

MANUAL PRÀCTIC PER A LA INVESTIGACIÓ I ENJUDICIAMENT DE DELICTES D'ODI I DISCRIMINACIÓ

Miguel Ángel Aguilar García (director)
Víctor Gómez Martín
Marta Marquina Bertrán
Miriam de Rosa Palacio
Josep Maria Tamarit
Miguel Ángel Aguilar García



MANUAL PRÀCTIC PER A LA INVESTIGACIÓ I
ENJUDICIAMENT DE DELICTES D'ODI
I DISCRIMINACIÓ

MANUAL PRÀCTIC
PER A LA INVESTIGACIÓ I
ENJUDICIAMENT DE DELICTES
D'ODI I DISCRIMINACIÓ

Director:

Miguel Ángel Aguilar García

Fiscal

Autores:

Víctor Gómez Martín

Catedràtic acreditat de Dret Penal

Marta Marquina Bertrán

Fiscal

Miriam de Rosa Palacio

Magistrada

Josep Maria Tamarit

Catedràtic de Dret Penal

Miguel Ángel Aguilar García

Fiscal



BIBLIOTECA DE CATALUNYA - DADES CIP:

Manual pràctic per a la investigació i enjudiciament de delictes d'odi i discriminació

Bibliografia

I. Gómez Martín, Víctor II. Aguilar García, Miguel Ángel, dir. III. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (Catalunya)

1. Delictes d'odi – Dret i legislació – Manuals, guies, etc. 2. Discriminació – Dret i legislació – Manuals, guies, etc.

343.4(094)(035)

Aquesta publicació s'edita en el marc de l'Acord de col·laboració entre el Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, la Fiscalia Superior de Catalunya i la Fundació Bancària "la Caixa" per a la col·laboració en la lluita contra els delictes d'odi i discriminació.



Avis legal



Els continguts d'aquesta obra estan subjectes a una llicència de Reconeixement – No Comercial – Sense Obra Derivada 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0) de Creative Commons. Se'n permet la reproducció, la distribució i la comunicació pública sempre que se'n citi el titular dels drets (Generalitat de Catalunya, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada) i no se'n faci un ús comercial. Aquesta obra no es pot transformar per generar obres derivades. La llicència completa es pot consultar a: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/legalcode>.

© Generalitat de Catalunya
Centre d'Estudis Jurídics
i Formació Especialitzada

Primera edició: Novembre de 2015

Depòsit legal: B 27628-2015

Disseny i composició: Addenda
Impressió: Addenda

ÍNDIX

1.	INTRODUCCIÓ. LA SENSIBILITZACIÓ I FORMACIÓ NECESSÀRIES DAVANT LA GRAVETAT I L'ABAST DELS DELICTES D'ODI I DISCRIMINACIÓ	13
2.	DEFINICIONS I APROXIMACIÓ A CONCEPTES CLAU	21
2.1.	Prejudicis i estereotips	21
2.1.1.	Prejudicis	21
2.1.2.	Estereotips.	22
2.2.	Discriminació.	23
2.3.	Discriminació directa	24
2.4.	Discriminació indirecta	25
2.5.	Discriminació per associació.	25
2.6.	Discriminació por error	26
2.7.	Ordre o instrucció de discriminar	27
2.8.	Assetjament discriminatori	28
2.9.	Represàlia discriminatòria.	28
2.10.	Discriminació múltiple.	29
2.11.	Delicte d'odi	31
2.12.	Discurs de l'odi	33
2.12.1.	Col·lisió amb drets fonamentals reconeguts en la Constitució. Llibertat ideològica o de consciència (art. 16 CE) i llibertat d'expressió (art. 20 CE)	34
2.12.2.	Ponderació de béns jurídics: respecte a la dignitat de les persones, principi d'igualtat i dret a l'honor (art. 9, 10 i 14 CE), enfront de pluralisme polític, llibertat d'expressió, ideològica o de consciència (art. 1, 9, 16 i 20 CE) .	40
2.13.	Racisme.	42
2.14.	Xenofòbia	46
2.15.	Ètnia.	46

2.16. Ideologia	49
2.17. Religió o creences	50
2.18. Antisemitisme	51
2.19. Islamofòbia	52
2.20. Anticristianisme	53
2.21. Nació o origen nacional	53
2.22. Sexe i gènere	54
2.23. Orientació sexual	56
2.24. Identitat sexual.	57
2.25. Malaltia.	58
2.26. Discapacitat	58
2.27. Aporofòbia.	60
2.28. Romafòbia o antigitanisme	61
3. DIAGNÒSTIC DELS PROBLEMES MÉS FREQUËNTS QUE IMPEDEIXEN O DIFICULTEN LA PERSECUCIÓ EFECTIVA DELS DELICTES D'ODI I DISCRIMINACIÓ	63
3.1. Aproximació.	63
3.2. Desconeixement del nombre de fets	64
3.2.1. Desconeixement dels fets denunciats.	64
3.2.2. Desconeixement dels fets que es produeixen i no són denunciats	66
3.3. Minimització dels fets, en certs casos, per part dels responsables de les investigacions o del seu enjudiciament	75
3.4. Atenció deficient a les víctimes	79
3.4.1. Derivacions indegudes.	79
3.4.2. Declaracions de les víctimes en seu policial o judicial mal abordades.	79
3.4.3. Garantir el tracte i l'atenció correctes que mereixen totes les víctimes.	81
3.5. Investigacions policials i judicials insuficients. Necessitat d'acreditar la motivació del delicte	82
3.6. Necessitat d'incrementar la formació en el principi d'igualtat i no-discriminació de jutges, fiscals, secretaris judicials, forenses, Forces i Cossos de Seguretat, i personal de seguretat privada.	87
3.7. Actes públics convocats per propagar el discurs de l'odi, i resposta institucional	88
3.8. Identificació per perfils ètnics o racials.	89
3.9. Violència racista, xenòfoba i homòfoba en l'esport	96

4.	MARC JURÍDIC GENERAL: NACIONAL, AUTONÒMIC I INTERNACIONAL, SOBRE DISCRIMINACIÓ	101
4.1.	Marc jurídic nacional	102
4.1.1.	Constitució espanyola	102
4.2.	Marc jurídic de Catalunya i altres marcs autonòmics	111
4.2.1.	Estatut de Catalunya. Llei orgànica 6/2006, de 19 de juliol	111
4.2.2.	Llei catalana contra l'homofòbia 11/2014, de 10 d'octubre, per garantir els drets de lesbianes, gais, bisexuals, transsexuals i intersexuals i per eradicar l'homofòbia	115
4.2.3.	Altres normes antidiscriminatòries autonòmiques	117
4.3.	Marc jurídic internacional	118
4.3.1.	Nacions Unides	118
4.3.2.	Consell d'Europa	129
4.3.3.	Unió Europea	148
4.3.4.	Oficina per a les Institucions Democràtiques i els Drets Humans de l'Organització per a la Seguretat i Cooperació a Europa (ODIHR-OSCE)	158
5.	ELS DELICTES D'ODI I DISCRIMINACIÓ EN EL CODI PENAL ESPANYOL	163
5.1.	Plantejament	163
5.2.	La circumstància genèrica agreujant de motius discriminatoris (art. 22.4 CP)	164
5.2.1.	Jurisprudència destacable	168
5.3.	Amenaces a col·lectius (art. 170.1 CP)	174
5.3.1.	Jurisprudència destacable	176
5.4.	Delictes contra la integritat moral (art. 173 CP): possibilitats d'aplicació en supòsits discriminatoris	177
5.5.	Delicte de discriminació en l'àmbit laboral (art. 314 CP)	182
5.5.1.	Plantejament.	182
5.5.2.	El catàleg de causes discriminatòries.	182
5.5.3.	Caràcter equívoc del terme <i>ocupació</i>	183
5.5.4.	Exigència típica de no-restabliment de «la situació d'igualtat davant la llei»	183
5.6.	Discurs d'odi punible (art. 510 CP)	186
5.6.1.	Plantejament.	186
5.6.2.	L'origen dels delictes de provocació a la discriminació, l'odi o la violència (art. 510.1 CP) i de negació i justificació del genocidi (art. 607.2 CP): algunes referències politicocriminals	187
5.6.3.	El nou art. 510 CP després de la LO 1/2015	193

5.6.4.	Escenari anterior a la LO 1/2015	201
5.7.	Delictes de denegació discriminatòria de prestacions de serveis (art. 511 i 512 CP).	229
5.8.	Delicte d'associació il·lícita per cometre un delicte discriminatori (art. 515.4 CP)	234
5.8.1.	Relació concursal entre organització criminal i associació il·lícita. Grup criminal.	236
5.8.2.	Jurisprudència destacable	238
5.9.	Delictes que afecten els sentiments religiosos (art. 522-526 CP)	245
5.9.1.	Delictes contra els sentiments religiosos (art. 522 i 523 CP).	246
5.9.2.	Conductes de profanació religiosa o escarni (art. 524 i 525 CP).	248
5.9.3.	Jurisprudència destacable	250
5.9.4.	Resolucions destacables amb relació a la llibertat religiosa quan entra en contradicció amb altres drets i llibertats.	252
6.	REFERÈNCIA ESPECIAL A LES VÍCTIMES	259
6.1.	Una classe especial de víctimes?	259
6.2.	Victimització primària: l'impacte diferencial de la victimització per odi.	264
6.3.	Victimització secundària: les necessitats especials de protecció de les víctimes en el procés penal . . .	267
6.4.	Victimització terciària	269
6.5.	Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeu i del Consell, de 25 d'octubre de 2012, per la qual s'estableixen normes mínimes sobre els drets, el suport i la protecció de les víctimes de delictes . . .	269
6.6.	L'Estatut espanyol de la víctima del delicte, aprovat per Llei 4/2015, de 27 d'abril	274
6.6.1.	Importància de la Llei 4/2015	274
6.6.2.	Drets de les víctimes en la Llei 4/2015	274
6.7.	Reparació	286
6.8.	Principals serveis d'atenció a víctimes de delictes d'odi i discriminació a l'Estat i a Catalunya	290
6.8.1.	Serveis prestats per les administracions públiques	290
6.8.2.	Serveis prestats per organitzacions socials. . .	299
7.	COM PREPARAR UN CAS EN LA INVESTIGACIÓ I EN L'ENJUDICIAMENT?	305
7.1.	Identificació dels delictes d'odi i acreditació de la motivació	305

7.2. Prova d'indícis. Indicadors de polarització	307
7.3. Pericial d'intel·ligència.	312
7.3.1. Naturalesa i valor de la prova pericial d'intel·ligència.	314
7.4. Necessitat d'aprofundiment de les investigacions policials i judicials.	316
7.4.1. Recopilar tots els testimonis possibles. Reforçar al màxim la prova incriminatòria per no deixar que tot el seu pes recaigui exclusivament sobre la declaració testifical de la víctima	316
7.4.2. Rastrear perfils en xarxes socials o pàgines web relacionades amb l'investigat	317
7.4.3. Investigació de delictes greus	318
7.4.4. Impulsar les investigacions dels fets comesos per mitjà d'Internet i de les xarxes socials	321
7.4.5. Emprendre investigacions davant la convocatòria d'actes públics per tal de propagar el discurs de l'odi	321
7.4.6. Valorar tots els béns jurídics afectats. Delictes contra la integritat moral	322
7.5. Com cal abordar la declaració testifical de víctimes de delictes d'odi i testimonis. Tècniques d'entrevista cognitiva	322
7.5.1. Introducció.	322
7.5.2. Abordant les qüestions de la reticència a denunciar.	323
7.5.3. La declaració de la víctima. Tècniques d'entrevista cognitiva	325
7.5.4. L'avaluació de la credibilitat de víctimes i testimonis sense prejudicis.	331
7.5.5. Abordar els conflictes amb les víctimes	333
7.5.6. Reduir el temor de les víctimes a declarar.	334
7.6. Al·legacions més comunes per desvirtuar la motivació discriminatòria. Valoració de les declaracions d'investigats o acusats	334
7.6.1. «Només una baralla».	335
7.6.2. «Les meves paraules no són racistes»	336
7.6.3. «Jo no sóc xenòfob, tinc amics estrangers»; «Jo no sóc homòfob, tinc un familiar gai»	336
7.6.4. «L'acusat pertany també a un col·lectiu minoritari com la víctima»	337
7.6.5. «Els continguts que vaig divulgar o manifestar públicament formen part de la meva llibertat d'expressió o ideològica o de consciència».	338

8.	SERVEIS ESPECIALITZATS EN LA FISCALIA. COORDINACIÓ INSTITUCIONAL EN LA LLUITA CONTRA ELS DELICTES D'ODI I DISCRIMINACIÓ. LA INTERLOCUCIÓ I EL DIÀLEG NECESSARIS AMB LA SOCIETAT CIVIL	339
8.1.	Serveis especialitzats de delictes d'odi i discriminació a la Fiscalia.	339
8.2.	Coordinació institucional.	345
8.3.	Protocols policials per a la investigació de delictes d'odi i discriminació	346
8.4.	La interlocució i el diàleg necessaris amb la societat civil	350
8.5.	Estratègies amb els mitjans de comunicació.	353
9.	BONES PRÀCTIQUES I RECOMANACIONS	357
9.1.	Compromisos adquirits en virtut de tractats internacionals i recomanacions d'organismes internacionals de drets humans.	357
9.2.	Més formació i millor per a policies, jutges, magistrats, fiscals, secretaris judicials, resta del personal de l'oficina judicial i advocats	358
9.3.	Coordinació institucional i relacions amb la societat i teixit associatiu	360
9.4.	Protocols	361
9.5.	Estadístiques en l'Administració de Justícia.	361
9.6.	Aprofundiment de les investigacions policials i judicials.	361
9.7.	Reformes legislatives.	366
9.7.1.	Nous instruments normatius contra la discriminació	366
9.7.2.	Millores en el Codi penal.	367
9.8.	Millora en l'atenció a les víctimes	368
	DOCUMENTS QUE CONTÉ EL CD ANNEX AL MANUAL	371
	BIBLIOGRAFIA	379
	ABREVIATURES.	385

1. INTRODUCCIÓ. LA SENSIBILITZACIÓ I FORMACIÓ NECESSÀRIES DAVANT LA GRAVETAT I L'ABAST DELS DELICTES D'ODI I DISCRIMINACIÓ

Els delictes d'odi i discriminació, que en la terminologia internacional són denominats *hate crimes*, constitueixen l'expressió de la intolerància i el rebuig a les persones pel sol fet de ser diferents; en són exemples el racisme, la xenofòbia, l'homofòbia o transfòbia, l'apofòbia (odi als pobres), la intolerància religiosa en qualsevol de les seves manifestacions (islamofòbia, antisemitisme o cristianofòbia), la misogínia i el masclisme, el menyspreu a persones discapacitades, i altres formes abominables d'odi dirigides contra les persones i basades únicament en el menyspreu a la seva diferència.

Els delictes d'odi esdevenen el recurs dels qui anhelan destruir la pluralitat i la diversitat, i convertir la llibertat en por, i la cohesió i la convivència, en fractura. Aquesta mena de fets constitueix un atac directe als principis de llibertat, respecte a la dignitat de les persones i als drets que hi són inherents i, en definitiva, als valors superiors que constitueixen el fonament de l'Estat social i democràtic de dret.

Les institucions internacionals en defensa dels drets humans –com són les Nacions Unides, mitjançant el Comitè per a l'Eliminació de la Discriminació Racial (CERD), especialment des de la Declaració i el Programa d'Acció de Durban (anys 2001 i 2009); la Unió Europea, mitjançant l'Agència de Drets Fonamentals (FRA); l'Organització per a la Seguretat i Cooperació a Europa (OSCE), mitjançant l'Oficina per a les Institucions Democràtiques i els Drets Humans (ODIHR), sobretot després de la seva onzena reunió del Consell de Ministres celebrada a Maastricht el desembre de 2003; i, finalment, el Consell d'Europa, mitjançant la Comissió Europea contra el Racisme i la Intolerància (ECRI), les recomanacions de política general del qual i informes sobre els diferents Estats membres són la base de la juris-

prudència del Tribunal Europeu de Drets Humans en aquesta matèria— expressen des de fa anys la seva preocupació per la investigació efectiva dels delictes comesos per motius d'odi i discriminació, i també per la deguda atenció a les seves víctimes.

L'Organització per a la Seguretat i Cooperació a Europa (OSCE) defineix els delictes d'odi com: *«tota infracció penal, incloses les infraccions contra les persones i la propietat, quan la víctima, el lloc o l'objecte de la infracció són seleccionats per la seva connexió, relació, afiliació, suport o pertinença real o suposada a un grup que pugui estar basat en la "raça", origen nacional o ètnic, l'idioma, el color, la religió, l'edat, la minusvalidesa física o mental, l'orientació sexual o altres factors similars, tant reals com suposats»*.

Els delictes d'odi representen, en paraules de Christian Strohal,¹ director de l'Oficina per a les Institucions Democràtiques i els Drets Humans (ODIHR) de l'Organització per a la Seguretat i Cooperació a Europa (OSCE), la manifestació més insidiosa d'intolerància i discriminació, basada en la raça, el sexe, el llenguatge, la religió, la creença, l'origen nacional o social, l'orientació sexual, la discapacitat o en altres matèries similars. L'expressió violenta d'aquests prejudicis pot prendre forma d'agressió, d'assassinat, d'amenaçes o de danys a la propietat, com ara incendi, profanació o vandalisme.

Per tant, la importància d'aquests delictes es fonamenta en un atac doble:

- D'una banda, les víctimes d'aquests delictes són seleccionades intencionadament per motius d'intolerància, per la qual cosa se'ls causen uns danys físics i emocionals incalculables.
- Però, d'una altra banda, i per això són tan greus, s'atempta tot el col·lectiu a què pertanyen, cosa que genera sentiments de por i inseguretat, i amenaça d'una manera indirecta la seguretat i la tranquil·litat de tots els ciutadans. Són, en definitiva, una amenaça per a la pau pública.

1. OSCE, publicada per l'Oficina per a les Institucions Democràtiques i els Drets Humans (ODIHR), Varsòvia, 2005. www.osce.org/odihr.

Els delictes d'odi i discriminació no ataquen o posen en risc tan sols la seguretat individual, sinó també la col·lectiva, i constitueixen violacions directes dels principis de llibertat, igualtat, dignitat, democràcia, respecte als drets humans i a les llibertats públiques, principis que recullen la nostra Constitució, l'Estatut d'Autonomia de Catalunya i els diferents tractats internacionals ratificats per Espanya sobre drets humans. Per això es dirigeixen directament a minar el model de convivència plural i diversa sobre el qual està fonamentat el nostre Estat social i democràtic de dret i els valors que l'inspiren.

El **Tribunal Europeu de Drets Humans**² en nombroses sentències exigeix als Estats de l'àmbit del Consell d'Europa **investigacions oficials efectives** que menin cap a la identificació i el càstig dels responsables, amb l'obligació d'aplicar totes les mesures raonables que calguin per **descobrir si hi ha motivacions racistes i per establir si en els fets que es denuncien** han tingut algun paper sentiments d'odi o prejudicis basats en l'origen ètnic. Les autoritats, tant policials com judicials, han d'adoptar les mesures raonables, segons les circumstàncies, per recollir i conservar els elements de prova, estudiar el conjunt de mitjans concrets per descobrir la veritat i dictar decisions plenament motivades, imparcials i objectives.

El compliment dels deures que Espanya ha assumit en els tractats internacionals i dels que fixen les normes que conformen el nostre ordenament jurídic intern, com també les exigències que es deriven de la jurisprudència del Tribunal Europeu de Drets Humans, i, el que és més important, la deguda atenció a les víctimes dels delictes d'odi i discriminació comporten la necessitat de **millorar i incrementar la formació i capacitat de tots els operadors jurídics amb responsabilitat en la investigació i enjudiciament** d'aquest tipus d'infraccions penals, i en particular de jutges, fiscals i advocats.

2. STEDH de 6 de juliol de 1985, cas Nachova i altres contra Bulgària; de 31 de maig de 2007, cas Secic contra Croàcia; de 24 de juliol de 2012, cas Beauty Salomon contra Espanya; i d'11 de març de 2014, cas Abdu contra Bulgària; STDH de 20 d'octubre de 2015, cas Balázs versus Hungría.

La formació i sensibilització necessàries per a una lluita eficaç contra aquesta xacra delictiva afecta tots aquells que d'una manera o una altra tenen responsabilitat en la Seguretat i en la Justícia: jutges, fiscals, secretaris judicials, forenses, personal de l'oficina judicial, advocats i funcionaris de les Forces i Cossos de Seguretat.

Els nostres professionals, a més de conèixer la normativa i les recomanacions dels organismes internacionals, que són essencials en l'aplicació i interpretació de les normes internes sobre drets humans (art. 10.2 CE), necessiten un coneixement pregon dels tipus penals aplicables i de les tècniques d'investigació per acreditar la motivació discriminatòria dels fets delictius, i també la formació i informació necessàries sobre la realitat cultural, social, laboral, psicològica, etc., de les víctimes, dels col·lectius als quals pertanyen, la seva diversitat afectivosexual, religiosa o les seves dificultats en la vida diària i els motius pels quals, o bé no denuncien, o bé, quan es decideixen a fer-ho, ho fan de forma no immediata.

La Comissió Europea contra el Racisme i la Intolerància del Consell Europa (ECRI) en el seu quart informe sobre Espanya, publicat el febrer de 2011,³ apunta a la formació necessària de jutges i fiscals en la lluita contra la discriminació i en l'aplicació del principi d'igualtat. En el mateix sentit s'expressen el Relator de Nacions Unides per a les formes contemporànies de discriminació racial, xenofòbia i altres formes d'intolerància en l'informe que va presentar després de la seva visita a Espanya (juny de 2013),⁴ i, molt especialment, l'Agència de Drets Fonamentals de la Unió Europea (FRA) en les conclusions adoptades en la seva conferència sobre delictes d'odi celebrada a Lituània el novembre de 2013 amb el títol «Combatent els Delictes d'Odi a la Unió Europea, donant a les víctimes un rostre i una veu».⁵

L'objectiu d'aquest manual és facilitar eines pràctiques per a la investigació, policial i judicial, i per a l'enjudiciament d'infraccions penals motivades per odi o discriminació, dirigides a aconseguir més sensibilització i formació per a tots aquells funcionaris i professionals que d'una manera o una altra intervenen en el llarg i de vegades com-

3. <https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/Country-by-country/Spain/ESP-CBC-IV-2011-004-ESP.pdf>.

4. http://www.acnur.es/PDF/informe_mision_relatorespecial_racismo_2013_20130806150757.pdf.

5. <http://fra.europa.eu/sites/default/files/frc2013-conclusions.pdf>.

plex procés judicial d'esclariment dels fets, identificació dels autors i depuració de les responsabilitats penals corresponents.

El manual proporciona definicions sobre conceptes bàsics de la discriminació en l'àmbit de la jurisdicció penal, un diagnòstic dels problemes més freqüents que dificulten o impedeixen la persecució efectiva d'aquest tipus de delictes, el marc jurídic general –nacional, regional i internacional– sobre odi i discriminació, amb un recull i síntesi de les recomanacions dels principals organismes internacionals en la matèria, una anàlisi dels articles del Codi penal que afecten aquest àmbit, amb exemples concrets de la seva aplicació, i també estableix pautes per a una millor investigació policial i judicial de fets i per a l'enjudiciament dels que arriben a judici oral. S'hi dedica un apartat específic a les víctimes, amb el propòsit de saber quins són els problemes més comuns que els afecten i de millorar més la seva atenció, facilitant l'oferta de serveis d'atenció a la víctima disponibles a les administracions públiques i a la societat civil. I, finalment, a manera de conclusions, l'equip d'experts que ha participat en la confecció del manual presenta un compendi de bones pràctiques i recomanacions per a una investigació eficaç d'aquest tipus de delictes i una atenció de qualitat a les seves víctimes.

S'han recollit les darreres modificacions legislatives, com la reforma del Codi Penal operada per LO 1/2015, la LO 4/2015, de Seguretat Ciutadana, la Llei 4/2015, reguladora de l'Estatut de la víctima del delictes i les reformes de la Llei d'enjudiciament criminal operades per Llei Orgànica 13/2015, de 5 d'octubre i Llei 41/2015, de 5 d'octubre.

