Presidente o el Director) o como sus representantes. La responsabilidad penal de una persona jurídica no excluye la responsabilidad penal de las personas físicas. Las autoridades públicas pueden ser excluidas de la responsabilidad penal como personas jurídicas.

Apartado 23 de la Recomendación

49. De conformidad con el apartado 23 de la Recomendación, la legislación debería prever sanciones alternativas como por ejemplo: trabajo comunitario, participación en cursos de formación, privación de determinados derechos políticos (por ejemplo, el derecho a ejercer determinadas ocupaciones o funciones; derecho al voto o a la elegibilidad), o la publicación de toda o parte de la sentencia. En cuanto a las personas jurídicas, la lista de posibles sanciones podría incluir, además de las multas, las siguientes: denegación o suspensión de las ayudas o prestaciones públicas, inhabilitación para realizar actividades comerciales, establecimiento de una vigilancia judicial, cierre del establecimiento utilizado para cometer el delito, confiscación del material utilizado para cometer el delito y disolución de la persona jurídica (sobre este último aspecto, véanse los apartados 37 y 43 del presente Memorando Explicativo).

V. Disposiciones comunes

Apartado 24 de la Recomendación

50. La Recomendación General de política núm. 2 de la ECRI contiene los detalles del establecimiento de organismos de promoción de la igualdad.

Los párrafos 51 a 55 se han suprimido mediante la Recomendación General de política núm. 2, aprobada el 7 de diciembre de 2017.

Apartado 25 de la Recomendación

56. De conformidad con el apartado 25 de la Recomendación, la legislación prevé que debería concederse la autorización de presentar denuncias a organizaciones como asociaciones, sindicatos y otras entidades jurídicas con un interés legítimo. Tal disposición es importante, por ejemplo, en los casos en que la víctima teme una represalia. Además, la posibilidad de que tales organizaciones presenten un caso de discriminación racial sin hacer referencia a la víctima específica es esencial para abordar los casos de discriminación en los que es difícil identificar a dicha víctima o en los casos que afectan a un número indeterminado de víctimas.

Apartado 27 de la Recomendación

57. De conformidad con el apartado 27 de la Recomendación, la legislación debería asegurar protección contra las represalias. Ésta protección no sólo debería brindarse a la persona que inicia el procedimiento o presenta la denuncia, sino que debería extenderse igualmente a las personas que aportan pruebas, información u otro tipo de asistencia vinculadas con los procedimientos judiciales o con la denuncia. Dicha protección es fundamental para motivar a las víctimas de delitos racistas y de discriminación a presentar sus denuncias a las autoridades y para estimular a los testigos a declarar. Para ser efectivas, las disposiciones jurídicas que ofrecen protección contra las represalias deberían prever sanciones claras y proporcionadas que podrían ir acompañadas de una orden judicial para poner fin a las represalias y/o indemnizar a las víctimas de las mismas.