El manual ha estat redactat per un equip de treball integrat en el Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (CEJFE) i en el qual han col·laborat els professionals següents:

Miguel Ángel Aguilar

Director de l'equip que ha redactat el manual. Fiscal, va ingressar en la carrera fiscal l'any 1992 i, després de treballat en diferents serveis especialitzats de la Fiscalia Provincial de Barcelona, va fundar l'any 2009, i coordina des de llavors, el Servei de Delictes d'Odi i Discriminació, primer d'aquesta naturalesa a Europa i reconegut com a exemple de bona pràctica europea per l'Agència de Drets Fonamentals de la Unió Europea l'any 2013. Expert designat per la Fiscalia General de l'Estat per a l'assistència a assemblees i reunions d'organismes internacionals en la lluita contra la discriminació de les Nacions Unides, l'Organització per a la Seguretat i Cooperació a Europa (OSCE) i l'Agèn-

cia de Drets Fonamentals de la Unió Europea (FRA). Va formar part de l'equip d'experts que va redactar les bases del Projecte de llei d'igualtat de tracte i no-discriminació de l'any 2011 i del que va redactar l'Estratègia integral contra el racisme, la discriminació racial, la xenofòbia i altres formes connexes d'intolerància del govern d'Espanya l'any 2011. Ha participat en nombrosos cursos de formació en la lluita contra delictes d'odi i discriminació per a policies de cossos estatals i autonòmics, jutges i fiscals.

Víctor Gómez Martín

Professor titular de Dret Penal de la Universitat de Barcelona (UB). Acreditat com a catedràtic per l'Agència Nacional d'Avaluació de la Qualitat i Acreditació el febrer de 2013. Doctor en Dret per la UB. Màster d'Especialització en Dret Penal de la UB (bienni 1995-1996). Cap dels Estudis Criminològics i de la Seguretat de la UB. Director del Diploma d'Extensió Universitària en Policia Judicial de la UB. Magistrat suplent de l'Audiència Provincial de Barcelona des del curs judicial 2005-2006 fins al curs judicial 2008-2009. Ha participat en diverses iniciatives legislatives. Investigador en els instituts de Dret Penal, Política Criminal i Criminologia de les universitats alemanyes de Friburg, Berlín i Bremen. Membre de nombrosos projectes d'investigació finançats pel Ministeri de Ciència i Innovació, actualment és investigador principal d'un dels seus projectes i també d'un altre projecte finançat pel CEJFE. Autor de més de cinquanta publicacions sobre la dogmàtica del dret penal. També ha fet nombroses publicacions sobre política criminal, àmbit en el qual, a més, ha dirigit i coordinat cinc llibres col·lectius.

Marta Marquina Bertrán

Fiscal des de 1994, en l'actualitat fa les seves funcions a la Fiscalia de l'Audiència Provincial de Barcelona, en el Servei Especial Antidroga i Delinqüència Organitzada, i també col·labora amb el Servei de Delictes d'Odi i Discriminació. Abans d'això, va dur a terme la seva activitat com a fiscal en el Servei Especialitzat Contencions Administratiu, mitjançant el qual el Ministeri Fiscal vetlla per la protecció i garantia dels drets fonamentals, i en el Servei Especialitzat de Procediments davant el Tribunal del Jurat, amb tutela especial de les víctimes i els seus familiars.

Miriam de Rosa Palacio

Magistrada jutgessa que va ingressar a la carrera judicial l'any 2001, destinada amb anterioritat al Jutjat mixt núm. 2 d'Igualada, al Jutjat Penal núm. 1 de Manresa –partits judicials en els quals va exercir el càrrec de jutgessa degana– i en la secció 1a de l'Audiència Provincial de Guipúscoa. Col·laboradora en diversos cursos impartits al Col·legi d'Advocats de Barcelona, ESADE, Abat Oliva i al CEJFE de Catalunya, i en diversos graus de formació a l'Institut de Seguretat Pública de Catalunya, ha intervingut com a experta en el curs de l'Escola Europea de Policia CEPOL en matèria de delictes de tràfic d'éssers humans.

Josep Maria Tamarit

Catedràtic de Dret Penal a la Universitat de Lleida i a la Universitat Oberta de Catalunya des de 2010, actualment és director del programa de criminologia d'aquesta darrera. La seva activitat de recerca ha estat centrada en la victimologia, la justícia restaurativa, la justícia transicional i el sistema de sancions penals, temàtiques sobre les quals ha publicat nombrosos articles en revistes científiques, a més de monografies i d'haver coordinat obres col·lectives. Cal destacar-ne, entre les més recents, *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones* (Comares, 2012), *Victimología teórica y aplicada* (Huygens, 2013, junto con Noemí Pereda) o *Historical Memory and Criminal Justice in Spain* (Intersentia, 2013). Des de 2005 també és coordinador del grup consolidat d'investigació sobre el sistema de justícia penal i president de la Societat Catalana de Victimologia.

2. DEFINICIONS I APROXIMACIÓ A CONCEPTES CLAU

Aquest apartat ofereix un catàleg de definicions d'alguns termes rellevants que preveuen els tipus penals. Es tracta d'una guia conceptual que, d'una banda, vol ajudar a interpretar i aplicar correctament aquests termes i, de l'altra, donar a conèixer, aclarir i precisar categories bàsiques indispensables que permetin reconèixer els actes d'odi o discriminació que es produeixen en la vida quotidiana.

En la seva elaboració s'han tingut en compte les definicions que faciliten directives de la Unió Europea o tractats internacionals ratificats per Espanya, i definicions que apareixen en recomanacions i documents de treball d'organismes internacionals i de prestigioses organitzacions no governamentals i en aportacions acadèmiques.

En relació amb això, cal no oblidar que els «*delictes d'odi*» lesionen o posen en perill llibertats i drets fonamentals de les persones, i que les normes relatives a això, incloent-hi els articles del Codi penal, tal com indica l'art. 10 CE, s'han d'interpretar «*de conformitat amb la Declaració universal de drets humans i els tractats i els acords internacionals sobre les aquestes matèries ratificats per Espanya*».

2.1. Prejudicis i estereotips

2.1.1. Prejudicis

Tal com la mateixa paraula indica, el prejudici és un *judici a priori o previ* envers una persona o un grup, generalment, desfavorable, que s'emet sense fonament, sense conèixer a aquesta persona o grup.

Segons l'autor de què es tracti, el prejudici ha estat definit de moltes maneres. A tall d'exemple, mostrem dues de les nombroses definicions existents:

- Allport defineix el prejudici com «una actitud d'hostilitat o desconfiança envers una persona que pertany a un grup, simplement per la seva pertinença a aquest grup».⁶
- El Colectivo AMANI el defineix com «un judici previ no com-provat, de caràcter favorable o desfavorable, sobre un individu o grup, que tendeix a l'acció en un sentit congruent».⁷

Tenir prejudicis no implica necessàriament discriminar altres persones. No obstant això, en predisposar-nos afectivament respecte a les altres persones, els prejudicis poden arribar a esdevenir actituds o comportaments discriminatoris.⁸

2.1.2. Estereotips

Aquesta paraula s'utilitza per referir-se a generalitzacions o imatges mentals simplificades que recauen sobre els membres d'un grup, quan s'assumeix que tots els individus que el conformen responen a les mateixes característiques.

Els estereotips actuen com una simplificació o deformació de la realitat. De vegades, aquestes idees, creences i generalitzacions sobre certs grups no coincideixen completament amb la realitat o són errònies i, per tant, ens fan perdre de vista les característiques individuals de les persones.

Sol afirmar-se que els estereotips i prejudicis són a la base dels comportaments discriminatoris. És a dir, que poden donar lloc, enfortir o justificar les pràctiques discriminatòries. Per això, és important prendre consciència, analitzar i qüestionar els estereotips i prejudicis que recauen sobre alguns grups i persones, com un primer pas necessari per prevenir o evitar els actes de discriminació.⁹

6. ALLPORT, G.W., *The nature of Prejudice*, Reading, Mass., Madison-Wesley, 1954.

7. COLECTIVO AMANI, *Educación intercultural. Análisis y resolución de conflictos*, Madrid, Editorial Popular, 1994.

8. ACCEM, *Aproximación a los conceptos clave*, Madrid, Accem, 2013.

9. ACCEM, *Aproximación a los conceptos clave*, Madrid, Accem, 2013.

Exemples de prejudicis i estereotips:

- «Els immigrants acaparen les ajudes socials»;
- «La presència d'immigrants augmenta la delinqüència»;
- «Els locals regentats per xinesos no paguen impostos»;
- «Prefereixo no llogar el meu pis a un immigrant perquè l'omple de gent i el destrossa».

2.2. Discriminació

El Diccionari de la Llengua Catalana de l'Institut d'Estudis Catalans proporciona tres accepcions del terme *discriminar*:

1. *Marcar una distinció, diferenciar.*
2. *Distingir, discernir.*
3. *Donar un tracte d'inferioritat (a algú).»*

Una definició de discriminació, que recull el dret internacional, pot trobar-se en l'**Observació General núm. 18 del Comitè de Drets Humans de les Nacions Unides**, en la qual s'esclareix el terme tal com l'entén el Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics de 1966:

«[...] tota distinció, exclusió, restricció o preferència basada en determinats motius, com són la raça, el color, el sexe, l'idioma, la religió, l'opinió política o d'una altra índole, l'origen nacional o social, la posició econòmica, el naixement o qualsevol altra condició social, i que tinguin per objecte o per resultat anul·lar o menyscabar el reconeixement, gaudi o exercici, en condicions d'igualtat, dels drets humans i les llibertats fonamentals de totes les persones.»¹⁰

La discriminació, segons l'associació Accem,¹¹ pot ser entesa com el tracte diferenciat i desfavorable envers una persona o grup de persones, que estigui basat en uns trets o motius protegits, que no tin-

10. Comitè de Drets Humans de les Nacions Unides: Observació General núm. 18, No-discriminació, adoptada durant el 37 període de sessions, 10 de novembre de 1989, paràgraf 7.

11. Accem, organització no governamental i no lucrativa que facilita atenció i acollida a persones refugiades, migrants i en risc d'exclusió social: www.accem.es. Vegeu ACCEM, *Aproximación a los conceptos clave*, Madrid, Accem, 2013.

gui una justificació objectiva i raonable, i la conseqüència del qual sigui privar-la dels drets i oportunitats de què uns altres gaudeixen.

En el context europeu, la definició jurídica de discriminació pot trobar-se en les directives europees antidiscriminatòries¹² i, en el cas d'Espanya, en la Llei 62/2003, de 30 de desembre, de mesures fiscals, administratives i de l'ordre social, i en la LO 3/2007, de 22 de març, per a la igualtat efectiva de dones i homes, entre altres normes.

2.3. Discriminació directa

Continuant amb les definicions que recullen les directives europees contra la discriminació que hem indicat abans, podem concretar que la discriminació directa es produeix quan una persona és, ha estat o podria ser tractada de manera menys favorable que una altra en una situació anàloga per algun dels motius protegits.

Exemples:

- Negar sense causa objectiva i raonable l'entrada en una botiga, restaurant o un altre local a una persona pel color de la seva pell.
- Anunci d'habitatge o oferta d'ocupació en la qual s'exclou la població immigrant, «*estrangers, abstenu-vos*», o s'exigeix nacionalitat espanyola per accedir al gaudi d'una prestació.
- Un control d'identitat o escorcoll a càrrec d'un agent de policia en què se selecciona les persones sobre l'única base de l'aspecte que tenen, les característiques físiques, culturals, racials o ètniques.

12. L'anomenada Directiva d'igualtat racial, Directiva 2000/43/CE, que implementa el principi d'igualtat de tracte de les persones independentment de l'origen racial o ètnic (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0078:es:HTML>), i l'anomenada Directiva d'igualtat en l'ocupació, Directiva 2000/78/CE, que estableix un marc general per a la igualtat de tracte en l'ocupació (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:180:0022:0026:es:PDF>).

A Espanya, la transposició de totes dues directives es va fer en la Llei 62/2003, de 30 de desembre, de mesures fiscals, administratives i de l'ordre social, que va entrar en vigor l'1 de gener de 2004.

2.4. Discriminació indirecta

La normativa comunitària indica que hi ha discriminació indirecta quan una disposició, criteri o pràctica aparentment neutra posa o pot posar una o diverses persones en desavantatge particular respecte a d'altres per algun motiu de discriminació, tret que aquesta disposició, criteri o pràctica pugui justificar-se objectivament amb una finalitat legítima.

Exemples:

- Quan per accedir a una prestació social determinada es demana a un grup de persones (p. ex., població estrangera) un determinat requisit (p. ex., una documentació que han d'obtenir en els seus països d'origen) difícil de complir per part d'aquest col·lectiu, de manera que es posa a aquest grup en una situació de desavantatge per a l'accés a aquesta prestació respecte al grup majoritari.
- Quan per accedir al gaudi d'una prestació s'exigeix un requisit determinat (p. ex., una titulació acadèmica, una llengua...) que en realitat no és necessari per fer la tasca en qüestió, per tal de dificultar l'accés de certs grups a la prestació.

2.5. Discriminació per associació

Es produeix quan una persona o un grup és discriminat basant-se en el fet que hi té una relació o uns contactes amb una o amb diverses persones sobre les quals recau una discriminació per algun dels motius protegits que la legislació vigent enumera.¹³

13. Projecte de Llei integral per a la igualtat de tracte i la no-discriminació, títol I, cap. I, art. 6.1.

Llei 11/2014, de 10 d'octubre, del Parlament de Catalunya, per garantir els drets de lesbianes, gais, bisexuals, transgènere i intersexuals i per eradicar l'homofòbia, la bifòbia i la transfòbia, art. 4.

Exemples:

- Agredir un activista perquè pertany a una ONG que defensa la integració i drets d'immigrants africans sent nacional i de pell blanca.
- Negar una prestació a una persona per estar casada amb una altra que pertany a un grup ètnic o minoria determinats.

En els supòsits de discriminació per associació pot apreciar-se igualment l'agreujant de discriminació de l'art. 22.4 CP, atès que la seva redacció només exigeix que el delicte es cometi «*per motius*», per exemple, racistes. Així doncs, segons el professor Gómez Martín,¹⁴ el fet que el legislador utilitzi la preposició *per* comporta que, perquè pugui apreciar-se la circumstància, n'hi ha prou que el subjecte actiu del delicte actuï empès per la motivació especialment indesitjable, independentment que la qualitat personal objecte del mòbil discriminatori concorri efectivament o no en el subjecte passiu de la conducta (vegeu apartat 5.2 d'aquest manual).

2.6. Discriminació por error

És la que es basa en una apreciació errònia de la persona discriminada pel fet que és associada a unes característiques determinades.¹⁵

14. GÓMEZ MARTÍN, V., *Los delitos de odio y discriminación tras la LO 5/2010: ¿una nueva oportunidad perdida?*, Madrid, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, 2011.

15. Projecte de Llei integral per a la igualtat de tracte i la no-discriminació, títol I, cap. I, art. 6.1.

Llei 11/2014, de 10 d'octubre, del Parlament de Catalunya, per garantir els drets de lesbianes, gais, bisexuals, transgènere i intersexuals i per eradicar l'homofòbia, la bifòbia i la transfòbia, art. 4.

Exemples:

- A una persona no se li permet entrar a un local d'oci per creure que és d'ètnia gitana, però no ho és.
- Dos nois que a la sortida d'un restaurant s'acomiadem amb un petó a les galtes i són atacats per un grup de *skinheads* que creuen que són homosexuals, però, en realitat, són familiars.
- Una persona és agredida al crit de «*vés-te'n al teu país; aquí no volem estrangers*», pel fet que, a causa dels seus trets culturals o físics, s'assumeix que és d'origen estranger, encara que sigui nascut en territori nacional.

Igualment, i pels mateixos arguments exposats en la discriminació per associació, en els supòsits de discriminació per error pot apreciar-se l'agreujant de discriminació de l'art. 22.4 CP (vegeu apartat 5.2 d'aquest manual).

2.7. Ordre o instrucció de discriminar

Tot i que no ofereixen una definició d'aquest terme, les directives de la UE estableixen que les «*ordres de discriminar*» persones per algun dels motius protegits també constitueixen una discriminació. En tenim una definició en l'art. 4 de la Llei 11/2014, de 10 d'octubre, del Parlament de Catalunya, per garantir els drets de lesbianes, gais, bisexuals, transgènere i intersexuals i per eradicar l'homofòbia, la bifòbia i la transfòbia.

Això passa quan una persona o una organització ordena, in-dueix o anima una altra persona a discriminar.

Exemple:

El propietari d'una discoteca ordena al porter del local que negui l'entrada a persones d'un determinat origen racial o ètnic. Aquesta ordre pot ser constitutiva d'un delictes de l'art. 512 del Codi penal i en algunes comunitats autònomes també està tipificada com a infracció administrativa.

2.8. Assetjament discriminatori

En el marc de la legislació europea antidiscriminatòria, l'assetjament és considerat com un tipus concret de discriminació. D'acord amb el que estableixen les directives europees esmentades més amunt, l'assetjament constitueix discriminació quan es produeix un comportament no desitjat relacionat amb un motiu protegit i l'objectiu o conseqüència del qual és atemptar contra la dignitat de la persona i/o crear un entorn intimidatori, hostil, degradant, humiliant o ofensiu.¹⁶

L'encaix penal en la nostra legislació pot variar en funció dels fets i de les circumstàncies concurrents:

- Un delicte d'amenaques a col·lectius de l'art. 170 CP.
- Un delicte contra la integritat moral de l'art. 173 CP.
- La figura específica d'assetjament insistent i reiterat del nou art. 172.1 ter CP segons reforma operada per LO 1/2015.
- Un acte que lesioni la dignitat del nou art. 510.2.a CP després de la reforma del Codi penal feta per LO 1/2015, de 30 de març.

Exemple:

- En un centre educatiu, un grup de joves insulta i agredeix un company fent referència al seu origen ètnic.
- En un centre de treball, una persona immigrant és sotmesa reiteradament a insults, humiliacions i comentaris xenòfobs o ofensius per part de companys de treball o d'algun responsable per mitjà d'aplicacions de mòbil com, per exemple, WhatsApp.
- En una mesquita apareixen successives pintades amb continguts islamòfobs a la façana.

2.9. Represàlia discriminatòria

Pot definir-se com a tracte advers o efecte negatiu que es produeix contra una persona com a conseqüència de la presentació d'una

16. Vegeu també la definició que facilita l'art. 4 de la Llei 11/2014, de 10 d'octubre, del Parlament de Catalunya, per garantir els drets de lesbianes, gais, bisexuals, transgènere i intersexuals i per eradicar l'homofòbia, la bifòbia i la transfòbia.

queixa, una reclamació, una denúncia, una demanda o un recurs, de qualsevol mena, destinat a evitar, disminuir o denunciar la discriminació o l'assetjament a què està o ha estat sotmesa.

Exemple:

Una persona denuncia una agressió racista i, al cap d'uns dies, persones de l'entorn de l'autor de l'agressió li destrossen l'establiment com a venjança per haver interposat la denúncia.

En molts d'aquests casos, sense perjudici d'una altra qualificació legal, ens trobem amb delictes contra l'Administració de Justícia de l'art. 464 CP.

2.10. Discriminació múltiple

Per aquest terme pot entendre's una situació de discriminació en què intervenen alhora dos factors de discriminació o més.

La constatació que algunes víctimes de discriminació ho són per diversos trets o motius a la vegada ha fet que s'introdueixi, a poc a poc, el concepte de discriminació múltiple en el llenguatge polític i jurídic de la Unió Europea. Encara que actualment la legislació comunitària no recull una definició d'aquest terme, sí que hi van apareixent algunes referències en diversos documents d'organismes i institucions de la Unió.

D'aquesta manera, hi ha dos informes publicats recentment (febrer de 2011 i febrer de 2012) en què l'Agència de Drets Fonamentals de la UE¹⁷ assenyalava i defineix la discriminació múltiple.

El concepte reconeix el fet que un individu pot ser discriminat per més d'un motiu en una situació determinada. Dit d'una altra manera, una persona no té només antecedents d'immigració, sinó tam-

17. AGÈNCIA DE DRETS FONAMENTALS DE LA UE (FRA), *EU-MIDIS Data in Focus Report 5: Multiple Discrimination 2010*, febrer de 2011, p. 6. Disponible al lloc web de la FRA: <http://fra.europa.eu/>.

AGÈNCIA DE DRETS FONAMENTALS DE LA UE (FRA), *FRA Factsheet: Inequalities and multiple discrimination in healthcare*, febrer de 2012. Disponible al lloc web de la FRA: <http://fra.europa.eu/>.

bé una certa edat i un gènere, la qual cosa pot afegir un factor de vulnerabilitat a la seva discriminació.

Exemple:

Una dona pertanyent a una minoria ètnica pot veure's afectada per la discriminació d'una manera diferent a un home que pertanyi a la mateixa minoria.

La discriminació múltiple descriu una situació en la qual una persona és discriminada per més d'un motiu. Pot caracteritzar-se com:

- a)* Additiva, quan l'efecte específic dels diferents motius de discriminació pot ser distingit.

Exemple:

Una dona gran pot ser discriminada en el lloc de treball pel seu sexe i en l'accés a la salut per la seva edat.

- b)* Interseccional, quan la discriminació es basa en una combinació de dues característiques o més.

Exemple:

En donar a llum en un hospital, una dona d'ètnia gitana pot experimentar discriminació no únicament perquè és una dona, atès que no totes les dones han d'afrontar aquesta discriminació, i no únicament per ser gitana, atès que no tots els gitans –per exemple, els homes i les dones grans– han d'afrontar aquesta situació. Així doncs, pot afrontar una discriminació per la combinació de dues característiques: la de ser gitana i la de ser una dona que està donant a llum.

El concepte legal de discriminació múltiple el trobem en el fracassat Projecte de llei integral per a la igualtat de tracte i la no-

discriminació del govern socialista i en l'art. 4 de la vigent Llei 11/2014, de 10 d'octubre, del Parlament de Catalunya, per garantir els drets de lesbianes, gais, bisexuals, transgènere i intersexuals i per eradicar l'homofòbia, la bifòbia i la transfòbia.¹⁸

La concurrència de dos o més motius de discriminació en la comissió d'un fet delictiu no comporta que s'apreciï per això més d'un agreujant ni una penalitat més gran sens perjudici de les possibilitats d'individualització de la pena que atorguen les regles que preveu l'art. 66 CP.

2.11. Delicte d'odi

L'expressió *delictes d'odi* defineix a la perfecció el motiu o l'ànim subjectiu que fa que l'autor cometi el delicte i que no és altre que la seva animadversió o hostilitat oberta envers les persones o envers els col·lectius en què s'integren pel color de la pell, l'origen, l'ètnia, la religió, la discapacitat, la ideologia, l'orientació o identitat sexual, entre altres motius discriminatoris. Hi ha una certa controvèrsia sobre aquesta expressió, ja que determinats sectors acadèmics argumenten que es tracta d'un concepte vinculat al dret penal d'autor, perquè consideren que l'odi és un sentiment que no està penalitzat. No obstant això, és una expressió plenament consolidada en l'àmbit internacional.

En el marc de l'Organització per a la Seguretat i Cooperació a Europa (OSCE) l'any 2003 es va adoptar una definició d'acord amb la qual *delicte d'odi* és «*qualsevol infracció penal, incloent-hi infraccions contra les persones (A) o les propietats, en què la víctima, el local o l'objectiu de la infracció es triï per la seva, real o percebuda, connexió, simpatia, filiació, suport o pertinença a un grup com els que defineix la part B. (B) Un grup es basa en una característica comuna dels seus membres, com ara la seva "orientació o identitat sexual" real o percebuda*». La definició es refereix més a un tipus de delictes, o fenòmens, que a un delicte específic.

18. També en l'art. 4.C de la Llei 12/2015, de 8 d'abril, de la Comunitat Autònoma d'Extremadura.

A partir d'aquesta definició que proporciona l'OSCE,¹⁹ els delictes d'odi consten de dos elements bàsics: un delicte base i un motiu basat en prejudicis de diferent tipus. Sense delicte, encara que hi hagués el prejudici, no hi hauria un delicte d'odi en sentit estricte. Igualment, sense una motivació basada en un prejudici tampoc no hi hauria un delicte d'odi, sinó un delicte comú.

El perpetrador sempre tria la seva víctima per la seva pertinença (real o percebuda) a un grup específic (ètnic, religiós, sexual, amb discapacitats, etc.). D'aquesta definició podem concloure que hi ha dues claus per diferenciar els *crims d'odi* de qualsevol altre tipus penal paral·lel: d'una banda, la motivació de l'ofensor i, de l'altra, el subjecte sobre el qual recau l'acció. Totes dues qüestions estan connectades pel fonament que origina l'atac, que és la reacció de l'ofensor davant les característiques identificadores de les víctimes (raça, ètnia, religió, nacionalitat, gènere, etc.). En resum, l'agressor comet aquest tipus de crims perquè no tolera o busca discriminar determinades característiques identificadores, i la víctima es converteix en tal perquè ostenta aquestes característiques.

L'adopció del terme *delictes d'odi* és important perquè permet distingir-los d'altres tipus de delictes comuns, atès que la motivació de qui els perpetra és el que realment els dona carta de naturalesa pròpia. No hi ha d'haver cap impediment d'ordre acadèmic o doctrinal per usar el terme *delictes d'odi*. Això no fa que es vulnerin els principis essencials del dret penal en un Estat democràtic: és relativament freqüent l'ús d'elements subjectius per part del legislador per definir conductes penals en altres àmbits del dret penal, sense que siguin qüestionats per això; per exemple, actuar amb ànim de lucre.

A més, a escala internacional, no es qüestiona l'ús d'aquest terme. El citat concepte forma part de la terminologia habitual de les organitzacions i institucions internacionals més importants en la defensa dels drets humans i que lluiten contra la discriminació, com són l'Oficina per a les Institucions Democràtiques i els Drets Humans (ODIHR) de l'Organització per la Seguretat i Cooperació a Europa (OSCE), la Comissió Europea contra el Racisme i la Intolerància (ECRI) del Consell d'Europa, i l'Agència de Drets Fonamentals de la Unió Europea (FRA).

19. OSCE, *Hate Crimes Laws. A Practical Guide*, 2009. <http://www.osce.org/odihhr/36426?download=true>.

2.12. Discurs de l'odi

L'Agència de Drets Fonamentals de la Unió Europea (FRA), la Comissió Europea contra el Racisme i la Intolerància (ECRI) del Consell d'Europa, i l'Organització per a la Seguretat i Cooperació a Europa (OSCE), a través la seva Oficina per a les Institucions Democràtiques i Drets Humans (ODIHR), en declaració conjunta amb motiu del Dia Internacional per a l'Eliminació de la Discriminació Racial, el 21 de març de 2015, han manifestat que el discurs de l'odi és una forma extrema d'intolerància i contribueix al crim d'odi i que ha de ser perseguit penalment, i han posat un èmfasi especial en la impunitat que s'està produint quan aquest delicte es comet a través d'Internet i a les xarxes socials.

La Comissió Europea contra el Racisme i la Intolerància (ECRI) del Consell d'Europa, en la seva Recomanació R (97) 20 del Comitè de Ministres, defineix així la incitació a l'odi:²⁰

«[...] totes les formes d'expressió que propaguen, inciten, promouen o justifiquen l'odi racial, la xenofòbia, l'antisemitisme i altres formes d'odi basades en la intolerància, entre d'altres, la intolerància expressada pel nacionalisme agressiu i l'etnocentrisme, la discriminació i l'hostilitat contra les minories, els immigrants i les persones d'origen immigrant.»

Allò que és objecte de càstig no és, en si mateix, l'expressió d'unes idees, encara que siguin execrables, sinó que aquesta expressió es faci de tal manera i en unes circumstàncies que suposin una provocació a l'odi, la discriminació o la violència, infringint els valors constitucionals de la dignitat humana i de la no-discriminació per raó de naixement, origen racial, sexe, religió, opinió o qualsevol altra condició o circumstància personal o social que recullin els art. 10 i 14 CE.

20. Decisió adoptada pel Comitè de Ministres el 30 d'octubre de 1997, en la 607 sessió dels delegats dels ministres.

2.12.1. *Col·lisió amb drets fonamentals reconeguts en la Constitució. Llibertat ideològica o de consciència (art. 16 CE) i llibertat d'expressió (art. 20 CE)*

Un dels reptes més complicats per a un jurista és ponderar el difícil equilibri en una societat democràtica entre aquests drets constitucionals i la persecució penal dels discursos de naturalesa racista, xenòfoba, antisemita o homòfoba, entre d'altres.

Coincidim plenament amb l'anàlisi feta per Manuel-Jesús Dolz, fiscal del Tribunal Suprem,²¹ quan afirma que: *«L'etern debat del Dret Penal modern, que desembocà en la màxima que només són castigats els actes i no les idees o les persones considerades en si mateixes, es posa a prova en els delictes de l'odi, atès que, indubtablement, són les ideologies de l'odi les reprovables penalment. L'avançament de la barreira punitiva que suposen els tipus penals d'aquestes característiques no hauria de ser neutralitzat a l'empara d'una llibertat d'expressió, que, en definitiva i per a aquestes ideologies, forma el brou de cultiu de l'odi i que, tard o d'hora, es tradueix en crims horribles com ara els atemptats recents de Noruega (juliol 2011), davant la impàvida mirada d'un Dret penal que no va poder dur a terme una de les seves funcions bàsiques com és la de prevenir el delicte i que es mostra impotent davant d'una represió adequada del delicte mateix».*

El discurs generador d'odi i discriminació no té empara ni cobertura en els drets constitucionals de llibertat d'expressió i llibertat ideològica o de consciència dels art. 16 i 20 CE, i això amb fonament en **els textos internacionals ratificats per Espanya que per mandat de l'art. 10 CE han de servir per interpretar l'art. 510 CP**, i també en les recomanacions emanades d'organismes internacionals de defensa de drets humans i dels quals l'Estat espanyol és membre. Els tractats i recomanacions esmentats són:²²

- La Convenció de les Nacions Unides per a la Prevenció i Sanció del Delicte de Genocidi de 9 de desembre de 1948.
- La Convenció de les Nacions Unides sobre Eliminació de totes les Formes de Discriminació Racial de 21 de desembre de 1965.
- El Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics de 16 de desembre de 1966, l'art. 20 del qual indica que *«tota apologia*

21. Diari *La Ley*, núm. 7721, de 24 d'octubre de 2011.

22. Aquests textos jurídics són descrits i explicats en l'apartat 4 d'aquest manual.

de l'odi nacional, racial o religiós, que inciti a la discriminació, l'hostilitat o la violència estarà prohibida per la llei».

- El Conveni Europeu de Drets Humans de 4 de novembre de 1950, que limita la llibertat d'expressió en relació amb les manifestacions racistes i xenòfobes.
- La Recomanació R (97) 20, aprovada el 30 d'octubre de 1997, i la Recomanació 7, de 13 d'octubre de 2002, de política general sobre la legislació nacional per lluitar contra el racisme i la discriminació racial a la Comissió Europea contra el Racisme i la Intolerància (ECRI) del Consell d'Europa.
- La Recomanació 1805 (2007) de l'Assemblea Parlamentària del Consell d'Europa, sobre blasfèmia, insults religiosos i discursos de l'odi contra persones per raó de la seva religió, que indica la conveniència de sancions penals sobre els seus autors.
- La Resolució 60 de l'Assemblea de Nacions Unides, d'1 de novembre de 2005.
- La Decisió marc 2008/913/JAI del Consell, de 28 de novembre de 2008, relativa a la lluita contra determinades formes i manifestacions de racisme i xenofòbia mitjançant el dret penal.
- La Convenció del Consell Europa sobre el Cibercrim de 23 de novembre de 2011.
- La Recomanació núm. 7 de la Comissió Europea contra el Racisme i la Intolerància (ECRI), de 13 de desembre de 2002, identifica el discurs de l'odi amb les expressions difoses de manera intencionada que impliquen: *a)* una incitació pública a la violència, l'odi, la discriminació; o *b)* insulten i difamen públicament persones o grups de persones per raó de la seva raça, color, llengua, religió, nacionalitat o origen, nació o ètnia. Aquesta recomanació es completa amb la Recomanació núm. 13 de l'ECRI sobre antigitanisme.
- Amb una finalitat interpretativa s'ha de posar especial èmfasi en la Recomanació R (97) 20 del Consell d'Europa, sobre el discurs de l'odi,²³ que el defineix com aquell que *«cobreix totes les formes d'expressió que propaguen, inciten, promouen o justifiquen l'odi racial, la xenofòbia, l'antisemitisme o qualsevol altra forma d'odi basada en la into-*

23. Recomanació R (97) 20 del Consell d'Europa, sobre el discurs de l'odi, [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/other_committees/dh-lgbt_docs/CM_Rec\(97\)20_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/other_committees/dh-lgbt_docs/CM_Rec(97)20_en.pdf).

lerància». Aquesta recomanació insta els estats a «actuar contra totes les formes d'expressió que propaguen, inciten o promouen l'odi racial, la xenofòbia, l'antisemitisme o altres formes d'odi basades en la intolerància».

Però no són únicament els tractats internacionals ratificats per Espanya i les recomanacions dels organismes internacionals de drets humans abans al·ludits els que manifesten que la difusió de la doctrina de l'odi no està emparada pels drets constitucionals invocats pel recurrent, sinó que aquesta prohibició està avalada, a més, també per la **jurisprudència que han marcat el Tribunal Europeu de Drets Humans i el nostre Tribunal Constitucional, i també alguna sentència del Tribunal Suprem**. En aquest sentit, cal assenyalar:

a) **El Tribunal Constitucional ja va establir amb la sentència 214/1991 (cas Violeta) o la sentència 176/1995 (cas Makoki),²⁴ que:**

«[...] Ni la llibertat ideològica (art. 16 CE) ni la llibertat d'expressió (art. 20.1 CE) inclouen el dret a fer manifestacions, expressions o campanyes de caràcter racista o xenòfob, atès que, tal com disposa l'art. 20.4, no hi ha drets il·limitats i això és contrari no només al dret a l'honor de la persona o persones afectades directament, sinó a altres béns constitucionals com ara el de la dignitat humana (art. 10 CE), que han de respectar tant els poders públics com els ciutadans mateixos, d'acord amb el que disposen els art. 9 i 10 CE. La dignitat com a rang o categoria de la persona com a tal, del qual deriva i en el qual es projecta el dret a l'honor (art. 18.1 CE), no admet cap discriminació per raó de naixement, raça o sexe, opinions o creences.

L'odi i el menyspreu a tot un poble o una ètnia (a qualsevol poble o qualsevol ètnia) són incompatibles amb el respecte a la dignitat humana, que només es compleix si s'atribueix per igual a tota persona, a tota ètnia, a tots els pobles. Per la mateixa raó, el dret a l'honor dels membres d'un poble o ètnia, en tant que protegeix i expressa el sentiment de la pròpia dignitat, resulta, sens dubte, lesionat quan s'ofèn i menysprea genèricament a tot un poble o raça, siguin els que siguin. Per això, les expressions i asseveracions proferides pel demandat també desconeixen la vigència efectiva dels valors superiors de l'ordenament, en concret la del valor d'igualtat consagrat en l'art. 1.1 CE, en relació amb l'art. 14 CE, de manera que no poden considerar-se com a constitucionalment legítimes.

24. En el mateix sentit s'expressa la STC 235/2007, cas llibreria Europa.

En aquest sentit, i tot i que, tal com s'ha reiterat, el requisit constitucional de la veracitat objectiva no actua com a límit en l'àmbit de les llibertats ideològica i d'expressió, aquests drets no garanteixen, en cap cas, el dret a expressar i difondre una manera determinada d'entendre la història o una concepció del món amb l'ànim deliberat de menysprear i discriminar, en el moment de formular-lo, persones o grups per raó de qualsevol condició o circumstància personal, ètnica o social, ja que seria tant com admetre que, pel sol fet que es faci al fil d'un discurs més o menys històric, la Constitució permet la violació d'un dels valors superiors de l'ordenament jurídic, com és la igualtat (art. 1.1 CE), i un dels fonaments de l'ordre polític i de la pau social: la dignitat de la persona (art. 10.1 CE).

Així doncs, de la conjunció de tots dos valors constitucionals, dignitat i igualtat de totes les persones, es fa obligat afirmar que ni l'exercici de la llibertat ideològica ni el de la d'expressió poden emparar manifestacions o expressions destinades a menysprear o generar sentiments d'hostilitat contra determinats grups ètnics, d'estrangers o immigrants, religiosos o socials, ja que en un Estat com l'espanyol, social, democràtic i de dret, els integrants d'aquelles col·lectivitats tenen el dret a conviure pacíficament i a ser plenament respectats pels altres membres de la comunitat social.»

b) El **Tribunal Suprem**, tot i que no té encara una doctrina consolidada en aquest sentit,²⁵ ha manifestat en **sentència de 10 de maig de 2011** (cas Blood & Honour), aollint-se a la doctrina ja marcada pel Tribunal Constitucional per STS 214/1991 (cas Violeta), que: «No es tracta d'establir una democràcia militant, que imposi no ja el respecte sinó l'adhesió positiva a l'ordenament jurídic, i en primer lloc a la Constitució, STC 48/2003, de 12 de març, però sí d'excloure de la garantia que suposa l'article 20.1 de la CE un pretès dret a expressar i difondre una manera determinada d'entendre la història determinat o concebre el món amb l'ànim deliberat de menysprear i discriminar, en el moment de formular-lo, persones o grups per raó de qualsevol condició o circumstància personal, ètnica o social, que violen un dels valors superiors de l'ordenament jurídic, com és la igualtat, i un dels fonaments de l'ordre polític i de la pau social, la dignitat de la persona, STC 214/1991, d'11 de novembre».

25. La STS de 12 d'abril de 2011 (cas llibreria Kalki de Barcelona) sosté una tesi diferent, en què concedeix un marge molt ampli a la llibertat d'expressió, ideològica i de consciència. En aquesta sentència hi ha un interessant i fonamentat vot particular del magistrat Martínez Arrieta.

En el mateix sentit que l'anterior s'expressa la **Sentència de 28 de desembre de 2011 (assumpte Hammerskin)**.

Cal recordar que aquestes dues sentències són posteriors a la sentència 259/2011, de 12 d'abril, del cas de la llibreria Kalki de Barcelona i en la qual la Sala 2a del Tribunal Suprem sosté una tesi diferent, per la qual concedeix un marge molt ampli a la llibertat d'expressió, ideològica i de consciència, però amb un vot particular interessant i fonamentat del magistrat Martínez Arrieta en què recull tota la doctrina que indica aquest escrit del Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeu de Drets Humans, les normes fixades en els tractats internacionals descrites més amunt i les recomanacions dels organismes internacionals també esmentats anteriorment.

c) El Tribunal Europeu de Drets Humans en reiterades sentències (casos Garaudy contra França, de 24 de juny de 2003; contra Turquia, de 4 de desembre de 2003; Norwood contra el Regne Unit, de 16 de novembre de 2004; Alinak contra Turquia, de 29 de març de 2005; i altres contra França, de 10 de juliol de 2008; Féret contra Bèlgica, de 16 de juliol de 2009) ha examinat supòsits de discursos de l'odi, contra els quals poden imposar-se limitacions proporcionades, a *«totes les formes d'expressió que propaguin, incitin, promoguin o justifiquin l'odi basat en la intolerància»*. **D'aquesta doctrina resulta que en la jurisprudència del Tribunal els discursos de l'odi no estiguin emparats per les garanties de la llibertat d'expressió.**

En la seva important **sentència de 16 de juliol de 2009, el TEDH, cas Féret contra Bèlgica**, fixa els principis següents:

El Tribunal Europeu de Drets Humans ha indicat que: *«[...] la llibertat d'expressió constitueix un dels fonaments essencials d'una societat democràtica, una de les condicions primordials del seu progrés i del desenvolupament de cada persona. Amb l'excepció de l'apartat 2 de l'article 10, no val només per a les "informacions" o "idees" acollides favorablement o considerades inofensives o indiferents, sinó també per a aquelles que xoquen, ofenen o inquieten.*

L'article 10.2 del Conveni de Drets Humans no deixa lloc a restriccions a la llibertat d'expressió en l'àmbit del discurs polític o de qüestions d'interès general. El Tribunal puntualitza que és fonamental, en una societat democràtica, defensar el lliure joc del debat polític. Concedeix la importància més gran a la llibertat d'expressió en el context del [...] debat polític i considera que no es pot restringir el discurs polític sense l'existència de raons imperioses. Permetre àmplies restriccions en tal o

qual cas afectaria, sens dubte, al respecte de la llibertat d'expressió en general a l'Estat en qüestió [...]»

El TEDH afegeix: **«No obstant això, la llibertat de discussió política no revesteix, per descomptat, un caràcter absolut. Un Estat contractant pot sotmetre-la a determinades “restriccions” o “sancions”, però li correspon al Tribunal decidir en últim lloc sobre la seva compatibilitat amb la llibertat d'expressió tal com la consagra l'article 10 [...]. La tolerància i el respecte de la igual dignitat de tots els éssers humans constitueixen el fonament d'una societat democràtica i pluralista. D'això resulta que, en principi, pot considerar-se necessari, en les societats democràtiques, sancionar i fins i tot prevenir totes les formes d'expressió que propaguin, incitin, promoguin o justifiquin l'odi basat en la intolerància (incloent-hi la intolerància religiosa), si es vetlla perquè les “formalitats”, “condicions”, “restriccions” o “sancions” imposades siguin proporcionals al fi legítim perseguit».**

«[...] que és d'una importància crucial que els polítics, en els seus discursos públics, evitin difondre paraules susceptibles de fomentar la intolerància (sentència Erbakan contra Turquia [PROV 2006, 204512], núm. 59405/2000, 6 de juliol de 2006, ap. 64). Estima que els polítics haurien de ser particularment escrupolosos, en termes de defensa de la democràcia i dels seus principis, atès que el seu objectiu últim és la mateixa presa del poder», i afegeix que «la incitació a l'exclusió dels estrangers constitueix una lesió fonamental dels drets de les persones i hauria de justificar, en conseqüència, la precaució especial de tothom, incloent-hi els polítics».

«El Tribunal no nega que els partits polítics tenen dret a defensar públicament les seves opinions, fins i tot si n'hi ha que ofenen, xoquen o inquieten a una part de la població. Poden, doncs, recomanar solucions per als problemes relatius a la immigració. No obstant això, han d'evitar fer-ho promovent la discriminació racial i recorrent a expressions o actituds vexatòries o humiliants, ja que tal comportament pot suscitar en el públic reaccions incompatibles amb un clima social serè i podria minar la confiança en les institucions democràtiques.»

Afirma que «la llibertat de discussió política no revesteix, per descomptat, un caràcter absolut i que un Estat contractant pot sotmetre-la a determinades “restriccions” o “sancions” [...]. La tolerància i el respecte de la igual dignitat de tots els éssers humans constitueixen el fona-

ment d'una societat democràtica i pluralista. D'això resulta que, en principi, es pot considerar necessari, en les societats democràtiques, sancionar i fins i tot prevenir totes les formes d'expressió que propaguin, incitin, promoguin o justifiquin l'odi basat en la intolerància (incloent-hi la intolerància religiosa) [...]».

El Tribunal considera que la «[...] incitació a l'exclusió dels estrangers constitueix una lesió fonamental dels drets de les persones i hauria de justificar, en conseqüència, la precaució especial de tothom, incloent-hi els polítics».

Altres sentències del Tribunal Europeu de Drets Humans en el mateix sentit són la de 10 de juliol de 2008, cas Soulas contra França, o la de 7 de maig de 2010, cas Jean Marie Le Pen contra França).

El Tribunal Europeu de Drets Humans assenyala que perquè hi hagi discurs d'odi no cal que s'inciti a la violència; **n'hi ha prou que s'inciti a l'odi quan s'injuria, ridiculitza o difama certes parts de la població i els seus grups específics o la incitació a la discriminació** (Sentències Féret contra Bèlgica de 16 de juliol de 2009 i cas Vejdeland and Others v. Sweden de 9 de febrer de 2012 application no. 1813-1807):

*«...El Tribunal estima que **la incitació a l'odi no requereix necessàriament la crida a tal o qual acte de violència ni a un altre acte delictiu. Els atacs que es cometen contra les persones quan s'injuria, ridiculitza o difama certes parts de la població i els seus grups específics o la incitació a la discriminació... són suficients perquè les autoritats privilegiïn la lluita contra el discurs racista davant d'una llibertat d'expressió irresponsable i que atempta contra la dignitat, fins i tot la seguretat, de tals parts o grups de la població. Els discursos polítics que inciten a l'odi basat en prejudicis religiosos, ètnics o culturals representen un perill per a la pau social i l'estabilitat política als Estats democràtics...».***

2.12.2. Ponderació de béns jurídics: respecte a la dignitat de les persones, principi d'igualtat i dret a l'honor (art. 9, 10 i 14 CE), enfront de pluralisme polític, llibertat d'expressió, ideològica o de consciència (art. 1, 9, 16 i 20 CE)

Correspon al jutgador fer una ponderació adequada dels béns jurídics protegits constitucionalment per tal de decantar-se per quin d'aquests béns ha de prevaler.

Tal com recorda el Tribunal Europeu de Drets Humans en la sentència de Féret contra Bèlgica, de 16 de juliol de 2009, la llibertat d'expressió constitueix un dels fonaments essencials d'una societat democràtica, una de les condicions primordials del seu progrés i del desenvolupament de cada persona. Amb l'excepció de l'apartat 2 de l'art. 10, no val només per a les «informacions» o «idees» acollides favorablement o considerades inofensives o indiferents, sinó també per a aquelles que xoquen, ofenen o inquieten (sentència Handyside contra el Regne Unit, de 7 de desembre de 1976 [TEDH 1976, 6], sèrie A núm. 24, ap. 49). Però afegeix que la tolerància i el respecte de la igual dignitat de tots els éssers humans constitueixen el fonament d'una societat democràtica i pluralista. D'això resulta que, en principi, es pot considerar necessari, en les societats democràtiques, sancionar i fins i tot prevenir totes les formes d'expressió que propaguin, incitin, promoguin o justifiquin l'odi basat en la intolerància (incloent-hi la intolerància religiosa), si es vetlla perquè les «formalitats», «condicions», «restriccions» o «sancions» imposades siguin proporcionals al fi legítim que persegueixen (pel que fa al discurs de l'odi i l'apologia de la violència, vegeu *mutatis mutandis*).

El Tribunal Europeu concedeix una importància particular al suport utilitzat i al context en què es van difondre en aquest cas les paraules incriminades, els discursos o les octavetes (STEDH de 23 de setembre de 1994, Jersild contra Dinamarca; o de 16 juliol de 2009, Féret contra Bèlgica), i assenyala que, en **els discursos d'odi amb un contingut menys explícit, les garanties pròpies de la llibertat d'expressió poden ser limitades d'acord amb els criteris següents: el contingut, la forma, el tipus d'autor, la intenció, l'impacte** sobre el context i la proporcionalitat de la sanció.

Per la seva banda, el Tribunal Suprem, en sentències de 25 d'abril de 2011 i de 19 de febrer de 2015, diu que la tasca judicial quan està en joc la llibertat d'expressió, ha de ser una activitat individualitzada que, amb anàlisi una rigorosa, cas per cas, ha d'examinar tant les frases o expressions concretes utilitzades com l'ocasió i l'escenari en què van ser pronunciades, i, en definitiva, totes les circumstàncies concurrents, per determinar si està dins o fora de l'àmbit del tipus penal, sense oblidar que el principi *favor libertatis* ha de ser aplicat, necessàriament, en els casos de dubte, davant la naturalesa constitucional dels drets de llibertat d'expressió i ideològica que podrien quedar afectats

pel tipus penal, drets que constitueixen una de les senyes d'identitat més remarcades de la societat democràtica.

Amb la publicació de la reforma del Codi penal operada per LO 1/2015, de 30 de març, en el nou art. 510 s'amplia de manera ostensible l'àmbit de conductes que poden ser perseguides penalment (vegeu apartat corresponent d'aquest manual).

2.13. Racisme

El racisme és una creença i una actitud discriminatòries que consisteix a considerar la superioritat natural d'un grup sobre un altre, tant en l'aspecte individual com en l'institucional. Això comporta que s'hi involucrin pràctiques discriminatòries per protegir i mantenir la posició de certs grups i que fan perseverar la posició inferior de minories racials, ètniques o nacionals.

En l'actualitat, el concepte de *racisme*, vinculat al terme raça, ha evolucionat patint una mutació clara i eufemística, atès que no fa referència únicament a races, sinó també a ètnies i cultures, cosa que dóna lloc a l'anomenat *nou racisme* o *racisme subtil*, contra el qual és més difícil lluitar i que es caracteritza per:

- La defensa dels valors que comporten la forma necessària per tenir èxit en la societat.
- L'exageració de diferències culturals: la situació de desavantatge en què es troba el grup discriminat no és deguda a la seva inferioritat, sinó a les diferències culturals.
- No se'n mostren els sentiments positius cap als membres dels exogrups.

Landa Gorostiza²⁶ fa aquesta definició de xenofòbia en un sentit ampli: «[...] un concepte més ampli que va més enllà encara engloba el mer racisme en sentit estricte, i que fa referència a actuacions o ideologies que contribueixen a assentar valoracions negatives de jerarquització de grups en funció de caràcters no només físics externs (color de la pell) sinó també a pràctiques adscriptives acord amb factors identi-

26. LANDA GOROSTIZA, J.M., «Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del artículo 510 y propuesta *de lege lata* (A la vez un comentario a la STS 259/2011 –Librería Kalki– y a la STC 235/2007)», *RDPC*, 3a època, núm. 7, gener de 2012, p. 297-346.

taris de grup segons referències ètniques (color de la pell, llengua, cultura, història, religió, origen nacional [...]).

L'Informe Raxen, Acción jurídica contra el racismo y los crímenes de odio, de 2011,²⁷ i en el mateix sentit que Landa Gorostiza, defineix així la xenofòbia: «[...] l'hostilitat enfront de les persones que procedeixen d'altres llocs o països, de la seva cultura, valors o tradicions. És un prejudici etnocentrista amb antagonisme, rebuig, incomprensió, recel i fòbia contra grups ètnics als quals no es pertany».

En l'àmbit de **Nacions Unides**, la Convenció Internacional sobre l'Eliminació de Totes les Formes de Discriminació Racial²⁸ fa una definició de racisme en el seu art. 1:

«1. En aquesta Convenció l'expressió “discriminació racial” denota tota distinció, exclusió, restricció o preferència basada en motius de raça, color, llinatge o origen nacional o ètnic que tingui per objecte o per resultat anul·lar o menyscar el reconeixement, gaudi o exercici, en condicions d'igualtat, dels drets humans i llibertats fonamentals en les esferes política, econòmica, social, cultural o en qualsevol altra esfera de la vida pública [...].»

La Declaració de la UNESCO sobre Raça i Prejudicis Rracials, de data 27 de novembre de 1978,²⁹ defineix racisme com segueix:

«1. Tota teoria que invoqui una superioritat o inferioritat intrínseca de grups racials o ètnics que doni als uns el dret a dominar o eliminar els altres, presumptes inferiors, o que faci judicis de valor que es basin en una diferència racial, no té cap fonament científic i és contrària als principis morals i ètics de la humanitat.

2. *El racisme engloba les ideologies racistes, les actituds fonamentades en els prejudicis racials, els comportaments discriminatòris, les disposicions estructurals i les pràctiques institucionals que provoquen desigualtat racial, i també la idea fal·laç que les relacions discriminatòries entre grups són moralment i científicament justificables; es manifesta mitjançant disposicions legislatives o reglamentà-*

27. MOVIMIENTO CONTRA LA INTOLERANCIA, *Informe Raxen, Acción jurídica contra el racismo y los crímenes de odio*, 2011, p. 134.

28. Aprovada per Resolució 216 A, de data 21 de desembre de 1965, ratificada per Espanya per Instrument de data 23 d'abril de 1969.

29. Declaració de la UNESCO sobre la Raça i els Prejudicis Rracials, de data 27 de novembre de 1978, aprovada en la Conferència General de la UNESCO reunida a París en la seva 20a reunió.

ries i pràctiques discriminatòries, i també mitjançant creences i actes antisocials, obstaculitza el desenvolupament de les víctimes, perverteix als qui el posen en pràctica, divideix les nacions al seu propi si, constitueix un obstacle per a la cooperació internacional i crea tensions polítiques entre els pobles; és contrari als principis fonamentals del dret internacional i, per tant, pertorba greument la pau i la seguretat internacionals.

3. El prejudici racial, històricament vinculat a les desigualtats de poder, que tendeix a aguditzar-se a causa de les diferències econòmiques i socials entre els individus i grups humans i a justificar, encara avui, aquestes desigualtats, està totalment desproveït de fonament.»

El **Consell d'Europa** per mitjà de la Recomanació núm. 7 de política general de l'ECRI, aprovada en data 13 de desembre de 2002,³⁰ defineix el terme racisme:

«Racisme s'entendrà com la creença que, per motius de la "raça", el sexe, el color, l'idioma, la religió, la nacionalitat o l'origen nacional o ètnic, es justifica el menyspreu d'una persona o grup de persones» i «la discriminació racial directa s'entendrà com tot tracte diferenciat per motius de raça, color, idioma, religió, nacionalitat o origen nacional o ètnic, que no tingui justificació objectiva i raonable».

El racisme sol estar relacionat estretament, i sol ser confós, amb la xenofòbia, és a dir, l'«odi, repugnància o hostilitat envers els estrangers». No obstant això, hi ha diferències entre tots dos conceptes, atès que el racisme és una ideologia de superioritat, mentre que la xenofòbia és un sentiment de rebuig; d'altra banda, la xenofòbia, a diferència del racisme, únicament va dirigida contra els estrangers.

Pel que fa a la definició d'**incident racista**, la **Recomanació núm. 11 de política general de l'ECRI, sobre la lluita contra el racisme i la discriminació en l'àmbit policial, de data 29 de juny de 2007**, en fa la següent: *«Un incident racista és qualsevol incident que és percebut com a racista per la víctima o per qualsevol altra persona».*

30. http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/library/publications.asp#P1745_18121.

El sol fet que la víctima percebi o senti que el motiu del delictes patit pugui ser racista o xenòfob ha d'obligar les autoritats a fer una investigació eficaç i completa per confirmar o descartar la naturalesa racista o xenòfoba del delictes. La percepció subjectiva de la víctima no vol dir que finalment el fet s'hagi de qualificar de racista o xenòfob, però obliga la policia, els fiscals i els jutges d'instrucció a investigar-lo de manera eficaç. En aquest sentit s'ha pronunciat el Tribunal Europeu de Drets Humans en les sentències dictades en dates 4 de març de 2008, 31 de març de 2010, 4 de març de 2001 i 24 de juliol de 2012.

Es considera que aquesta és una definició totalment encertada segons les pautes marcades pel Consell d'Europa i que són segueixen en l'actualitat pels països més avançats en la lluita contra el racisme i la xenofòbia.

Per la seva banda, la **Unió Europea**, davant la proliferació d'accions que constitueixen delictes consistents en formes i manifestacions de racisme i xenofòbia, va dictar la **Decisió marc 2008/913/JAI del Consell, de 28 de novembre de 2008**, relativa a la lluita contra determinades formes i manifestacions de racisme i xenofòbia mitjançant el dret penal,³¹ segons la qual el concepte d'odi es refereix a: «*l'odi basat en la raça, el color, la religió, l'ascendència o l'origen nacional o ètnic*».

Aquesta Decisió marc, centrada exclusivament en l'àmbit del dret penal, assenyala que: «*el racisme i la xenofòbia constitueixen una amenaça contra els grups de persones que són objecte d'aquest comportament*» i que «*cal definir un enfocament penal del racisme i la xenofòbia [...] amb sancions efectives, proporcionades i dissuasives contra les persones físiques i jurídiques que cometin aquests delictes o que en siguin responsables*», i exigeix a cada Estat membre que adopti les mesures necessàries per garantir que siguin castigades.

31. Decisió marc 2008/913/Jai, de 28 de novembre de 2008, relativa a la lluita contra determinades formes i manifestacions de racisme i xenofòbia mitjançant el dret penal. http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/combating_discrimination/l33178_es.htm.

2.14. Xenofòbia

Terme que prové del grec *xenos* ('estranger', 'estraný') i *phobos* ('temor', 'fòbia'). Significa por, aversió, odi, hostilitat o rebuig cap a les persones que són d'origen estranger o que són percebudes com a estrangeres.

Esteban Ibarra³² indica que *«aquest qualificatiu s'utilitza generalment per descriure l'hostilitat enfront de les persones que procedeixen d'altres llocs o països, de la seva cultura, valors o tradicions. És un prejudici etnocentrista amb antagonisme, rebuig, incomprensió, recel o fòbia contra grups ètnics als quals no es pertany»*.

Les opinions, els sentiments, els prejudicis i els comportaments xenòfobs solen estar basats en pors infundades, en imatges i idees socialment construïdes, que no es corresponen amb fets objectius³³ (vegeu apartat 2.1, prejudicis i estereotips).

El Consell d'Europa, mitjançant la Recomanació núm. 7 de política general de l'ECRI, aprovada en data 13 de desembre de 2002, defineix el terme xenofòbia:

«[...] la xenofòbia es refereix a una actitud de rebuig i exclusió de tota identitat cultural aliena a la pròpia. Aquesta actitud es dona fonamentalment quan es rebutja una persona que ha arribat procedent d'un altre país amb una cultura, tradicions i valors diferents i això comporta per part del col·lectiu ètnic dominant comportaments, accions i actituds basades en l'antagonisme, rebuig, recel, incomprensió i fòbia».

2.15. Ètnia

L'ètnia es refereix a la pertinença d'un individu a un grup o a una comunitat que comparteix una llengua, una identitat simbòlica, una ideologia, una cultura i, en alguns casos, certs trets físics visibles que els diferencien dels altres grups o comunitats. De vegades és racionalitzat com a nacionalitat, encara que entre ambdós conceptes no hi hagi una relació biunívoca.

A partir del que s'ha exposat, la discriminació ètnica constitueix el tracte diferent de persones fonamentat en l'origen ètnic, que en

32. MOVIMIENTO CONTRA LA INTOLERANCIA, *Informe Raxen. Acción Jurídica contra el Racismo y los Crímenes de Odio*, 2011, p. 134. Esteban Ibarra és el president de Moviment contra la Intolerància.

33. ACCEM, *Aproximación a los conceptos clave*, Madrid, Accem, 2013.

molts casos es manifesta amb un comportament amenaçador, hostil, degradant o humiliant.

La discriminació ètnica suposa la desvaloració de la cultura, la qual cosa comporta un conjunt d'hàbits, costums, indumentària, formes de vida, sentit de pertinença i idioma d'un grup social determinat, i fins i tot la difusió d'idees i l'execució d'actes d'anul·lació o menyscabament en el reconeixement o exercici dels drets.

Així doncs, els atacs a la dignitat personal i l'honor dels membres d'una ètnia, motivats simplement i exclusivament pel fet de pertànyer-hi, comporten sens dubte un missatge d'incitació i provocació a l'odi i la discriminació dels membres d'aquest col·lectiu.

Etnicitat i raça estan relacionades; en aquest sentit s'ha pronunciat el **Tribunal de Drets Humans en la sentència de data 13 de desembre de 2005** (STEDH, secció 2a, cas Timishev contra Rússia): *«l'etnicitat i la raça estan relacionades i són conceptes que se solapen. Mentre la noció de raça està basada en la idea de classificació biològica dels éssers humans en subespècies segons característiques morfològiques com ara el color de la pell o les característiques facials, l'etnicitat té l'origen en la idea de grups socials marcats per una nacionalitat comuna, afiliació tribal, creences religioses, llenguatge compartit o orígens i antecedents culturals i tradicionals».*

En algunes ocasions, les persones pateixen discriminació per més d'un tret o motiu alhora, és el que es coneix com a **discriminació múltiple**. Aquest és el cas, per exemple, de les dones que pertanyen a una minoria ètnica, que poden ser objecte d'una *doble discriminació*, pel gènere i per l'ètnia, cosa que dóna lloc a una forma de discriminació resultant de la combinació de dos factors o característiques.

Aquest motiu de discriminació ha augmentat els darrers temps a través de certs mitjans de comunicació i de les xarxes socials amb actes com ara:

- Divulgar imatges negatives o estereotipades de determinats col·lectius que associen minories a la delinqüència i la criminalitat, de manera que es contribueix a reproduir els prejudicis, estereotips i actituds discriminatòries que afecten aquestes persones.
- La difusió massiva de correus electrònics en cadena amb continguts ofensius, difamatoris, degradants respecte a determinades ètnies i grups de població.
- Els discursos i declaracions públiques per part de polítics, especialment en períodes electorals, en els quals manifesten directament el rebuig o els prejudicis cap a

determinats col·lectius, identificats únicament pel seu origen ètnic.

Amb els delictes d'odi s'intenta destruir la pluralitat i la diversitat i convertir la llibertat en por i la convivència en fractura social atacant de manera directa la llibertat i dignitat de les persones que integren les ètnies minoritàries.

La **Declaració de Nacions Unides sobre les Minories, de data 18 de desembre de 1992**, que s'inspira en les disposicions de l'art. 27 del Pacte Internacional dels Drets Civils i Polítics relatives als drets de les persones pertanyents a minories ètniques, religioses o lingüístiques, inclou les minories ètniques que han de ser protegides, havent-se d'evitar comportaments i accions discriminatòries contra una persona pel fet de pertànyer a un grup ètnic o ètnia que donin lloc a privacions de drets humans totalment arbitràries: *«considerant que la promoció i protecció dels drets de les persones pertanyents a minories nacionals o ètniques o religioses i lingüístiques contribueixen a l'estabilitat política i social dels estats on viuen»*.³⁴

La **sentència del Tribunal Constitucional 214/1991, d'11 de novembre**, assenyala que *«l'odi a tot un poble o una ètnia (a qualsevol poble o qualsevol ètnia) són incompatibles amb el respecte a la dignitat humana, que només es compleix si es atribueix per igual a tot home, a tota ètnia, a tots els pobles. Pel mateix, el dret a l'honor dels membres d'un poble o ètnia, en tant que protegeix i expressa el sentiment de la pròpia dignitat, resulta, sens dubte, lesionat quan s'ofèn i menysprea genèricament tot un poble o raça, siguin els que siguin»*.

Dos pobles que sovint pateixen actes de discriminació per ètnia:

- El poble jueu –antisemitisme– (vegeu apartat 2.18 d'aquest manual).
- El poble gitano –antigitanisme– (vegeu apartat 2.29 d'aquest manual).

34. Declaració de Nacions Unides sobre les Minories, de 18 de desembre de 1992, aprovada per l'Assemblea General en la Resolució 47/135, de 18 de desembre de 1992.

2.16. Ideologia

La ideologia, tal com indiquen alguns autors,³⁵ es refereix exclusivament a l'àmbit polític, a diferència de la religió o les creences reservades a dogmes o doctrines referents a la divinitat o a un sistema ètic.

La referència a la ideologia, segons J.A. Díaz,³⁶ està vinculada amb l'«*odi ideològic*» cap als qui no comparteixen aquesta visió, inspirador al llarg de la història d'una infinitat de conductes violentes i el fonament del qual es troba en el principi d'igualtat, atès que en un Estat liberal democràtic un ciutadà pot tenir la ideologia política que lliurement ell mateix decideixi que està més d'acord amb les seves creences polítiques, encara que pugui resultar repugnant per a la majoria.

Seguint aquest professor, l'agreujant de discriminació per ideologia previst en l'art. 22.4 CP és aplicable a subjectes d'extrema dreta,³⁷ que cometen el delictes d'odi polític a persones de tendència contrària, com a persones d'extrema esquerra, independentistes, demòcrates i partidaris de qualsevol altra ideologia de la qual derivi una organització de l'Estat diferent del totalitarisme que ells propugnen.

En sentit contrari, res no obsta perquè aquest agreujant pugui ser aplicat a subjectes que per odi ideològic cometen el delictes contra subjectes d'extrema dreta o neonazis.³⁸

En definitiva, aquest motiu discriminatori previst en l'art. 22.4 del Codi Penal inclou tots les supòsits en què l'autor, partidari d'una determinada forma d'organització política de l'Estat espanyol, comet un delictes perquè la seva víctima manté una convicció diferent al respecte.

35. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., «Agravantes», dins *Tratados y Manuales*, Civitas-Aranzadi, 2011.

36. DÍAZ LÓPEZ, J.A., *El odio discriminatorio como agravante penal*, Civitas - Thomson Reuters, 2013.

37. STS 713/2002, de 24 d'abril; 360/2010, de 22 d'abril; 815/2011, d'11 de juliol.

38. El TEDH va establir en l'assumpte de Handyside contra el Regne Unit que el dret a la llibertat d'expressió no ha de protegir únicament la «*informació*» o les «*idees*» que es reben favorablement o es consideren inofensives o indiferents, sinó també les que ofenen, commocionen o pertorben l'Estat o qualsevol sector de la població.

Aprecien agreujant per discriminació ideològica en aquest sentit a tall d'exemple la SAP la Corunya, secció 1a, de 29 de novembre de 2010, rec. 30/2010, i la SAP Barcelona, secció 10a, de 30 d'octubre de 2014, confirmada pel Tribunal Suprem en data 19 de maig de 2015.

Es va jutjar una agressió greu comesa contra un assistents a un concert de música RAC (*Rock Against Comunism*), organitzat per un grup d'extrema dreta. Van ser condemnades dues persones d'idees antagòniques per delictes de lesions dels art. 147 i 148.1 CP, amb l'agreujant de discriminació per motius ideològics de l'art. 22.4 CP.

2.17. Religió o creences

La discriminació per religió o creences constitueix el tracte diferent de persones, i és fonamenta únicament en la religió de la qual són fidels i creients o en les creences religioses que segueixen; s'hi arriben a cometre greus il·lícits penals.

Des que Nacions Unides va ser fundada ha mostrat el seu interès en aquest motiu de discriminació per tal d'intentar combatre'l, per això la prohibició de discriminació per motius religiosos ha quedat consagrada en tots els instruments internacionals bàsics de drets humans.

En aquest sentit, es prohibeix la discriminació contra persones o grups per motius de religió o creences (obligació de respecte) i, de la mateixa manera, es consagra l'obligació de prevenir aquesta discriminació no únicament per part dels Estats membres, sinó també per part de les entitats no estatals (obligació de protecció), i l'adopció de mesures per garantir, teòricament i a la pràctica, que tota persona gaudeixi dels drets humans sense discriminació per raó de la seva religió o creença (obligació de compliment), i que es castiguin les expressions, discursos o accions que atemptin contra aquest dret fonamental, d'acord amb el que disposa la normativa penal vigent de cada Estat membre.

La discriminació per motius de religió o creences ha anat augmentant últimament, sobretot arran de l'anomenada islamofòbia (vegeu apartat 2.19 d'aquest manual).

La Declaració Universal dels Drets Humans de 10 de desembre de 1948, aprovada per l'Assemblea General de Nacions Unides,³⁹ demanava a tots els països membres que publiquessin el text de la Declaració i disposessin que fos «*distribuït, exposat, llegit i comentat a les escoles i altres establiments d'ensenyament, sense distinció fundada en la condició política dels països o territoris*».

L'art. 18 consagra:

«Tota persona té dret a la llibertat de pensament, de consciència i de religió; aquest dret comporta la llibertat de canviar de religió o de convicció i la de manifestar-les individualment o en comú, en públic i en privat, mitjançant l'ensenyament, la predicació, el culte i l'acompliment de ritus.»

39. Declaració Universal dels Drets Humans, de 10 de desembre de 1948, aprovada per l'Assemblea General.

La Declaració sobre eliminació de totes les formes d'intolerància i discriminació fundades en la religió o les conviccions, proclamada per l'Assemblea General de Nacions Unides, ONU Doc. A/36/684 (1981),⁴⁰ en l'art. 1, incís 3, indica:

«La llibertat de manifestar la pròpia religió o les pròpies conviccions està subjecta únicament a les limitacions que prescriu la llei i que siguin necessàries per protegir la seguretat, l'ordre, la salut o la moral públiques o els drets i llibertats fonamentals dels altres.»

La Recomanació de l'Assemblea Parlamentària del Consell d'Europa 1804/2007, de 29 de juny, relativa a la blasfèmia, insults religiosos i el discurs de l'odi contra les persones per raó de la seva religió, relacionada amb la Recomanació 1720/2005, de 4 d'octubre,⁴¹ fa referència al fet que la tolerància ha d'abraçar tant les religions en sentit estricte com les sensibilitats religioses (*religious Sensitivities*) de cada persona.

2.18. Antisemitisme

La noció d'*antisemitisme* recull les actituds, conductes i manifestacions hostils envers el col·lectiu jueu. Aquest prejudici alimenta una forma d'intolerància que no ha portat únicament a la discriminació contra aquestes persones, sinó també a la persecució i extermini d'aquest col·lectiu. L'antisemitisme, tant en el seu vessant religiós com en el laic, és un fenomen de naturalesa *sui generis* que inclou una combinació excepcional de motius ètnics, religiosos, culturals, econòmics i polítics, i que adopta formes diverses.⁴²

El Consell d'Europa, mitjançant la Recomanació núm. 9 de política general de l'ECRI, sobre la lluita contra l'antisemitisme, estableix tota una llista dels actes d'antisemitisme més comuns.⁴³

40. Declaració sobre l'eliminació de totes les formes d'intolerància i discriminació fundades en la religió o les conviccions, proclamada per l'Assemblea General de Nacions Unides, ONU, Doc. A/36/684 (1981).

41. La Recomanació 1804/2007 de l'Assemblea Parlamentària del Consell d'Europa, de 29 de juny, relativa a la blasfèmia, insults religiosos i el discurs d'odi contra les persones per raó de la seva religió.

42. *Informe Raxen especial 2012*. <http://www.movimientocontralaintolerancia.com/html/raxen/raxen.asp>.

43. Recomanació núm. 9 de política general sobre la lluita contra l'antisemitisme. http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/GPR/EN/Recommendation_

2.19. Islamofòbia

Aquest concepte pot entendre's com a por, prejudicis, hostilitat o rebuig envers l'Islam o envers les comunitats musulmanes.⁴⁴

Segons Moviment contra la Intolerància,⁴⁵ *«és una de les pitjors xacres del nostre temps, una expressió d'intolerància extrema cap als musulmans. Nou concepte que denuncia Nacions Unides sobre el prejudici que identifica l'Islam amb amenaces greus conegudes, i posa les bases per a un fanatisme que justifica l'agressió als musulmans pel sol fet de ser-ho. Els seus crítics addueixen que el concepte és usat de forma impròpia per desprestigiar o silenciar la legítima crítica a l'Islam, sobretot amb relació a les llibertats civils i els drets humans. No obstant això, des de Nacions Unides s'ha utilitzat aquest terme. La perillosa i coneguda "hipòtesi" del xoc de civilitzacions està profundament alimentada d'islamofòbia. El secretari general de l'ONU, Kofi Annan, va alertar reiteradament sobre el perill que suposa la islamofòbia per a la democràcia i la convivència mundial».*

Alguns organismes internacionals i intergovernamentals, com ara l'Organització per a la Seguretat i Cooperació a Europa (OSCE), quan es refereixen a aquest fenomen prefereixen utilitzar el terme *«intolerància i discriminació cap als musulmans»*. En un treball recent elaborat conjuntament pel Consell d'Europa, l'Oficina d'Institucions Democràtiques i Drets Humans de l'OSCE i la UNESCO, es proposa aquesta definició:⁴⁶

«La intolerància i la discriminació contra els musulmans abasten actituds i comportaments discriminatoris cap a individus, grups o béns considerats musulmans o associats a persones musulmanes o a l'Islam. Poden manifestar-se en diferents variants i en tots els àmbits, des del sistèmic fins l'individual. Poden consistir en comentaris despectius o expressions d'odi en manifestacions públiques, o en discriminació directa o indirecta i comportaments hostils, per exemple en forma d'atacs físics o agressions verbals. Les manifestacions d'intolerància i discriminació contra els musulmans han de ser contemplades en el context del grup social

N9/Recommendation_9_en.asp#TopOfPage.

44. ACCEM, *Aproximación a los conceptos clave*, Madrid, Accem, 2013.

45. *Informe Raxen especial 2012*. <http://www.movimientocontralaintolerancia.com/html/raxen/raxen.asp>.

46. OSCE-ODIHR; CONSELL D'EUROPA; UNESCO, *Directrices para educadores sobre la manera de combatir la intolerancia y la discriminación contra los musulmanes: Afrontar la islamofobia mediante la educación*, Varsòvia, OSCE-ODIHR, 2012, p. 17.

en què es produeixen. En particular, cal tenir present que la intolerància i la discriminació contra els musulmans estan vinculades íntimament a altres formes de discriminació i poden coexistir amb sentiments de rebuig a la immigració, xenofòbia, racisme, o prejudicis per raó de gènere. Tot això podria multiplicar les formes de discriminació que alguns pateixen.»

2.20. Anticristianisme

No hi ha cap definició legal d'aquest terme. El sentiment anticristià és una oposició a les persones cristianes, a la religió cristiana, o a la pràctica del Cristianisme. Aquesta actitud ha portat a la comissió de diversos delictes i actituds discriminatòries contra els cristians. Ha estat també anomenada *crisofòbia* o *cristianofòbia*, que pot incloure «*totes les formes de discriminació i intolerància contra els cristians*». La cristianofòbia pot reflectir-se en tota mena d'atemptats en contra de cristians, tant en contra de la persona com en contra de les figures relacionades amb la seva fe.

2.21. Nació o origen nacional

Es tracta d'un odi discriminatori per la nacionalitat de la víctima, havent-se d'interpretar el terme nació en el seu sentit polític o normatiu, com a pertanyent a un Estat regit pel mateix govern.

Es pot parlar de nació com una realitat cultural, històrica, lingüística, sociològica i fins i tot religiosa. Però la nació que aquí importa és únicament i exclusivament la nació en sentit juridicoconstitucional, tal com assenyala el Tribunal Constitucional en la sentència 31/2010, de 28 de juny de 2010.⁴⁷

Segons el professor Díaz López, el terme nació utilitzat pel Codi penal es refereix a la pròpia de l'Estat (com ara l'espanyol, el marroquí o el nord-americà), partint del fet que per la via de la ideologia o l'ètnia pot aplicar-se l'art. 22.4 CP a supòsits d'odi a nacionalitats autonòmiques,⁴⁸ termes en què encaixaria la noció cultural de *nació* com a pertanyent a un mateix origen, amb el mateix idioma i una tradició comuna, com en la *nació catalana*.

47. <http://www.boe.es/boe/dias/2010/07/16/pdfs/BOE-A-2010-11409.pdf>.

48. DÍAZ LÓPEZ, J.A., *El odio discriminatorio como agravante penal*, Thomson Reuters, 2013.

2.22. Sexe i gènere

El **sexe** és un concepte lligat a la biologia, al cos dels éssers humans. La nostra espècie habitualment presenta dimorfisme sexual, de manera que les persones naixem mascle o femella, encara que hi ha un tant per cent molt petit de la població –però que no per això deixa de ser-hi– que, cromosòmicament, morfològicament o hormonalment, neix **intersexual**, terme amb el qual designem actualment el que abans s'anomenaven persones hermafrodites.

Sobre la intersexualitat s'ha pronunciat l'abril de 2015 l'Agència de Drets Fonamentals de la Unió Europea (FRA) i ha indicat que aquest terme s'utilitza com un paraigua per denotar un nombre de variacions diferents en les característiques corporals d'una persona que fan que no coincideixi amb les definicions mèdiques estrictes d'home o de dona. Aquestes característiques poden ser cromosòmiques, hormonals i/o anatòmiques i poden estar presents en diferents graus. Aquest document analitza detalladament els problemes de discriminació i vulneració de drets humans que pateixen aquestes persones.

El document⁴⁹ examina la situació de les persones intersexuals des d'una perspectiva dels drets fonamentals. Fins avui, les qüestions d'intersexualitat han estat tractades en gran manera des d'un punt de vista mèdic, tot i que les institucions i la societat civil estan començant a ser més conscients de les implicacions en l'àmbit dels drets fonamentals. Aquest document se centra en tres d'aquests temes: registre del naixement, tractaments quirúrgics sobre nens intersexuals i protecció de la discriminació.

Per la seva banda, el **gènere** és un concepte cultural i té relació amb la identitat de cadascú, amb com ens sentim individualment, i les categories habituals són home i dona. Diem que és un concepte cultural perquè es tracta de dues etiquetes identitàries les característiques de les quals estan determinades en gran part pel context social, històric, ideològic, religiós, etc. en què són concebudes, i que són assignades i ensenyades a les persones des que neixen en funció del seu sexe biològic. Així, si una persona neix biològicament mascle, les institucions de socialització (família, escola, mitjans de comunicació, etc.) s'encarregaran des d'un primer moment de socialitzar-la com a actual nen i futur home, i passarà el mateix per a una persona que neix femella, i que serà educada en l'aprenentatge del que ha de ser una nena i futura dona.

49. *The fundamental rights situation of intersex people*. <http://fra.europa.eu/en/press-release/2015/rights-intersex-people-are-too-often-overlooked>

El Conveni núm. 210 del Consell d'Europa sobre prevenció i lluita contra la violència contra les dones i la violència domèstica, aprovat a Istanbul pel Comitè de Ministres del Consell d'Europa el 7 d'abril de 2011, indica que «*els papers, comportaments o activitats i atribucions socialment construïts que una societat concreta considera propis de dones o d'homes*» poden constituir un fonament d'accions discriminatòries diferent del que abraça la referència al sexe.

Les **persones transgènere o transsexuals** són aquelles que van néixer mascles o femelles però se senten i autodesignen en la identitat de gènere contrària a la que habitualment els atribueixen les societats. És a dir, anomenem dona transsexual o transgènere a la persona nascuda biològicament mascle però la identitat de gènere de la qual és dona; i com a home transsexual o transgènere a la persona nascuda biològicament femella però la identitat de gènere de la qual és home. Tant si s'han operat com si no ho han fet, és a dir, tant si s'han fet una operació de reassignació genital com si no.

És habitual la utilització de la paraula **travestí o transvestit** com a sinònim de transsexual o transgènere, però això és un error. El transvestisme o *cross-dressing* és simplement vestir-se amb peces del gènere contrari al que els és assignat inicialment. Hi ha persones que ho fan d'una manera quotidiana per remarcar la seva identitat de gènere actual, i n'hi ha d'altres que només ho fan d'una manera esporàdica per diversió o fins i tot per motius laborals (espectacles de transformisme o similars). En aquests casos, la persona pot, per exemple, presentar el seu cos com a *dona* –en certs espais i temps–, i comprendre la seva *identitat de gènere* com a *home* i la seva orientació sexual com a *heterosexual*. Per tant, és un terme que no té res a veure amb el concepte de persona transsexual o transgènere.

Finalment, pot completar-se aquesta categorització amb el concepte **Queer**, terme anglosaxó que és usat a Espanya per aquelles persones que ideològicament estan qüestionant les dicotomies socials que habitualment atribuïm al concepte de gènere i que no volen ser designades ni com a homes ni com a dones. Aquestes persones reivindiquen el fet d'ésser percebudes simplement com a persones, sense catalogació de gènere.

Per acabar, cal aclarir que quan ens referim a l'heterosexualitat, homosexualitat o bisexualitat de les persones, del que estem parlant és de la seva opció o orientació sexual, és a dir, de les seves preferències a l'hora de relacionar amb altres persones afectivament i sexualment. Es tracta, per tant, d'un concepte diferent del de sexe biològic o de la identitat de gènere.

La discriminació per raó de sexe es produeix en la major part dels casos contra dones i pel sol fet de ser-ho, per considerar que no tenen els drets mínims de llibertat i respecte i fins i tot capacitat de decisió.

Habitualment, es produeix amb la difusió d'idees, expressions o fins i tot d'imatges la finalitat de les quals és que l'home i la dona no es trobin en un pla d'igualtat i que la dona discriminada vegi arruïnada la seva autoestima i dignitat patint humiliacions i temors, i limitant-li els drets i llibertats fonamentals, ja sigui com a dona individual o com a col·lectiu.

La **Convenció de Nacions Unides sobre l'Eliminació de totes les Formes de Discriminació contra la Dona**⁵⁰ en el preàmbul va postular: *«la màxima participació de la dona, en igualtat de condicions amb l'home, en tots els camps, és indispensable per al desenvolupament ple i complet d'un país, el benestar del món i la causa de la pau»*. L'art. 1 defineix així la discriminació contra la dona: *«tota distinció, exclusió o restricció basada en el sexe que tingui per objecte o per resultat menyscar o anul·lar el reconeixement, gaudi o exercici per la dona, independentment del seu estat civil, sobre la base de la igualtat de l'home i la dona, dels drets humans i les llibertats fonamentals en les esferes política, econòmica, social, cultural i civil o en qualsevol altra esfera»*.

El **Protocol Facultatiu de la Convenció sobre l'Eliminació de totes les Formes de Discriminació contra la Dona**⁵¹ assenyala en el preàmbul: *«reafirmant la seva decisió d'assegurar a la dona el gaudi ple en condicions d'igualtat de tots els drets humans i llibertats fonamentals i d'adoptar mesures eficaces per evitar les violacions d'aquests drets i aquestes llibertats»*.

2.23. Orientació sexual

L'**orientació sexual** es refereix a l'objecte dels desitjos d'un subjecte, com una manifestació més en el conjunt de la seva sexualitat.

50. Convenció de Nacions Unides sobre l'Eliminació de totes les Formes de Discriminació contra la Dona aprovada per Resolució núm. 34/180, de 18 de desembre de 1979, que va entrar en vigor el 3 de setembre de 1981 i va ser sancionada pel Regne d'Espanya en data 17 de juliol de 1980 i ratificada en data 5 de gener de 1984.

51. Protocol Facultatiu de la Convenció sobre l'Eliminació de totes les Formes de Discriminació contra la Dona adoptada per l'Assemblea General en la Resolució A/54/4, de 6 d'octubre de 1999.

Convencionalment, aquest terme s'utilitza indistintament amb el de *preferència sexual*, tot i que aquest darrer implica una certa voluntat en l'elecció sexual. «*L'orientació sexual es refereix a la capacitat de cada persona de sentir una profunda atracció emocional, afectiva i sexual per persones d'un gènere diferent del seu, o del seu mateix gènere, o de més d'un gènere, així com a la capacitat de mantenir relacions íntimes i sexuals amb aquestes persones.*»⁵²

2.24. Identitat sexual

La **identitat sexual** admet diverses definicions; la primera remet al reconeixement a la pertinença a un sexe o un altre, és a dir, ser home o dona, amb independència de la identitat de gènere (sentir-se home o dona) o la seva orientació sexual (tendència o inclinació sexual). La segona refereix la identitat sexual com «*el conjunt de característiques sexuals que ens fan genuïnament diferents als altres: les nostres preferències sexuals, els nostres sentiments o les nostres actituds davant el sexe. Simplement, podria dir-se que és el sentiment de masculinitat o feminitat (amb tots els matisos que calgui) que acompanyarà la persona al llarg de la seva vida, no sempre d'acord amb el seu sexe biològic, o de la seva genitalitat.*»⁵³ A aquesta definició, possiblement, atén el legislador quan utilitza l'expressió en el paràgraf 4 de l'art. 22 CP.

Al·ludeix a la percepció que té cadascú de si mateix com a home o com a dona, sentir-se home o dona, amb independència del sexe que biològicament li ha estat assignat en néixer. Es refereix a «*la vivència interna i individual del gènere tal com cada persona la sent profundament, la qual podria correspondre's o no amb el sexe assignat al moment del naixement, i això inclou la vivència personal del cos (que podria involucrar la modificació de l'aparença o la funció corporal a través de mitjans mèdics, quirúrgics o d'una altra índole, sempre que sigui escollida lliurement) i altres expressions de gènere, que inclouen la vestimenta, la manera de parlar i els modals.*» La transsexualitat està relacionada amb la identitat sexual i de gènere –el sexe i gènere amb el qual l'individu s'identifica.

52. PERAMATO, T., *Desigualdad por razón de sexo y por orientación sexual, homofobia y transfobia, discriminación y violencia de género en el trabajo*, Madrid, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, 2012.

53. PERAMATO, T., *Desigualdad por razón de sexo y por orientación sexual, homofobia y transfobia, discriminación y violencia de género en el trabajo*, Madrid, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, 2012.

2.25. Malaltia

Tal com el defineix l'**Organització Mundial de la Salut**, el terme *salut* implica el perfecte benestar a nivell físic, mental i social d'un individu, mentre que *malaltia* és la presència d'un mal o una afecció puntual. Només que presenti una afecció, un individu no té salut.⁵⁴

La malaltia com a categoria de discriminació que preveu l'art. 22.4 CP estaria limitada a la malaltia de caràcter durador, tal com sosté el professor J.A. Díaz López.⁵⁵ El cas més comú és el dels que actuen per odi discriminatori a persones portadores del VIH i a malalts de la sida.

2.26. Discapacitat

La discapacitat pot definir-se com aquella condició per la qual certes persones presenten alguna deficiència física, mental, intel·lectual o sensorial que a llarg termini afecta la forma d'interactuar i participar plenament en la societat.

La Classificació Internacional del Funcionament de la Discapacitat i de la Salut (CIF) de l'Organització Mundial de la Salut⁵⁶ distingeix entre les funcions del cos (fisiològica o psicològica –p. ex., visió–) i les estructures del cos (peces anatòmiques –p. ex., ull i estructures relacionades–).

Els tipus de discapacitat poden ser:

- Motriu: es refereix a la pèrdua de mobilitat o limitació d'alguna persona per moure's.
- Visual: es refereix a la pèrdua de vista o la dificultat per veure-hi amb algun dels ulls.
- Auditiva: pèrdua o limitació de l'oïda per poder sentir-hi.

54. «La salut és un estat de complet benestar físic, mental i social, i no solament l'absència d'afeccions o malalties.» La cita procedeix del preàmbul de la Constitució de l'Organització Mundial de la Salut, que va ser adoptada per la Conferència Sanitària Internacional, celebrada a Nova York del 19 de juny al 22 de juliol de 1946, signada el 22 de juliol de 1946 per representants de 61 estats (*Official Records of the World Health Organization*, núm. 2, p. 100), i va entrar en vigor el 7 d'abril de 1948. La definició no ha estat modificada des de 1948.

55. DÍAZ LÓPEZ, J.A., *El odio discriminatorio como agravante penal*, Thomson Reuters, 2013.

56. <http://www.imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/435cif.pdf>.

- Mental: es refereix a la limitació de l'aprenentatge per a noves habilitats.

La discapacitat és un motiu de discriminació freqüent que ha de ser objecte d'estudi i anàlisi amb detall, partint de la consideració que les persones amb discapacitat són subjectes titulars de drets i no mers objectes de tractament i protecció social.

La **Convenció Internacional sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat i el seu Protocol Facultatiu**⁵⁷ van reafirmar que totes les persones amb discapacitat han de poder gaudir de tots els drets humans i llibertats fonamentals i consagrar d'aquesta manera un «*canvi paradigmàtic*» de les actituds i enfocaments respecte de les persones amb discapacitat.

L'art. 1 indica que: «*les persones amb discapacitat inclouen aquelles que tinguin deficiències físiques, mentals, intel·lectuals o sensorials a llarg termini que, en interactuar amb diverses barreres, puguin impedir la seva participació plena i efectiva en la societat i en igualtat de condicions amb els altres*».

La **Llei 26/2011, d'1 d'agost, d'adaptació normativa a la Convenció Internacional sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat**,⁵⁸ en el preàmbul, estableix consideracions importants per evitar qualsevol mena de discriminació respecte a les persones que pateixin algun tipus de discapacitat: «*[...] s'estableixen com a principis generals el respecte a la dignitat inherent a la persona, l'autonomia individual –inclosa la llibertat per prendre les pròpies decisions–, la independència de cada ésser humà, la no-discriminació, la participació i inclusió plenes i efectives a la societat, la igualtat d'oportunitats, el respecte per la diferència i l'acceptació de les persones amb discapacitat com a manifestació de la diversitat i la condició humana*.

La discapacitat queda configurada com la circumstància personal i l'ecosistema social resultant de la interacció del fet diferencial d'algunes persones amb un entorn inadequat per excloent en tant que està establert segons el paràmetre de persona "normal". En aquest sentit, una societat oberta i inclusiva ha de modificar tal entorn solidàriament per acollir les persones amb discapacitat com a elements enriquidors que eixamplen la humanitat i li agreguen valor [...].»

57. Convenció Internacional sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat i el seu Protocol Facultatiu, aprovats en data 13 de desembre de 2006.

58. La Llei 26/2011, d'1 d'agost, d'adaptació normativa a la Convenció Internacional sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat, publicada en el BOE el 2 d'agost de 2011.

En l'àmbit penal, l'art. 25 CP, després de la reforma per LO 1/2015, facilita una definició de discapacitat i de persona amb discapacitat necessitada de protecció especial en els termes següents:

«A l'efecte d'aquest Codi, s'entén per discapacitat aquella situació en què es troba una persona amb deficiències físiques, mentals, intel·lectuals o sensorials de caràcter permanent que, quan interacciona amb diverses barreres, puguin limitar-ne o impedir-ne la participació plena i efectiva en la societat, en igualtat de condicions amb les altres.

Així mateix, a l'efecte d'aquest Codi, s'entén per persona amb discapacitat necessitada d'una protecció especial aquella persona amb discapacitat que, tant si té modificada judicialment la seva capacitat d'obrar com si no, requereix assistència o suport per exercir la seva capacitat jurídica i per prendre decisions respecte de la seva persona, dels seus drets o interessos a causa de les seves deficiències intel·lectuals o mentals de caràcter permanent.»

2.27. Aporofòbia

És un concepte de nou encuny que no està definit en els tractats internacionals i que el Codi penal no preveu expressament com a motiu de discriminació.⁵⁹ El terme va ser establert per la catedràtica d'Ètica de la Universitat de València Adela Cortina i és el resultat de la unió de dues paraules gregues: *áporos* ('pobre', 'escàs de recursos', 'sense sortida') i *fobia* ('temor'), que permet definir una realitat, constatada en els seus estudis,⁶⁰ que no tenia definició. Es tracta del menyspreu als pobres, la fòbia, l'aversion, o el rebuig o l'odi al pobre, al *sen-se sostre*, a les persones sense llar.⁶¹

Encara que no hi hagi una definició totalment consensuada, ni una posició oficial per part dels poders públics al nostre país, l'Observatori Hatento i la Federació Europea d'Organitzacions Nacionals que treballen amb persones sense llar (FEANTSA) fan seva la definició que va plantejar Dragana Avramov (1995), que considera com a perso-

59. Vegeu en aquest sentit STS 1160/2006, de 9 de novembre.

60. CORTINA, A., *et al.*, *Ètica*, Madrid, Santillana, 1996; CORTINA, A., *Ciudadanos del mundo. Hacia una teoría de la ciudadanía*, Madrid, Alianza, 1997; CORTINA, A., «Aporofobia», *El País*, 7 de març de 2000, p. 14. Internet: consulta de prop de quaranta pàgines web que contenen el terme *aporofòbia*.

61. *Informe Raxen especial 2012*. <http://www.movimientocontralaintolerancia.com/html/raxen/raxen.asp>.

nes sense llar a aquelles «*que no poden accedir i/o conservar un allotjament adequat, adaptat a la seva situació personal, permanent, i que proporcionen un marc estable de convivència, tant per raons econòmiques com altres barreres socials, o perquè presenten dificultats personals per portar una vida autònoma*». ⁶²

La situació d'exclusió social converteix les persones sense llar en víctimes especialment vulnerables que en la major part dels casos no denuncien els delictes de què són objecte, la qual cosa facilita, sens dubte, la impunitat dels seus autors.

«*Van orinar a sobre meu mentre dormia*», «*van destrossar totes les meves coses mentre m'insultaven*» o «*em va apallissar un grup de nazis*» són alguns exemples dels delictes d'odi que pateixen les persones sense llar.

Molts d'aquests actes poden ser **enfocats penalment com a vexatoris i denigrants i, per tant, susceptibles d'encaixar en el delictes contra la integritat moral de l'art. 173.1 CP**. En aquests casos no és possible aplicar el nou art. 510.2.a, atès que només poden ser subjectes passius d'aquest delictes les persones i col·lectius que s'hi descriuen, i la situació socioeconòmica de la víctima no està considerada com a motiu discriminatori.

Tot i la percepció generalitzada que podem tenir respecte a qui comet delictes d'odi contra qualsevol grup o col·lectiu en general i contra les persones sense llar en particular, aquests delictes no sempre són comesos per grups d'extrema dreta o moviments amb un caràcter ideològic marcat. En va ser un exemple clar l'assassinat de Rosario E.P., crema viva a un caixer de la ciutat de Barcelona per tres adolescents que, en principi, no estaven vinculats amb cap grup o moviment ideològic.

2.28. Romafòbia o antigitanisme

Des de fa alguns anys, el terme *antigitanisme* s'ha anat introduint a poc a poc en el llenguatge de les institucions europees, d'orga-

62. RAIS FUNDACIÓN, *Los delitos de odio contra las personas sin hogar*, Rais Fundación, 2015. http://hatento.org/wp-content/uploads/2014/10/informe-diagnostico.pdf?utm_source=Empleados_RAIS_2015&utm_campaign=a7c0625835-informeHatento5_26_2015&utm_medium=email&utm_term=0_2c34d19c82-a7c0625835-103534249.

nismes internacionals especialitzats i d'organitzacions de la societat civil per fer referència a una forma específica de racisme, intolerància i discriminació envers les comunitats gitanes.⁶³ Per descriure aquesta realitat, tot i que amb alguns matisos, també s'utilitzen els termes *romafòbia* i *antiziganisme*.

La Comissió Europea contra el Racisme i la Intolerància (ECRI) del Consell d'Europa⁶⁴ defineix l'antigitanisme com «*una forma específica del racisme, una ideologia basada en la superioritat racial, una forma de deshumanització i de racisme institucional alimentat per una discriminació històrica, que es manifesta, entre altres coses, per la violència, el discurs de la por, l'explotació i la discriminació en la seva forma més flagrant, i posant l'accent en el fet que l'antigitanisme és una forma de racisme particularment persistent, violenta, recurrent i banalitzada, i convençuda de la necessitat de combatre aquest fenomen a tots els nivells i per tots els mitjans*».

63. ACCEM, *Aproximación a los conceptos clave*, Madrid, Accem, 2013.

64. Recomanació núm. 13 de política general de l'ECRI sobre la lluita contra l'antigitanisme i les discriminacions contra els roma/gitanos, adoptada el 24 de juny de 2011. http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/GPR/EN/Recommendation_N13/e-RPG%2013%20-%20A4.pdf.

3. DIAGNÒSTIC DELS PROBLEMES MÉS FREQUENTS QUE IMPEDEIXEN O DIFICULTEN LA PERSECUCIÓ EFECTIVA DELS DELICTES D'ODI I DISCRIMINACIÓ

3.1. Aproximació

Són múltiples i variats els problemes que impedeixen o dificulten una investigació i un enjudiciament correctes de les infraccions penals comeses per aversió irracional i odi envers les persones simplement pel fet de ser diferents respecte al color de la pell, l'origen o l'ètnia, l'orientació o la identitat sexual, o la religió, la discapacitat, etc.

Problemes que si no són coneguts ni estudiats pels professionals que han de garantir la Seguretat i impartir la Justícia solen comportar, o que no s'obrin investigacions, o que hi hagi investigacions deficientes, o sobreseïments i pronunciaments absolutoris que, amb una capacitat i sensibilització adequada dels professionals implicats, podrien tenir un sentit diferent, generant un sentiment d'injustícia i, en certa manera, el fracàs del sistema de protecció dels seus drets, amb la frustració consegüent i un augment de la desconfiança secular respecte als cossos policials i als qui administren Justícia.

Aquests fets delictius i aquestes víctimes presenten particularitats i especificitats que han de ser conegudes i enteses per les persones que, d'una manera o altra, participen en el procés que hauria de conduir a una tutela adequada dels drets de la víctima, des de l'agent de policia que l'atén per primera vegada, només produir-se els fets, de

vegades des del servei telefònic 112; passant pels policies que li prenen declaració i que l'haurien d'informar dels seus drets i dels diferents recursos de què disposa el sistema per a la protecció de víctimes; pels agents de policia judicial que, des del primer moment, han d'orientar adequadament la investigació dels fets; pel funcionari del jutjat que tramita el procediment judicial corresponent; pel fiscal i el jutge que han d'instruir la causa, fins a arribar als jutges i magistrats que han de valorar els diferents mitjans de prova, en molts casos de naturalesa indiciària, i dictar-ne sentència.

Els problemes més importants que afecten la lluita contra els delictes motivats per discriminació són els següents:

3.2. Desconeixement del nombre de fets

Això té dos vessants.

3.2.1. Desconeixement dels fets denunciats

Un dels principals problemes que s'han detectat en l'àmbit dels delictes d'odi i discriminació és l'absència de publicació de dades estadístiques que permetin saber-ne quines dimensions quantitativa i qualitativa tenen, tot i que en l'any 2011 s'han fet modificacions en el Sistema Estadístic de Criminalitat per part del Gabinet de Coordinació i Estudis de la Secretaria d'Estat de Seguretat del Ministeri de l'Interior, i de l'Oberaxe⁶⁵ (Secretaria General d'Immigració i Emigració del Ministeri d'Ocupació i Seguretat Social), amb la intenció de registrar d'una manera precisa i fefaent qualsevol acte susceptible de ser qualificat com a racista o xenòfob.⁶⁶

Cal posar en valor que la primera administració pública a elaborar un registre informàtic de totes les denúncies interposades per delictes comesos per odi i discriminació va ser el Departament d'Interior de la Generalitat de Catalunya a partir de l'aprovació, amb l'impuls del Servei de Delictes d'Odi i Discriminació de la Fiscalia Provincial de Barcelona, del primer protocol a Espanya per a la investigació de delic-

65. Oberaxe (Observatori Espanyol contra el Racisme i la Xenofòbia).

66. Des de l'any 2010, a Catalunya, com a conseqüència de l'aprovació del protocol del cos de Mossos d'Esquadra comencen a ser etiquetades i quantificades totes les denúncies presentades per delictes d'odi i discriminació, la qual cosa permet oferir les primeres dades estadístiques de denúncies presentades des de la seva entrada en vigor.

tes d'odi i atenció a les seves víctimes, denominat *Procediment en fets delictius que tenen com a motivació l'odi o la discriminació*, de 10 de març de 2010.⁶⁷ Aquest protocol ja contemplava el registre obligatori d'aquest tipus de delictes, classificant-los pels diferents motius de discriminació, de manera que des de l'any 2010 tant el cos de Mossos d'Esquadra com la Fiscalia Provincial de Barcelona van començar a oferir les primeres xifres estadístiques sobre delictes d'odi i discriminació, i, per tant, a quantificar víctimes i a posar xifres a patiments que abans no es quantificaven.

Fins fa poc, en el conjunt d'Espanya no s'oferien xifres fiables sobre infraccions penals motivades per l'odi i la discriminació. A partir de l'any 2011, s'introdueixen modificacions en el Sistema Estadístic de Criminalitat que permeten que comencin a computar-se tots els fets amb motivacions d'odi i discriminació, i, al mateix temps, es desenvolupen una sèrie de tipologies estadístiques concretes sobre fets que el Codi penal descriu com a actituds i comportaments racistes o xenòfobs. Així, i fruit de la feina engegada l'any 2014, ja apareix per primera vegada un informe del Ministeri de l'Interior sobre l'evolució dels delictes d'odi a Espanya que aporta la primera estadística sobre els incidents i infraccions penals comesos per motius d'odi i discriminació corresponents a l'any 2013.⁶⁸

Per tal que els passos fets des de l'any 2010 per Mossos d'Esquadra i des de l'any 2011 pel Ministeri de l'Interior i l'Oberaxe siguin efectius, cal que es dugui a terme una formació específica en cada comissaria a fi que cada agent de policia que tingui accés als sistemes informàtics amb motiu de la incoació d'un atestat policial conegui totes les possibilitats del sistema de registre de l'incident racista o xenòfob.

En aquesta formació serà molt important que els agents coneguin més la rellevància que té el degut registre de les infraccions penals comeses per odi o discriminació, atès que el fet que no hi hagi xifres estadístiques contribueix que no es faci visible el patiment de les víctimes i, en ocasions, a la minimització o banalització del problema.

67. <http://gestionpolicialdiversidad.org/PDFdocumentos/ProcedimientoDelitos-Mossos.pdf>.

68. <http://www.interior.gob.es/documents/10180/1207668/Informe+sobre+los+d+elitos+de+odio+en+Espa%C3%B1a+2013.pdf>.

De la mateixa manera que les Forces i Cossos de Seguretat no oferien, fins fa poc, xifres fiables sobre delictes amb motivació d'odi i discriminació, les fiscalies, els jutjats i els tribunals tampoc no registren ni classifiquen ni els procediments que s'incoen o s'arxiven per delictes o faltes d'aquesta naturalesa, ni, òbviamment, les sentències o interlocutòries de sobreseïment provisional o lliure que es dicten.

Aquesta deficiència ha estat posada de manifest en multitud d'ocasions per la Unió Europea i l'Agència de Drets Fonamentals de la Unió Europea (FRA),⁶⁹ la Comissió Europea contra el Racisme i la Intolerància (ECRI),⁷⁰ l'Organització per al Desenvolupament i Cooperació a Europa (OSCE),⁷¹ i el Comitè per a l'Eliminació de la Discriminació Racial i l'Alt Comissionat dels Drets Humans de Nacions Unides,⁷² i, d'altra banda, ha estat motiu de reclamació per prestigioses organitzacions no governamentals de lluita pels drets humans com són Moviment contra la Intolerància⁷³ o Amnistia Internacional.⁷⁴

3.2.2. Desconeixement dels fets que es produeixen i no són denunciats

Hi ha la impressió ben fundada que molts dels delictes comesos no es denuncien, de manera que hi ha una xifra submergida considerable de fets que les víctimes per múltiples raons no volen o no s'atreveixen a denunciar, o ignoren que poden denunciar.

69. Decisió 4/03 del Consell de Ministres de Maastricht que insta a «recollir informació fidedigna i estadístiques sobre "hate crimes", incloent-hi les manifestacions violentes de racisme, xenofòbia, discriminació i antisemitisme» (*Informe sobre Racismo y Xenofobia en los Estados Miembro de la UE*, FRA, agost de 2007, p. 118-119).

70. Quart *Informe sobre España*, adoptat el 7 de desembre de 2010 i publicat el 8 de febrer de 2011.

71. *Combatir «hate crimes» en la Región OSCE: una visión general de estadísticas, legislación e iniciativas Nacionales*, OSCE-ODIHR, 2005, i *OSCE Tolerance Implementation Meeting on Addressing the Hate Crime Data Deficit Vienna 9/10/2006 Meeting Report*, OSCE, 2007.

72. Observació 16 de l'Informe 2004 per a Espanya del Comitè per a l'Eliminació de la Discriminació Racial de Nacions Unides i reunió d'experts de l'Alt Comissionat de Drets Humans de Nacions Unides, Viena 9 i 10 de febrer de 2011.

73. MOVIMIENTO CONTRA LA INTOLERANCIA, *Cuadernos de Análisis*, núm. 38; *Materiales Didácticos*, núm. 5; i *Informes Raxen* de 2008, 2009 i 2010.

74. *Informe sobre España* de 2009 i 2010.

Les motivacions de les víctimes per no denunciar delictes d'odi, o per fer-ho més tard del que se sol fer en altres delictes, davant la policia i les autoritats públiques són diverses i han de ser conegudes pels diferents responsables i funcionaris públics de la Seguretat o de la Justícia.

Les motivacions més comunes per les quals hi ha víctimes que no presenten denúncies són:

- La **discriminació com a vivència quotidiana i «normal»**. Moltes persones han conviscut de forma permanent amb la discriminació fins al punt que consideren que és una cosa «normal» o «natural» en les seves vides. Frases com ara «això ens ha passat sempre», «és el que ens toca», «no paga la pena denunciar perquè això no canviarà» són habituals en dones gitanes que estan acostumades a ser seguides per vigilants de seguretat des del moment que entren a un supermercat o en persones amb un color de pell diferent quan no se'ls permet l'accés a una discoteca. No obstant això, en poques ocasions denuncien, perquè tenen la discriminació profundament interioritzada com una cosa que, inevitablement i sense solució, ha de formar part de les seves vides.
- Una **creença que no passarà res**. Moltes víctimes no tenen confiança que les forces de seguretat o els funcionaris de justícia emprenguin les investigacions o les accions legals per respondre a les seves denúncies. Pensen que els fets que han patit no interessin o que el seu testimoni no serà cregut.
- **Desconfiança o por a la policia**. Les víctimes que pertanyen a un grup que històricament hagi estat subjecte a l'assetjament, la violència o a una desprotecció total per part de la policia, com poden ser les víctimes de l'homofòbia o la transfòbia, moltes vegades eviten qualsevol contacte amb la policia. Així doncs, si a més tenen la condició d'immigrants o refugiats que han fugit del seu país d'origen pel suport governamental a la violència, en ocasions desconfien de la policia del seu nou país de residència. Moltes víctimes provenen de països on sovint es produeixen maltractaments, tortures o extorsions econòmiques

per part de sectors dels cossos i forces de seguretat i de les forces armades. Aquestes persones, quan arriben al nostre país, porten també els seus temors i els costa confiar en els nostres cossos policials.

La manca de confiança en la policia obeeix al fet que algunes minories ètniques, religioses o racials tenen una història de conflicte amb la llei. Per aquestes raons, les víctimes poden desconfiar dels investigadors o dels fiscals, i es mostren poc cooperatius.

Les persones estrangeres o els nacionals que pertanyen a minories ètniques o racials que han estat objecte d'identificacions policials basades exclusivament en perfils ètnics o racials solen tenir un nivell de desconfiança en la policia elevat, i això constitueix una dificultat afegida per presentar denúncia.

- Les **víctimes estrangeres que no tenen permís de residència** al nostre país difícilment s'hi arribaran a una comissaria per denunciar res, davant el temor d'una probable obertura d'expedient governatiu d'expulsió del territori nacional. En aquest sentit, la Fiscalia Provincial de Barcelona, en la memòria de l'any 2014, proposa una reforma de la LO 4/2000, d'11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social, que permeti a les persones en situació irregular a Espanya i que hagin estat víctimes de delictes comesos per motius racistes, antisemites o d'una altra classe de discriminació referent a la ideologia, religió o creences de la víctima, l'ètnia, la raça o la nació a la qual pertanyi, el sexe, l'orientació o la identitat sexual, la malaltia que pateixi o la seva discapacitat, quedar exemptes de responsabilitat administrativa i evitar l'expulsió a condició de denunciar els autors o cooperadors d'aquests delictes, particularment en els casos en què hi hagi hagut violència o intimidació en la seva comissió, o a condició de cooperar i col·laborar amb les autoritats competents, proporcionant dades essencials o testificant, si s'escau, en el procés corresponent contra aquells autors.⁷⁵

75. Inclouen previsions d'aquesta naturalesa l'art. 31 bis de la Llei per a les víctimes de violència de gènere esmentada o l'art. 59 bis per a les víctimes de tràfic d'éssers humans.

- **Por a represàlies.** Moltes víctimes temen que, si denuncien un delicte, els autors o altres persones del seu entorn puguin prendre represàlies contra la seva persona, la seva família o els membres de la comunitat a què pertanyen. Aquest temor s'incrementa si l'autor pertany a un grup organitzat caracteritzat per les seves posicions radicals o la violència, tal com passa amb els grups de neonazis o de *skinheads*. Sovint les víctimes expressen que fins que van ser objecte d'una agressió eren persones anònimes, només identificables pels agressors per les seves característiques externes, com ara el color de la pell o l'hijab⁷⁶ que portaven, però que, a partir de la denúncia, la seva por a futures represàlies s'intensifica perquè, a les seves característiques externes, s'hi afegia el fet que eren persones plenament identificables amb nom i cognoms.

Encara que es té la idea que el típic delicte motivat per l'odi és un atac a l'atzar, de fet, n'hi ha molts que es produeixen dins de comunitats petites i poden involucrar els veïns. Les víctimes poden témer repercussions si l'autor sap on viuen. Quan hi estan involucrats grups organitzats d'odi, la víctima pot sentir-se especialment amenaçada. En aquests casos, tenint en compte la gravetat dels fets, la policia i els fiscals han de valorar la possibilitat d'intervenir, i l'autoritat judicial, la viabilitat i la disponibilitat de mesures especials de protecció de testimonis, com ara les que preveu la Llei de protecció de testimonis (Llei 19/1994, de 23 de desembre).

- **Extrema vulnerabilitat de cert tipus de víctimes.** Moltes víctimes no denuncien perquè la seva situació personal, social o econòmica les situa en un pla d'exclusió social absoluta i de vulnerabilitat extrema; ens estem referint a persones sense llar, en molts casos amb problemes de salut física o mental i sense cap suport familiar o social, i a cert sector del col·lectiu transsexual que, per manca d'oportunitats en el mercat de treball, es veu obligat a l'exercici de la prostitució.
- **Manca de coneixement de la llei.** Moltes persones poden no ser conscients que les lleis penals els protegei-

76. Mocador usat sovint per dones musulmanes que cobreix els cabells i el coll, però no la cara.

xen, o no saben com o on denunciar aquests delictes. És molt freqüent que moltes de les víctimes d'aquest tipus de delictes ignorin on, com i quan poden denunciar. Hem de partir de la base que moltes víctimes són estrangeres i que, a més, provenen de llogarets petits, moltes vegades no estan alfabetitzades, sovint no coneixen la nostra llengua i molt menys el nostre sistema legal de protecció de drets, i aquestes circumstàncies dificulten poderosament la presentació de denúncies. De vegades, s'arxiven casos perquè la víctima no ha presentat denúncia o triga molt a presentar-la, factors que en alguns supòsits els fiscals o els jutges d'instrucció valoren com una absència de prova o una mostra de desconfiança respecte a la versió de la víctima. No obstant això, la presentació de denúncia no és indispensable per obrir investigacions, atès que la major part dels delictes són públics i, per tant, poden ser perseguits d'ofici, i l'absència de denúncia comporta únicament no es disposi de la prova testifical de la víctima, però, amb una investigació policial i judicial adequada, és possible l'acreditació dels fets amb altres fonts de prova.

- **Vergonya.** Algunes víctimes se senten tristes i avergonyides després de ser víctimes d'un *delicte d'odi*, fins i tot creuen que va ser culpa seva, o que els seus amics i/o els membres de la seva família o la seva comunitat poden estigmatitzar-los, i consideren socialment inacceptable que l'esdeveniment sigui conegut públicament. Encara que aquest també és un factor present en els delictes comuns, pot haver-hi un sentiment de vergonya i degradació més aguditzat en un incident de *delicte d'odi* perquè els individus esdevenen víctimes únicament per la seva identitat.

La qüestió de la vergonya pot ser particularment significativa com a obstacle per a la denúncia en les víctimes escollides per la seva orientació sexual o identitat de gènere. Són comuns els casos d'agressions o fins i tot robaris a homosexuals que no són denunciats per les víctimes perquè els fets han tingut lloc en llocs íntims o en paratges aïllats⁷⁷ on mantenen relacions sexuals. Els au-

77. Per exemple, saunes, cambres fosques en discoteques o altres llocs d'oci o zones de *cruising*.

tors dels fets, coneixedors de la vulnerabilitat de les víctimes en aquests llocs, els escullen deliberadament per garantir la impunitat de les seves accions.

- **Negació.** Per tal de fer front al trauma que comporta haver sofert un delicte d'odi, algunes víctimes en neguen o minimitzen l'impacte i la gravetat.
- **Por a revelar l'orientació sexual.** Per a les persones homosexuals, bisexuals i transgènere, denunciar un delicte d'odi pot implicar desvetllar públicament la seva orientació sexual o identitat de gènere, particularment en ciutats petites o en zones rurals. Hem de partir de la consideració que el grau de respecte i tolerància de la diversitat sexual que hi ha a les grans ciutats és acceptable, i, tot i que també hi ha actituds de rebuig i intolerància, no és el mateix en les ciutats petites i, molt menys encara, en l'àmbit rural. Les víctimes tenen el temor ben fundat que, si presenten denúncia pels fets esdevinguts, amb una simple citació de la comissaria o del jutjat, de seguida ho sabrà la seva família o serà sabut en tota la localitat, amb possibles conseqüències negatives en l'àmbit personal en el pla familiar, social o laboral.
- **Por a revelar la filiació ètnica, religiosa o política.** Alguns membres de grups minoritaris ètnics, religiosos o polítics tenen por que el fet de revelar la seva identitat pugui comportar-los discriminació o altres conseqüències negatives.

La manca de denúncies o la presentació de les denúncies en dates molt posteriors a la comissió dels fets és una realitat acreditada que ha de ser coneguda pels qui d'una manera o altra han d'investigar els delictes i enjudiciar-los. Aquesta realitat ha estat constada a través de les prestigioses enquestes de l'Agència de Drets Fonamentals de la Unió Europea (FRA),⁷⁸ organisme creat a partir de l'aprovació de la Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea i l'objectiu fonamental del qual és oferir assistència i assessorament en matèria de drets fonamentals a les institucions i òrgans comunitaris i als Estats membres.

78. Pàgina oficial: <http://fra.europa.eu/en>. La seva regulació de la FRA es troba en el Reglament (EU) núm. 168/2007 del Consell, de 15 de febrer de 2007.

La Recomanació General núm. 31 (2005) del Comitè per a l'Eliminació de la Discriminació Racial recorda que la **inexistència o l'escàs nombre de denúncies, judicis i sentències per actes de discriminació racial no hauria de considerar-se necessàriament com un fet positiu**, ja que també pot ser un indicador, entre altres coses, de la por de les víctimes a la reprovació social o a les represàlies, de la manca de confiança en els òrgans policials i judicials, o d'una atenció o sensibilització insuficients d'aquestes autoritats davant les denúncies per actes de discriminació.

Atès el seu alt interès, incloem els resultats⁷⁹ de l'enquesta de l'Agència de Drets Fonamentals de la Unió Europea (FRA) realitzada entre 23.500 ciutadans de la Unió Europea pertanyents a grups de minories ètniques o racials i immigrants, que es van donar a conèixer a Estocolm el desembre de 2009, en què es posen de manifest les dades següents:

- El 12% de les persones entrevistades havien sofert durant l'últim any un fet que, d'acord amb la legislació del seu país, és infracció penal. D'aquestes persones, el **82% no havien presentat denúncia**, de les quals el 64% no havien presentat denúncia perquè pensen que no serviria per res.
- El 46% de les víctimes desconeixien els seus drets.

El director de l'Agència de Drets Fonamentals de la Unió Europea, Morten Kjaerum, ha assenyalat: *«L'enquesta indica que la immensa majoria dels enquestats no denuncia les seves experiències de discriminació o delictes racistes a cap organisme competent. Milers de casos de delictes racistes i discriminació no surten a la llum. Això significa, per tant, que els autors del delictes queden impunes, no es fa justícia a les víctimes i els responsables de la formulació de polítiques no poden emprendre les accions apropiades per evitar que es repeteixin les infraccions. Cal esperar que les dades d'aquesta nova enquesta fomentin la sensibilització respecte a la necessitat de desenvolupar unes respostes polítiques amb objectius més concrets per fer front a aquesta xacra social». «La situació planteja qüestions importants; per exemple, com es pot augmentar la sensibilització respecte dels drets i reforçar la con-*

79. <http://fra.europa.eu/en/publication/2012/eu-midis-main-results-report>.

fiança en els mecanismes de protecció vigents», sosté Morten Kjaerum. «És important animar les víctimes de discriminació o d'assetjament que denunciïn les seves experiències i assegurar-los que les seves denúncies es prendran seriosament».

El 2010, la Comissió Europea va demanar a l'Agència de Drets Fonamentals de la Unió Europea (FRA) que recollís dades comparables sobre la discriminació i els delictes motivats per prejudicis dels quals són víctimes les persones LGBT a tots els Estats membres de la UE i Croàcia. Atenent aquesta petició, la FRA va posar en marxa el 2012 la seva enquesta en línia sobre les experiències de les persones LGBT a la UE, la qual va rebre 93.079 respostes. Els resultats⁸⁰ van ser publicats el dia 17 de maig de 2013, Dia Internacional contra l'Homofòbia.

Els resultats posen de manifest que les persones LGBT a la societat de la UE actual pateixen habitualment pel fet de no poder «*ser ells mateixos*» en l'àmbit escolar o laboral, o en l'àmbit públic en general. Així, molts oculten la seva identitat i viuen aïllats, o fins i tot atemorits.

Les principals dades de l'enquesta són:

- Gairebé la meitat (47%) dels consultats van indicar que s'havien sentit personalment discriminats o assetjats a causa de la seva orientació sexual durant l'any anterior a l'enquesta.
- Més del 80% dels consultats de tots els Estats membres de la UE recorden comentaris negatius o actes d'intimidació dirigits contra joves LGBT en l'àmbit escolar.
- Dos terços (67%) dels consultats van declarar que «*sovint*», o «*sempre*» van amagar o dissimular la seva condició de LGBT durant l'etapa escolar fins als 18 anys d'edat.
- Un de cada cinc enquestats empleats o en recerca d'ocupació durant els dotze mesos anteriors a l'estudi s'havia sentit discriminat en aquestes situacions laborals durant aquest període. La xifra puja fins a una proporció d'un de cada tres en el cas de les persones transgènere consultades.
- Dels enquestats que havien acudit a una cafeteria, un restaurant, un bar o un club nocturn durant l'any precedent a l'enquesta, gairebé un de cada cinc (18%) havia estat víctima de discriminació per la seva condició de LGBT.

80. <http://fra.europa.eu/en/publication/2013/eu-lgbt-survey-european-union-lesbian-gay-bisexual-and-transgender-survey-results>.

- Una quarta part (26%) de totes les persones LGBT de la UE que van respondre a l'enquesta havien estat agredides o amenaçades amb violència en els últims cinc anys. Prop de tres de cada deu del total de persones transgènere consultades van dir que havien estat víctimes d'actes de violència, o que havien estat amenaçades amb aquests actes, en més de tres ocasions durant l'any precedent a l'enquesta.
- La majoria dels consultats que havien estat víctimes d'actes de violència (59%) durant el darrer any van indicar que l'última agressió o amenaça de violència era, parcialment o totalment, a causa del fet de ser percebuts com a LGBT.
- Menys d'un de cada cinc enquestats (17%) va denunciar a la policia l'incident més recent de violència motivada per prejudicis que li hagués passat.
- Prop del 66% dels consultats de tots els Estats membres de la UE tenen por d'anar agafats de la mà en públic amb una parella del seu mateix sexe. En el cas dels homes gais i bisexuals, la proporció puja fins al 74% i el 78%, respectivament.
- Més de quatre cinquenes parts del total de consultats van assenyalar que les bromes sobre persones LGBT són generalitzades en la vida diària.
- Gairebé la meitat dels enquestats creuen que la utilització d'un llenguatge ofensiu respecte a les persones LGBT per part de polítics està generalitzat al seu país de residència.

A Espanya, en l'àmbit de l'aporofòbia, per tant, contra persones sense llar, l'Observatori Hatento⁸¹ va publicar el juny de 2015 un informe que posa de manifest les conclusions següents:

- Gairebé la meitat de les persones sense llar han patit agressions, humiliacions i intimidacions motivades per la intolerància i els prejudicis dels seus agressors envers la seva situació d'extrema exclusió.
- Un 63% de les persones que van patir un incident o delicte d'odi no van acudir a cap servei o organització especialitzats. I d'aquests, un 43,1% considera que no serviria de res i un 19,4% no confia en cap servei.

81. <http://hatento.org/>.

- Dues de cada tres experiències analitzades van ser presenciades per altres persones. En un 68,4% d'aquests casos, els testimonis no van fer-hi res.
- Només 15 persones de les 114 que van ser víctimes d'algun incident o delictes d'odi van presentar una denúncia. Un 70% de les persones que no van denunciar els fets consideren que no serveix de res denunciar i un 11% temien possibles represàlies per part dels agressors.

3.3. Minimització dels fets, en certs casos, per part dels responsables de les investigacions o del seu enjudiciament

L'absència de xifres fiables sobre criminalitat motivada per l'odi a Espanya sol comportar, consegüentment, una notable manca de consciència sobre l'abast i la gravetat del problema. Això no afecta únicament els poders públics, que, de vegades, davant el desconeixement del volum quantitatiu i, sobretot, qualitatiu de casos, no dissenyen les mesures adequades d'una autèntica política criminal d'Estat per prevenir i combatre aquesta forma de criminalitat que ataca directament l'essència de la convivència, sinó que també afecta els agents de policia, fiscals i jutges o magistrats, els quals, mancats de la formació i la capacitació adequades, en alguns casos no tenen prou habilitats tècniques per saber detectar un delictes d'odi, acreditar-lo o enjudiciar-lo, cosa que impedeix que es doni la resposta necessària que la ciutadania espera dels seus servidors públics.

Aquesta manca de capacitació comporta que, de vegades, hi hagi una tendència a minimitzar els insuficients casos que arriben a les comissaries, fiscalies o jutjats. A continuació, n'indiquem alguns:

1. S'ha pogut comprovar que en alguns casos els policies, jutges i fiscals tendeixen a **restar gravetat als fets denunciats**, com ara amenaces o lesions amb primera assistència facultativa, de manera que força vegades aquestes denúncies queden reduïdes des d'un primer moment a simples infraccions lleus, que s'aprofundeixi en la investigació i sense que es valori la possible afectació amb aquests comportaments d'altres béns jurídics com ara la dignitat o la integritat moral de la víctima.

Davant d'agressions físiques sobre les persones amb violència aparentment gratuïta, executada amb la finalitat d'humiliar i vexar la víctima, cosa que li crea un sentiment de terror, d'angoixa o d'inferioritat atesa la gratuïtat de l'atac sofert, cal valorar que, a part de lesionar la integritat física, s'atempta també contra la dignitat de les persones; per tant, en aquests casos, no s'ha de ponderar únicament el delicte o falta de lesions, sinó també un possible delicte contra la integritat moral de l'art. 173.1 CP o el nou delicte que preveu l'art. 510.2.a CP.

Conscient d'aquest problema, la Fiscalia Provincial de Barcelona, davant d'agressions físiques sobre les persones amb violència aparentment gratuïta executada amb la finalitat d'humiliar i vexar la víctima, cosa que li crea un sentiment de terror, d'angoixa o d'inferioritat per la gratuïtat de l'atac patit, va acordar la Instrucció 6/07, per la qual es considera que, a més de lesionar la integritat física, s'atempta també contra la dignitat de les persones, i s'ordena qualificar aquests casos no sols com a delicte lleu de lesions, sinó també com a delicte contra la integritat moral de l'art. 173.1 CP, en concurs ideal de l'art. 77 CP amb la infracció de lesions esmentada.

Aquesta Instrucció ha suposat un canvi en la manera com el Ministeri Públic aborda les agressions físiques comeses per motius discriminatoris que, si bé tan sols causaven un resultat d'una primera assistència facultativa, tenien una intensitat lesiva especial sobre la dignitat de les persones, i obliga a qualificar els fets també com un delicte contra la integritat moral de l'art. 173 CP.

En aquest sentit va ser significatiu el cas d'una agressió a una menor equatoriana en un tren de l'empresa Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya a la província de Barcelona, afer que va tenir gran transcendència mediàtica en ser captat per les càmeres del tren i que, en un primer moment, va donar lloc a la incoació d'un simple judici de faltes. El recurs de la Fiscalia, que va estimar que a part de la lesió física hi havia una lesió a la integritat moral de la víctima, va donar lloc a una sentència condemnatòria per delicte contra la integritat moral de l'art. 173 CP, dictada en data 16 de març de 2009 pel Jutjat Penal 16 de Barcelona, confirmada per sentència de la Secció 6a de l'Audiència Provincial de data 8 de febrer de 2010 (EDJ 46271).

La Instrucció 6/07 esmentada, que l'any 2012 es va estendre a l'àmbit territorial de tot Catalunya per mitjà de la Instrucció 2/2012 de la Fiscalia Superior de Catalunya, va constituir-se així en una eina fonamental per al Servei de Delictes d'Odi i Discriminació, atès que contempla la possibilitat de formular acusacions més enèr-

giques per part del Ministeri Públic davant d'agressions aparentment lleus pel que fa a l'afectació de la integritat física de les víctimes, però especialment lesives de la seva dignitat ja que es produeixen pel simple fet de ser diferents pel que fa a la raça, l'ètnia, les creences, la religió, el sexe, l'orientació o la identitat sexuals, la discapacitat, etc.

Exemples d'aplicació d'aquesta tesi:

- Agressió en un autobús urbà a una dona discapacitada, en cadira de rodes, que reclamava fer ús de l'espai reservat a persones amb mobilitat reduïda i que va rebre, de manera absolutament gratuïta, cops i insults vexatoris per la seva diversitat funcional, fins al punt que els cops van provocar que caigués a terra. Com que les lesions sofertes només van requerir una assistència facultativa, el Jutjat d'Instrucció va qualificar els fets com a falta de lesions. El fiscal del Jutjat, a instàncies d'aquest servei, va interposar recurs perquè va valorar un menyscapse greu de la dignitat de la persona i va considerar que els fets constituïen delictes contra la integritat moral de l'art. 173.1 CP. El recurs va ser estimat i se'n va dictar sentència en el Jutjat Penal amb la conformitat de l'acusat.
- Agressió, amenaces i insults degradants a una dona transsexual que exercia la prostitució a les proximitats del camp del FC Barcelona per part d'un grup de persones vinculades a grups ultra. En aquest cas, com en l'anterior, el Jutjat va considerar només l'agressió física, però no el menyscapse de la dignitat de la persona. El Ministeri Públic va recórrer per considerar que els fets constituïen delictes contra la integritat moral de l'art. 173.1 CP, i el recurs va ser estimat.

Amb la reforma del Codi penal operada per LO 1/2015, de 30 març, aquest tipus de fets poden ser qualificats com un delictes de l'art. 510.2.a CP, que castiga els que lesionin la dignitat de les persones mitjançant accions que comportin humiliació, menyspreu o descrèdit contra persones o grups per motius discriminatoris, podent-se produir un concurs de normes amb el delictes contra la integritat moral de l'art. 173.1 CP, que es resolldria d'acord amb el principi d'especialitat en favor del primer dels tipus penals d'acord amb l'art. 8.1 CP.

2. També s'ha constatat que en els casos de **pintades amenaçadores en seus d'ONG, centres de culte, locals de partits polítics, etc.**, les denúncies eren tramitades com a faltes de deslluïment de béns immobles de l'anterior art. 626 CP (avui infracció administrativa), i no es prenia en consideració la inquietud o la por generada en els destinataris i, per tant, no es valorava l'atac al bé jurídic *seguretat* i es desistia d'aplicar altres articles del Codi penal, com ara el delictes d'amenaça a col·lectius de l'art. 170 CP.

3. Es qüestiona la credibilitat del testimoni de les víctimes. Els policies, com els fiscals o els jutges, són expressió de la societat a la qual serveixen i, per tant, poden tenir els mateixos estereotips i prejudicis que aquesta societat. Per això, en abordar el treball amb les víctimes, cal ser conscients que és fàcil que qui pren declaració o valora el testimoni d'un testimoni es deixi portar per prejudicis i estereotips a l'hora d'avaluar-ne la credibilitat. Cal ser conscients que, per les causes exposades anteriorment, alguns testimonis o víctimes poden oferir certes resistències a denunciar, o en poden presentar les denúncies molt temps després que s'hagin produït els fets, ja que necessiten assimilar prèviament el que els ha passat o assegurar-se que la denúncia no els comportarà conseqüències negatives, i per això, abans de denunciar, busquen l'assessorament d'una alguna associació o ONG.

Cal tenir en compte que és possible caure en l'error de no atorgar prou credibilitat a la declaració de la víctima, com a conseqüència d'opinions pròpies basades en estereotips i prejudicis. I, de vegades, aquesta manca d'investigació obeeix també al fet que els policies, els fiscals i els jutges desconeixen la realitat quotidiana que envolta les víctimes, o l'especificitat dels seus problemes o aspectes bàsics de la seva vida social, cultural, religiosa, etc.

Per tractar les qüestions tan complexes que envolten les víctimes en la fase inicial d'investigació d'un cas, és altament recomanable que la policia i la Fiscalia se serveixin d'establir aliances i contactes regulars amb els serveis socials d'atenció a víctimes/testimonis, amb les ONG o amb grups comunitaris. La policia i la Fiscalia no han d'esperar que s'esdevingui un cas que presenti un alt perfil d'odi per contactar amb la comunitat.

La comunicació regular i la consulta amb les ONG i les associacions que defensen les minories i les víctimes poden ser eines poderoses per a la prevenció de tota mena de delinqüència, i poden donar resultats positius per a la policia i per a la Fiscalia; d'aquesta manera es contribuiria a millorar la confiança de les víctimes a l'hora de denunciar els fets i es facilitaria una cooperació més gran dels testimonis.

Amb aquests contactes també es pot assegurar que quan sorgeixin tensions entre les comunitats la policia disposi d'uns mitjans millors per apaivagar la situació i per saber quan cal intensificar la presència policial per atendre les preocupacions de la comunitat.

3.4. Atenció deficient a les víctimes

Des del punt de vista d'atenció, informació i orientació a les víctimes de delictes d'odi i discriminació, s'han detectat també problemes com els que segueixen:

3.4.1. Derivacions indegudes

És relativament freqüent trobar casos en què l'agent de policia o el funcionari judicial que atén la víctima o el denunciador deriva de manera indeguda el cas als serveis d'informació al consumidor per fets com ara que li hagi estat negada l'entrada a un establiment a una persona per la seva raça, quan la praxi correcta hauria estat tramitar un procediment penal per delictes contra els drets fonamentals de l'art. 512 CP i un expedient administratiu sancionador en aquelles comunitats autònomes en què aquests fets siguin constitutius d'infracció administrativa d'acord amb la seva legislació específica.

3.4.2. Declaracions de les víctimes en seu policial o judicial mal abordades

La identificació correcta de la motivació dels delictes d'odi i la resolució de moltes investigacions criminals depèn de la informació que proporcionin les víctimes i els testimonis.

No obstant això, les anàlisis que s'han fet sobre la qualitat de les informacions obtingudes pels agents de policia o pels jutges i fiscals mostren que en alguns casos solen ser de caràcter molt general, imprecises i incompletes. Algunes estratègies inadequades que expliquen la pèrdua d'informació valuosa al llarg del procés són: l'ús excessiu de preguntes tancades, les interrupcions freqüents, l'elaboració de preguntes d'una manera inflexible i amb seqüències equivocades, no generar *rapport* i sospitar sobre la veracitat del testimoni.

La forma de prendre declaració i, per tant, l'obtenció d'informació de víctimes i testimonis és essencial no únicament per esclarir els fets, sinó també perquè la víctima se senti relaxada i pugui narrar la seva vivència. Es recomana recollir les declaracions detallades dels testimonis i de la víctima usant les seves pròpies paraules; descriure amb detall el moment, durada i lloc on es va produir l'incident; incloure-hi els termes, insults i argot concrets, els noms específics, les seqüències d'interaccions conductuals, les interaccions verbals, l'aspecte dels autors, les seves accions específiques i rols i qualsevol detall que s'hagi aportat, encara que sembli superflu, o que sigui parcial o el testimoni/víctima s'hi manifesti insegur; descriure el grau d'afectació des del punt de vista físic, psicològic, econòmic, etc., de qualsevol afectat per l'incident.

Les tècniques d'**entrevista cognitiva**,⁸² constitueixen, en aquest sentit, una estratègia molt útil (vegeu apartat 7.5 d'aquest manual).

D'altra banda, és sabut que moltes vegades els nostres professionals no tenen els coneixements necessaris per conèixer i comprendre la situació cultural, social, laboral o psicològica, etc., de les víctimes, les seves dificultats en la vida diària i els motius pels quals no denuncien o no es decideixen a fer-ho de manera immediata. Àmbits específics que afecten determinades comunitats religioses –com ara distingir un sikh d'un musulmà– o les víctimes LGBT –com ara la *cambrà fosca*, *àrea de cruising*– són totalment desconeguts pels responsables d'investigar o acreditar els delictes que aquestes víctimes pateixen.

82. Sobre entrevista cognitiva, vegeu ANTÓN, C., *Los reveladores de huellas mentales en los interrogatorios*, Madrid, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, 2014.

Sobre com s'ha de fer l'entrevista cognitiva, vegeu ANTÓN, C., *Manual de apoyo para la formación de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en la identificación y registro de incidentes racistas y xenófobos*, p. 131 i s.

http://explotacion.mtin.gob.es/oberaxe/inicio_descargaFichero?bibliotecaDatold=217.

En aquest sentit, es recomana reforçar la formació dels professionals per tal d'aconseguir la capacitat adequada per poder sentir empatia amb la víctima i, així, poder obtenir l'acreditació dels fets i la motivació d'odi o discriminació que hi ha darrere. El desconeixement del fet cultural diferencial pot dificultar la *connexió* amb les víctimes i l'obtenció de la seva confiança, i pot impedir que expliquin amb la màxima precisió factors decisius en la investigació dels fets.

3.4.3. Garantir el tracte i l'atenció correctes que mereixen totes les víctimes

És decisiu el degut comportament del policia, del jutge o del fiscal amb la víctima com a mitjà per facilitar que denunciï els fets, obtenir la seva confiança, que faciliti el màxim nombre possible de dades per a la investigació i evitar que incorri en contradiccions en prestar declaració.

Per a això ha de ser desterrat qualsevol gest, comentari, mirada, etc., que pugui tenir un contingut humorístic, burlesc o ofensiu per a les víctimes per mínim, discret o subliminal que sigui, i no únicament per exigències legals evidents amb conseqüències, almenys, en l'ordre disciplinari, sinó, molt especialment, per atendre degudament la víctima, guanyar la seva confiança i obtenir d'aquesta manera un testimoni ric en detalls que permeti recollir com més dades millor per esclarir adequadament els fets i identificar-ne els autors.

Convé recordar que són poques les víctimes que fan el pas de denunciar els fets, i si senten algun comentari d'aquesta mena, probablement no denunciaran, o potser incorreran en contradiccions fruit del nerviosisme i la desconfiança, contradiccions que, sens dubte, i paradoxalment, serviran de fonament per a un hipotètic sobreseïment de la causa o de fonament per a una probable absolució de l'autor dels fets.

3.5. Investigacions policials i judicials insuficients. Necessitat d'acreditar la motivació del delictes

El Tribunal Europeu de Drets Humans ha remarcat l'obligació dels Estats d'investigar en profunditat i d'una manera eficaç tots els incidents que puguin tenir una motivació racista, xenòfoba o altres motius discriminatoris.

Destaquem quatre sentències, una de les quals és molt recent i afecta Espanya:

- 1) **Cas Nachova i altres contra Bulgària, demandes núm. 43577/98 i 43579/98, sentència de la Gran Sala, Estrasburg 6 de juliol de 2005, par. 160:** *«Quan se sospiti que actituds racials van induir a la comissió d'un acte violent, revestirà una importància especial que la investigació oficial es dugui a terme amb energia i imparcialitat i que es tingui en compte la necessitat de reafirmar sense parar la condemna social del racisme i de l'odi ètnic i mantenir la confiança de les minories en la capacitat de les autoritats per protegir-les de l'amenaça de violència racista».*
- 2) **Cas Moldovan i altres contra Romania, demandes núm. 41138/98 i 64320/01, par. 111:** *«La discriminació basada en la raça pot constituir en si mateixa un tracte degradant prohibit per l'article 3 del Conveni Europeu de Drets Humans».*
- 3) **Afer Secic contra Croàcia, 31 de maig de 2007,** en un cas que abordava l'atac de *skinheads* contra romanís, par. 66: *«[...] quan investiguen incidents violents, les autoritats estatals tenen el deure addicional de prendre totes les mesures raonables per desemmascarar qualsevol motivació racista i determinar si el perjudici o l'odi ètnic van poder exercir o no un paper en els esdeveniments. Fracassar en fer això i tractar la violència i la brutalitat induïda racialment en peu d'igualtat amb casos que no tenen un matís racista pot tancar-nos els ulls sobre la naturalesa específica d'actes que són particularment destructius dels drets humans».*
- 4) **Sentència del Tribunal Europeu de Drets Humans, Beauty Salomon contra Espanya, demanda núm. 47159/08, sentència, Estrasburg, 24 de juliol de 2012,**

par. 67 a 71:⁸³ «El Tribunal considera que, quan investiguen incidents violents, les autoritats de l'Estat tenen l'obligació de prendre totes les mesures raonables per descobrir si hi havia una motivació racista i per establir si els sentiments d'odi o els prejudicis fundats sobre l'origen ètnic han tingut un paper en els esdeveniments. És cert que sovint resulta extremadament difícil en la pràctica provar la motivació racista. L'obligació que l'Estat té d'investigar sobre les eventuais connotacions racistes en un acte violent és una obligació de mitjans i no de resultats. [...] El Tribunal ha constatat que les autoritats espanyoles havien vulnerat l'article 3 del Conveni⁸⁴ en tant que no havien menat una investigació efectiva sobre l'incident. [...] El Tribunal pren nota que a les demandes de 21 i 25 de juliol de 2005 la demandant esmentava els insults racistes que havien estat proferits pels policies [...] aquests arguments no han estat examinats pels tribunals encarregats de l'afer [...] sense efectuar una investigació més profunda sobre les actituds pretesament racistes. [...] A la llum dels elements de prova proporcionats, el Tribunal estima que les decisions adoptades per les jurisdiccions internes no han pres en consideració la vulnerabilitat específica de la demandant, inherent a la seva qualitat de dona africana que exerceix la prostitució. Les autoritats han faltat així a l'obligació que els corresponia en virtut de l'article 14 de la Convenció,⁸⁵ combinat amb l'article 3, de prendre totes les mesures possibles per determinar si una actitud discriminatòria hauria pogut tenir o no un cert paper en els esdeveniments».

5) Sentència del Tribunal Europeu de Drets Humans de 20/10/2015 cas Balazs v. Hungría: «En investigar els incidents violents, les autoritats de l'Estat tenen el deure addicional de prendre totes les mesures raonables per desemmascarar qualsevol motivació racista i esta-

83. La traducció és pròpia, ja que el text original només es troba en anglès i francès (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-112456>).

84. Conveni per a la Protecció dels Drets Humans i de les Llibertats Fonamentals: «Article 3. Prohibició de la tortura. Ningú no pot ser sotmès a tortura ni a penes o tractes inhumans o degradants».

85. Conveni per a la Protecció dels Drets Humans i de les Llibertats Fonamentals: «Article 14. Prohibició de discriminació. El gaudi dels drets i llibertats reconeguts en aquest Conveni ha de ser assegurat sense cap distinció, especialment per raons de sexe, raça, color, llengua, religió, opinions polítiques o d'altres, origen nacional o social, pertinença a una minoria nacional, fortuna, naixement o qualsevol altra situació».

blir si és cert o no que l'odi ètnic o els prejudicis poden haver-hi tingut un paper en els esdeveniments». Afegeix el Tribunal que «demostrar la motivació racial sovint serà extremadament difícil en la pràctica, però el Tribunal insisteix a investigar les possibles connotacions racistes d'un acte violent i l'obligació de fer el que és raonable en les circumstàncies per recopilar i assegurar les proves, explorar tots els mitjans pràctics per descobrir la veritat sense ometre fets sospitosos que poden ser indicatius d'una violència racial induïda (vegeu, Bekos i Koutropoulos v. Grècia, no. 15250/02, § 69, ECHR 2005 XIII.»

«El tractament de la violència racial en peu d'igualtat amb els casos que no tenen connotacions racistes serien fer els ulls grossos amb la naturalesa específica dels actes que són particularment destructius dels drets fonamentals».

La insuficient investigació s'ha detectat tant en l'àmbit policial com en el judicial. Els casos més freqüents són:

- a) **Investigacions per denúncies presentades per denegació basada en motius discriminatoris de l'accés a una persona a un establiment públic**, com, per exemple, un bar o una discoteca. En aquests casos, si es presenta denúncia, circumstància que no és comú, la investigació policial o judicial es limita a prendre declaració al denunciant i al denunciat, sense fer diligències addicionals de recerca, la qual cosa, en moltes ocasions, comporta decisions de sobreseïment provisional de la causa pel fet de disposar únicament de dues versions contradictòries, atès que es tracta d'un delictes en el qual difícilment el testimoni de la víctima es veu corroborat per dades de caràcter objectiu.

Per solucionar aquest problema, és molt important la tasca policial d'investigació només produir-se la trucada de la víctima per informar dels fets, sense limitar-se a recollir només la versió del denunciat, que normalment negarà el seu comportament discriminatori i invocarà en moltes ocasions excés d'aforament en l'establiment com a motiu per impedir-hi l'accés. Inspeccionar el local, comprovar si el perfil de la resta de clients és homogeni o heterogeni i rebre declaracions de possibles testimonis redundarà, sens dubte, en l'aclariment dels fets denunciats.

- b) Darrere de moltes agressions físiques o amenaces l'autor material de les quals es identificat o detingut, s'amaguen veritables **grups organitzats o fins i tot organitzacions criminals** que, si no són objecte d'una investigació específica en profunditat, passen desapercebuts i, per tant, els seus comportaments queden impunes d'inducció o autoria intel·lectual.

No n'hi ha prou de limitar-se a esclarir el fet i centrar-se en l'autor material, cal esgotar les investigacions per esclarir la possible existència de veritables autors intel·lectuals.

És relativament freqüent que els autors materials pertanyin a grups o organitzacions deliberadament constituïdes per difondre el discurs de l'odi i al si de les quals s'encoratja i es promociona la comissió d'actes violents contra determinats col·lectius de persones com ara immigrants, homosexuals, persones que professen la religió musulmana, etc.

Es tracta de veritables grups violents, definits aparentment per afinitats musicals, estètiques, esportives, etc., entre els quals hi ha el moviment *skinhead* o organitzacions amb estructura jeràrquica i de naturalesa paramilitar,⁸⁶ però que, en realitat, comporten autèntiques trames violentes i racistes l'agressivitat i perill de les quals han estat denunciats per la Comissió d'Investigació del Racisme i la Xenofòbia del Parlament Europeu i nombroses i prestigioses entitats de lluita contra la discriminació com són The European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field,⁸⁷ Migration Policy Group, Moviment contra la Intolerància,⁸⁸ SOS Racisme,⁸⁹ etc.

La secretària d'Estat de Seguretat del Ministeri de l'Interior, amb el propòsit de contribuir a la superació d'aquest problema, va dictar la Instrucció núm. 6/2009, per impul-

86. Com són els casos dels grups:

Blood & Honour, SAP Madrid de 30 de juny de 2010 (EDJ 2010/112984), confirmada pel Tribunal Suprem per STS de 10 de maig de 2011 (EDJ 85914); i Hammerskin, SAP Madrid de 16 de juliol de 2009 (EDJ 382819).

87. Vegeu *European Anti-discrimination Law Review*, juliol de 2009.

88. Vegeu MOVIMIENTO CONTRA LA INTOLERANCIA, *Informe Raxen 2009*.

89. Vegeu SOS RACISME. *Memòria 2008 de l'Oficina de Denúncies*.

sar de nou i donar continuïtat al Pla d'Actuació i Coordinació Policial contra Grups Organitzats i Violents de Caràcter Juvenil,⁹⁰ mitjançant la qual s'estableix un conjunt de previsions dirigides a les Forces i Cossos de Seguretat de l'Estat per combatre aquest tipus d'organitzacions i establir criteris i continguts essencials en els atestats policials que permetin una resposta adequada en seu judicial als fets que cometin aquests grups.

Per superar aquest problema, es recomana seguir les pautes que recull l'apartat 7 d'aquest manual.

- c) **No acreditació de la motivació del delicte.** Un altre problema que es repeteix amb una freqüència relativa en els atestats de totes les forces i cossos de seguretat i, en alguns casos, en les declaracions que s'obtenen en els jutjats és que s'observa una manca de referència a la motivació de l'autor a la comissió de les infraccions penals amb contingut discriminatori, de manera que es limiten a tramitar l'agressió, l'insult, la coacció, etc., com una altra qualsevol. Abunden les declaracions de víctimes, en fase policial i en fase judicial, en delictes com ara amenaces o lesions, el contingut de les quals és neutre o abstracte, atès que no hi consta la veritable motivació del fet, sent una declaració perfectament intercanviable tant amb la d'un acte racista o homòfob com amb la d'un fet comès al si d'un conflicte veïnal o de trànsit vial.

La descripció de la motivació mitjançant les dades que s'obtenen no únicament de les declaracions de les víctimes o dels implicats, sinó també del fet que la policia faci correctament actes d'inspecció ocular, degudament acompanyades de reportatges fotogràfics o videogràfics que recullin vestigis com ara símbols, anagrames, robes o tatuatges dels presumptes autors, són de màxima importància per a la qualificació jurídicopenal correcta dels fets i, especialment, per a l'apreciació de l'agreujant de l'art. 22.4 CP, tot plegat, a més, amb unes repercussions importants en la possible adopció de mesures cautelars com són la presó provisional o la prohibició d'apropament de l'autor a la víctima.

90. Pla acordat en Instrucció 23/2005 de la Secretaria d'Estat de Seguretat.

En aquest sentit, els policies i els jutges i fiscals han de tenir prou formació per detectar un delicte motivat per l'odi o la discriminació i, per tant, per saber enfocar la investigació per a la seva deguda acreditació. Per a això, són molt orientadors els anomenats **indicadors de polarització** (vegeu apartat 7 d'aquest manual).

3.6. **Necessitat d'incrementar la formació en el principi d'igualtat i no-discriminació de jutges, fiscals, secretaris judicials, forenses, Forces i Cossos de Seguretat, i personal de seguretat privada**

La major part dels problemes exposats responen en part a un dèficit de formació en els coneixements relatius al principi d'igualtat i no-discriminació, que afecta de manera diferent jutges, fiscals, secretaris judicials, forenses, Forces i Cossos de Seguretat, funcionaris de presons i membres d'empreses de seguretat privada. En algunes ocasions, aquesta circumstància impedeix detectar amb el rigor necessari els casos de discriminació i donar-hi la resposta adequada, amb la frustració consegüent per a les víctimes.

Els nostres funcionaris i professionals, a més de conèixer tot el potencial dels tipus penals i de les tècniques d'acreditació d'aquests delictes, necessiten la formació i informació adequada sobre la situació cultural, social, laboral o psicològica, etc., de les víctimes, les dificultats de la seva vida quotidiana i els motius pels quals no denuncien o no es decideixen a fer-ho de manera immediata.

La Comissió Europea contra el Racisme i la Intolerància (ECRI) en el seu quart *Informe sobre Espanya*, publicat el febrer de 2011,⁹¹ apunta a la **formació obligatòria necessària**, tant inicial com continuada, de les Forces i Cossos de Seguretat i de jutges i fiscals en

91. Text oficial en anglès: <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/Country-by-country/Spain/ESP-CBC-IV-2011-004-ENG.pdf>.

Text en castellà consultable a la pàgina web del Consell de la Joventut d'Espanya: <http://www.cje.org/descargas/cje3138.pdf>.

la lluita contra la discriminació i en l'aplicació del principi d'igualtat. Així, amb independència de la necessitat de crear unitats policials especialitzades en la lluita contra els delictes d'odi i discriminació, particularment comesos per trames o grups organitzats, s'han d'implementar les mesures de formació adients per garantir que en els atestats quedi degudament acreditada la motivació dels fets i es practiquin totes les diligències necessàries per desvetllar la pertinença de l'autor o autors a organitzacions o grups constituïts per provocar o incitar a l'odi, la violència o la discriminació (art. 515.5 CP). Aquesta previsió ja es contempla en la Instrucció núm. 6/2009 de la Secretària d'Estat de Seguretat per impulsar de nou i donar continuïtat al Pla d'Actuació i Coordinació Policial contra Grups Organitzats i Violents de Caràcter Juvenil (apartat 3, punt 9).

3.7. Actes públics convocats per propagar el discurs de l'odi, i resposta institucional

Un dels problemes greus que s'han detectat des de fa anys és la relativament freqüent celebració d'actes públics en forma de conferències, concentracions, exposicions o concerts musicals convocats amb la finalitat de provocar i propagar el discurs de l'odi, la violència i la discriminació, i que són susceptibles de ser qualificats com a delicte de l'art. 510 CP (que engloba les conductes dels anteriors art. 510 i 607.2 CP abans de la LO 1/2015, de 30 de març).

La Fiscalia de Barcelona es va dotar l'any 2010 d'un protocol específic per a la investigació d'aquest tipus de delictes comesos en actes públics i des de fa anys incoa diligències d'investigació en relació amb la celebració de concerts musicals de grups en els repertoris dels quals hi ha cançons que inciten a l'odi, la violència i la discriminació per raons d'orientació sexual o contra els immigrants o el poble jueu.

Totes les notícies o denúncies que arriben al Servei de Delictes d'Odi i Discriminació, normalment mitjançant la policia mateixa o les organitzacions de defensa de drets humans, són investigades prèviament pel cos de Mossos d'Esquadra, que disposa d'una unitat especialitzada. Si es confirma que hi ha indicis racionals de la possible comissió d'algun dels comportaments previstos en el nou art. 510 CP

(antics art. 510 i 607.2 CP), s'acorda la filmació i gravació completa de l'acte per la policia per estudiar-lo posteriorment i, si escau, depurar accions penals.

3.8. Identificació per perfils ètnics o racials

Segons manifesta l'advocada i col·laboradora a Espanya d'Open Society Justice Initiative⁹² Cristina de la Serna,⁹³ «*gràcies a l'arribada de persones migrants provinents de diferents parts del món –sobretot, des de principis de la dècada dels anys 90–, la població espanyola ha passat a ser pluriètnica. Malgrat això, cada vegada és més habitual la utilització de perfils racials per part de la policia en els seus controls d'identificació en llocs públics en el context del control migratori. Es produeix així una barrera virtual entre població majoritària i persones amb trets ètnics o racials diferents: mentre els primers rarament són aturats per la policia, aquelles persones amb aparença migrant són objecte d'innombrables controls d'identitat –de vegades, diversos cops al dia–*».

Aquestes pràctiques no tenen lloc únicament als carrers i a les estacions de transport públic, sinó a qualsevol lloc «*presumptament*» freqüentat per persones migrants: determinats restaurants, entrades d'escoles públiques, locutoris i fins i tot centres d'assistència a persones migrants.

Aquesta realitat fa que ens preguntem, com fan el professor García Añón i altres autors a la seva obra *Identificación por perfil étnico en España*:⁹⁴ quins grups i tipus de persones tenen més probabilitats de ser aturats per la policia a Espanya?; quins efectes té ser aturat, escorcollat o identificat per la policia?; té conseqüències en la confiança que li fem a la policia?; afecta la valoració de la legitimitat

92. Open Society Justice Initiative (www.justiceinitiative.org) és un programa operatiu d'Open Society Foundations que promou els drets humans i fomenta la capacitat legal de les societats obertes a través del litigi estratègic, la incidència política, la investigació i l'assistència tècnica. L'organització centra els seus esforços en els temes següents: responsabilitat per crims internacionals, discriminació racial i apatridia, reforma de la justícia penal, abusos relacionats amb la seguretat nacional i contraterrorisme, llibertat d'informació i expressió, i corrupció en els recursos naturals.

93. DE LA SERNA, C., «Uso de perfiles étnicos en España: una oportunidad histórica de erradicarlos», *Debates Jurídicos*, núm. 3, maig de 2014 (Open Society Justice Initiative - Rights International Spain).

94. GARCÍA AÑÓN, J., *et al.*, *Identificación por perfil étnico en España*, València, Tirant lo Blanc, 2013.

que se li atorga?; afecta la voluntat de cooperar amb aquesta institució en el futur?

La identificació de les persones per part dels cossos policials que no es basa en el comportament individual, sinó exclusivament en l'aspecte físic o en el color de la pell, que és una pràctica comuna, segons els estudis realitzats,⁹⁵ ha estat posada de manifest pel Defensor del Poble⁹⁶ i des de fa anys és assenyalada per organismes internacionals i organitzacions de drets humans.⁹⁷

La **Comissió Europea contra el Racisme i la Intolerància del Consell d'Europa (ECRI)** defineix la identificació per perfils ètnics o racials com l'«*Ús per les forces policials, sense justificació objectiva i*

95. En una enquesta feta per Metroscopia i analitzada per l'Institut de Drets Humans de la Universitat de València, només el 6% de les persones caucàsiques van contestar que havien estat identificades en els dos darrers anys; per contra, van contestar en el mateix sentit el 60% de les persones gitanes, el 45% de les persones amb aparença magribina, el 39% de les persones amb aparença afrolatinoamericana i el 22% de les persones amb aparença andinollatinoamericana. Podeu consultar-ne l'informe aquí: http://www.uv.es/garciaj/pub/2013_perfil_etnico.pdf.

Vegeu també l'estudi fet a Espanya en el marc del Projecte STEPSS 2008, finançat per la Unió Europea i del qual es desprèn l'existència d'identificacions basades en el perfil ètnic i que s'efectuen de manera sistemàtica al col·lectiu dels immigrants perquè «*semblen estrangers*».

96. El Defensor del Poble, en els seus informes de 2010 i 2011, indica que es produeixen «*nombroses queixes de ciutadans d'origen estranger que han estat detinguts com a conseqüència de controls d'identificació, realitzats de manera sistemàtica en diferents llocs de la ciutat de Madrid*» (*Informe Anual del Defensor del Pueblo*, 2011, p. 462).

97. El Comitè per a l'Eliminació de la Discriminació, en les seves observacions finals a Espanya (78è període de sessions, 14 de febrer a 11 de març de 2011), *Racial, «considera preocupant la informació que ha rebut sobre els controls d'identificació o batudes policials, basats en perfils ètnics i racials, realitzats en llocs públics i barris on hi ha una alta concentració d'estrangers amb la finalitat de detenir a aquells que es troben en situació irregular a l'Estat part (art. 2, 5 i 7)»* (CERD, 2011, 2, par. 10).

En el seu darrer informe, el Relator Especial sobre les formes contemporànies de racisme, discriminació racial, xenofòbia i formes connexes d'intolerància, el Sr. Mutuma Ruteere, denuncia, després de la seva recent visita a Espanya, entre el 21 i el 28 de gener de 2013, que pel que «*sembla l'ús de perfils ètnics persisteix des de l'entrada en vigor de la nova circular*» (ONU, 2013).

La Comissió Europea contra el Racisme i la Intolerància (Consell d'Europa), en el seu tercer *Informe sobre España*, va recomanar «*que les autoritats espanyoles estudiessin l'abast de la pràctica d'establir perfils ètnics entre les diferents forces oficials que operen a Espanya en els àmbits nacional, regional i local, i que prenguessin totes les mesures necessàries per combatre aquestes pràctiques*». En el quart *Informe sobre España* (2011), «*expressa la seva preocupació pels reiterats informes sobre l'augment constant dels controls de documents d'identitat sense un motiu clar que tenen lloc en els barris en què hi ha una forta concentració d'estrangers*».

raonable, de criteris com són la raça, el color, la llengua, la religió, la nacionalitat o l'origen nacional o ètnic per a les activitats de control, vigilància o investigació», en la Recomanació núm. 11 de política general de l'ECRI, de 29 de juny de 2007, sobre la lluita contra el racisme i la discriminació racial.⁹⁸

Per la seva banda, el **Comitè per a l'Eliminació de la Discriminació Racial de Nacions Unides, en la Recomanació General núm. 31**, assenyala:

«És legítim efectuar controls d'identitat de manera general amb fins de protecció de la seguretat ciutadana i de prevenció del delictes o amb vista a controlar la immigració il·legal.

[...] adopció de mesures per impedir els interrogatoris, les detencions i els escorcolls basats de facto exclusivament en l'aspecte físic de l'individu, el seu color, els seus trets facials, la seva pertinença a un grup racial o ètnic, o qualsevol altra categorització que pugui fer-lo particularment sospitós.»

El **Tribunal Constitucional** en la sentència de 29 de gener de 2001, cas Rosalind Williams, va establir que no és discriminatòria la utilització de les característiques ètniques en les identificacions, i les considera com a criteris raonables per procedir a l'actuació policial en el marc del compliment de la Llei d'estrangeria.⁹⁹ No obstant això, la seva jurisprudència avui pot ser considerada obsoleta.

Rosalind Williams és una persona d'origen afroamericà que va obtenir la nacionalitat espanyola l'any 1969. El 6 de desembre de 1992, mentre estava amb el seu marit i el seu fill en una estació de tren a Valladolid, va ser l'única persona de totes les presents que va ser sotmesa a un control d'identificació per part de la policia. En preguntar a l'agent el motiu d'aquest control d'identitat, l'agent en qüestió va contestar que tenia obligació de verificar la identitat de les persones «com ella», és a dir, de totes les *persones de color*. Després de negar-se a identificar-se, tant ella com el seu marit i el seu fill van ser traslladats a comissaria per verificar les seves dades personals. Finalment, un

98. http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/GPR/EN/Recommendation_N11/e-RPG%2011%20-%20A4.pdf.

99. No obstant això, en la sentència hi ha l'important vot particular del magistrat Julio Diego González Campos, en què mostrava la seva disconformitat amb la majoria i estimava que la utilització d'aquest tipus de criteris característics racials sí que constitueix una vulneració del principi de no-discriminació de l'art. 14 CE.

cop comprovada la nacionalitat espanyola de la Sra. Williams, van ser posats en llibertat.

L'any 2009, el **Comitè de Drets Humans de Nacions Unides** va tenir oportunitat de pronunciar-se sobre aquest mateix cas, i va establir que aquestes actuacions policials violen el principi de no-discriminació, atès que, quan els agents fan controls d'identitat, *«les meres característiques físiques o ètniques de les persones objecte d'aquests controls no s'han de tenir en consideració com a indicis de la seva possible situació il·legal al país»*.

El Tribunal Europeu de Drets Humans en el cas Nachova (6 de juliol de 2005) i, en concret, en el cas Timishev contra Rússia (13 de desembre de 2005) utilitza el terme *categories sospitoses* com ara l'ètnia o la raça, i argumenta que cap diferència de tracte pot ser objectivament justificada si es basa exclusivament, o de forma decisiva, en l'origen ètnic d'una persona.

«[...] cap diferenciació en el tracte basada únicament o de manera decisiva en l'origen ètnic d'una persona pot ser justificada objectivament en una societat contemporània democràtica [...] tenint en compte que el dret a la llibertat de moviment del denunciant va ser restringida únicament amb motiu d'un origen racial, aquesta diferència de tracte constitueix discriminació racial en el sentit de l'article 14 de la Convenció.»

La discriminació basada en la categoria o criteri de la raça o l'ètnia és una categoria odiosa dins de totes les classes de discriminació: *«La discriminació racial és un tipus especialment odiós de discriminació i, a la vista de les perilloses conseqüències que té, exigeix de les autoritats una vigilància especial i una reacció vigorosa»* (STEDH de 13 de desembre de 2005, cas Timishev contra Rússia [demanda núm. 55762/2000 i 55974/2000] par. 56).

Cal recordar que les pràctiques d'identificació per perfil ètnic poden vulnerar l'art. 14 del Conveni per a la Protecció dels Drets Humans i de les Llibertats Fonamentals (CEDH) que recull el principi de no-discriminació pel que fa al gaudi dels drets que hi conté, i altres drets poden resultar retallats per l'aplicació de perfils racials o ètnics en les actuacions policials: el dret a la llibertat i seguretat personals (art. 5), el dret al respecte a la vida privada i familiar (art. 8), el dret a la llibertat de religió (art. 9) i la llibertat de moviment (art. 2, Protocol

núm. 4). Per la seva banda, el Protocol núm. 12 del CEDH, també signat i ratificat per Espanya, reconeix el dret autònom a la no-discriminació. En l'art. 1 s'estableix el següent:

«1. *El gaudi dels drets reconeguts per la llei ha de ser assegurat sense cap discriminació, especialment per raons de sexe, raça, color, llengua, religió, opinions polítiques o d'un altre caràcter, origen nacional o social, pertinença a una minoria nacional, fortuna, naixement o qualsevol altra situació.*

2. *Ningú no pot ser objecte de discriminació per part d'una autoritat pública, especialment pels motius esmentats en el paràgraf 1.»*

Tal com destaquen García Añón i altres autors en la seva obra *Identificación por perfil étnico en España*,¹⁰⁰ en l'àmbit del TEDH les pràctiques policials que utilitzen el perfil ètnic haurien de complir tres criteris perquè pogués considerar-se que una diferència de tracte és legítima i no constitueix discriminació en el marc del CEDH. En cas contrari, es considerarien pràctiques discriminatòries (OSJI, 2012: 193-194):

- a) Eficàcia. Les pràctiques policials que utilitzen el perfil ètnic poden considerar eficaces si es basen en una relació estadística objectiva entre els criteris ètnics utilitzats i la probabilitat que les persones identificades amb aquest perfil haguessin comès o planegessin cometre un delictes.
- b) Proporcionalitat. S'ha de demostrar que els beneficis derivats de la utilització dels trets ètnics en els perfils per augmentar l'eficiència en l'aplicació de la llei són més grans que el dany causat pels efectes discriminatoris reals o percebuts de la utilització del perfil per a aquestes persones o grups.
- c) Necessitat. L'ús de perfils ètnics no és necessari si s'obtenen els mateixos resultats utilitzant un mètode diferent que no exigeixi un tracte diferenciat.

L'Estat espanyol ha demostrat darrerament la seva voluntat de millorar la situació pel que fa a la utilització de perfils ètnics. Queda demostrat pel fet que el maig de 2012 s'aprova per primera vegada una **Circular de la Direcció General de la Policia (Circular 10/2012)** que ordenava als agents evitar l'ús de les característiques ètniques en

100. GARCÍA AÑÓN, J., et al., *Identificación por perfil étnico en España*, València, Tirant lo Blanc, 2013.

les identificacions. Aquesta mesura va suposar un important avenç per afrontar el problema, però s'ha demostrat insuficient, tal com han constatat recentment la Defensora del Poble, el Relator Especial sobre Racisme de Nacions Unides o el Comitè de Ministres del Consell d'Europa.¹⁰¹ La Circular 10/2012, en la seva part expositiva, estableix que:

- «[...] *El desenvolupament d'aquests plans i dispositius [referint-se a la planificació i execució de plans i dispositius operatius selectius en matèria d'estrangeria] ha d'evitar qualsevol tipus de pràctica que pogués comportar una restricció indeguda dels drets i llibertats dels immigrants, i queda prohibit en aquest sentit l'establiment de quotes d'identificació o detenció d'estrangers a qualsevol unitat del Cos Nacional de Policia, i igualment han d'evitar-se actuacions massives o indiscriminades basades únicament en criteris ètnics.»*
- «Les **identificacions** de persones que infonguin sospites han de fer-se de forma proporcionada, respectuosa, cortès i de la manera que menys incidència generi en l'esfera de l'individu, de manera que s'evitaran aquelles que es considerin innecessàries, arbitràries, abusives i que suposin una extralimitació de les facultats que atorga a l'efecte de l'ordenament jurídic a les forces i cossos de seguretat. »

La identificació per perfils ètnics i racials per part de les Forces i Cossos de Seguretat ha estat abordada també per la nova **Llei or-**

101. La Defensora del Poble va deixar constància en el seu informe anual relatiu a l'any 2013 de l'elevat nombre de queixes d'identificacions per perfil ètnic rebudes per la seva institució amb posterioritat a l'entrada en vigor de la Circular 2/2012 (*Informe Anual del Defensor del Pueblo*, 2013, p. 225 i 226).

El Relator Especial sobre les formes contemporànies de racisme, discriminació racial, xenofòbia i formes connexes d'intolerància de Nacions Unides va manifestar de manera expressa en el seu informe sobre Espanya de juny de 2013 que «l'ús de perfils ètnics persisteix des de l'entrada en vigor de la nova circular» (Document A/HRC/23/56/Add.2, de 6 de juny de 2013, par. 51-52).

El 10 de juliol de 2013 el Comitè de Ministres del Consell d'Europa va adoptar la Resolució CM/ResCMN (2013) 4, en la qual es va deixar constància que: «[t]ot i que una circular de la Direcció General de la Policia en què es prohibien les quotes de detenció d'immigrants i batudes indiscriminades va entrar en vigor el 21 de maig de 2012, la pràctica d'identificacions basades en perfil ètnic continua sent generalitzada: persones que pertanyen a grups minoritaris són aturades i escorcollades desproporcionadament, especialment al transport públic i al carrer».

gènica 4/2015, de 30 de març, reguladora de la protecció de la seguretat ciutadana (entrada en vigor l'1 de juliol de 2015):

«Article 16. Identificació de persones.

1. En el compliment de les seves funcions d'indagació i prevenció delictiva, així com per sancionar les infraccions penals i administratives, els agents de les forces i cossos de seguretat poden requerir la identificació de les persones en els supòsits següents:

- a) Quan hi hagi indicis que han pogut participar en la comissió d'una infracció.*
- b) Quan, en atenció a les circumstàncies concurrents, es consideri raonablement necessari que acreditin la seva identitat per prevenir la comissió d'un delictes.*

En aquests supòsits, els agents poden dur a terme les comprovacions necessàries a la via pública o al lloc on s'hagi fet el requeriment, inclosa la identificació de persones amb la cara no visible totalment o parcialment per utilitzar qualsevol tipus de peça de roba o objecte que la cobreixi, cosa que n'impedeixi o en dificulti la identificació, quan sigui necessari als efectes indicats.

En la pràctica de la identificació cal respectar estrictament els principis de proporcionalitat, igualtat de tracte i no-discriminació per raó de naixement, nacionalitat, origen racial o ètnic, sexe, religió o creences, edat, discapacitat, orientació o identitat sexual, opinió o qualsevol altra condició o circumstància personal o social.»

Impugnació davant els tribunals

Els controls policials guiats per criteris racials no constitueixen cap tipus penal, però hi ha dues opcions possibles de reclamació per impugnar aquests actes materials:

- La reclamació de responsabilitat patrimonial de les administracions públiques d'acord amb els art. 139 a 144 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú (LRJPAC), que es desenvolupa en el Reial decret 429/1993, de 26 de març, pel qual s'aprova el Reglament dels procediments de les administracions públiques en matèria de responsabilitat patrimonial (Reglament de responsabilitat patrimonial).

- El recurs contra les actuacions materials de l'Administració que constitueixin via de fet conforme a l'art. 25.2 de la Llei de la jurisdicció contenciosa administrativa (LJCA). L'activitat policial consistent en la sol·licitud de documentació a les persones en funció de les seves característiques ètniques o racials pot ser considerada com una actuació material de l'Administració impugnabla per via de l'art. 25.2 LJCA. Així mateix, per aquesta via és possible sol·licitar indemnització pels danys i perjudicis ocasionats per l'actuació impugnada, tal com estableix l'art. 32.2 LJCA.

Un cop hagi estat notificada la resolució denegatòria del Ministeri de l'Interior –o transcorreguts sis mesos des que es va iniciar el procediment sense que s'hi hagi dictat resolució–, si s'ha optat per la reclamació patrimonial, es pot acudir als tribunals contenciosos administratius per impugnar judicialment la resolució d'acord amb el procediment preferent i sumari per a la protecció dels drets fonamentals que regulen els art. 114-122 LJCA. Si s'ha optat pel procediment aplicable per via de fet, tal com dèiem, pot interposar-se directament el recurs contenciós administratiu, o bé pot fer-se un cop transcorreguts deu dies des del requeriment de cessament (que és potestatiu).

3.9. **Violència racista, xenòfoba i homòfoba en l'esport**

«El problema del racisme i de la violència en el futbol no és recent, aquesta enquistat al nostre país des de fa anys i ha ocasionat successos criminals greus. Els fons ultres en gairebé tots els estadis de categoria nacional són el viver més important per a la captació de joves per grups que promouen l'odi i la violència, a part de ser un lloc privilegiat per a l'exhibicionisme simbòlic antidemocràtic. A les grades proclamen la superioritat de la raça blanca, són antisemites, xenòfobs i surten de "caça" contra aficionats d'"equips enemics" als voltants de l'estadi, quan no ataquen immigrants, negres, indigents, homosexuals, "rojos"... i periodistes, sobretot els gràfics, que evidencien la seva realitat. També despleguen una activitat intensa a Internet a través de webs, fòrums i xarxes socials connectant amb l'insidiós món virtual neofeixista i contaminant més enllà dels camps de futbol a sectors juvenils amb l'objectiu d'atacar la democràcia.

Els successos continus de racisme en el futbol són la punta d'un iceberg de la intolerància més extrema darrere dels quals s'amaguen nombrosos grups neonazis que són els que dinamitzen les grades ultres,

autèntics viviers racistes, des d'on impulsen gran hostilitat cap als jugadors negres i cap a altres aficions.»¹⁰²

La penetració, per tant, de grups extremistes en els clubs de futbol per reclutar i fanatitzar joves que posteriorment cometen actes de violència per motius racistes, xenòfobs, homòfobs o ideològics constitueix una realitat contrastada.

L'abordatge d'aquest problema, tal com posa de manifest el professor José Manuel Ríos Corbacho,¹⁰³ no s'ha de fer des d'una perspectiva únicament administrativa, sinó també des de l'àmbit del dret penal.

La veritable motivació d'aquests fets passa desapercebuda per a policies, fiscals o jutges d'instrucció que, a causa d'una investigació insuficient, els qualifiquen sovint com a actes violents provocats per una simple i aparent rivalitat esportiva, sense determinar la veritable motivació que s'hi amaga al darrere, i això implica també la minimització dels fets, amb una resposta policial i jurídica insatisfactòria atesa la gravetat dels fets.

D'altra banda, també s'ha pogut comprovar que els autors de molts fets violents comesos fora de l'àmbit esportiu, alguns de particularment greus,¹⁰⁴ pertanyen a grups radicals o ultra del futbol i que al si d'aquests grups han estat captats i fanatitzats per, posteriorment, protagonitzar als carrers actes de violència contra minories com ara estrangers, homosexuals i transsexuals o contra persones d'idees antagòniques a les que ells professen.

Afrontar aquest problema és una exigència legal però també forma part de les accions aprovades en la Conferència Mundial contra el Racisme, la Discriminació Racial, la Xenofòbia i les Formes connexes d'Intolerància, celebrada el 2001 a Durban (Sud-àfrica), convocada per

102. Esteban Ibarra, dins MOVIMIENTO CONTRA LA INTOLERANCIA, *Materiales Didácticos*, núm. 6. <http://www.movimientocontralaintolerancia.com/html/entrevistas/entrevistas.asp>. Esteban Ibarra és el president de Moviment contra la Intolerància.

103. RÍOS CORBACHO, J.M., «Incitación al odio, Derecho Penal y deporte», *RECPC, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 16-15, 2014. <http://criminet.ugr.es/recpc>.

104. Cas Stroika, SAP Barcelona de 18 de juliol de 2014, confirmada per STS de 16 d'abril de 2015, que condemna a penes d'entre divuit i vint anys de presó a deu persones vinculades a grups extremistes relacionats amb el futbol per delictes d'assassinat en grau de temptativa, lesions amb instrument perillós i danys amb incendi.

Nacions Unides sota els auspicis del Comitè Olímpic Internacional¹⁰⁵ i de les recomanacions d'organismes internacionals com ara la Comissió Europea contra el Racisme i la Intolerància (ECRI) del Consell d'Europa.¹⁰⁶

Des del punt de vista d'una investigació policial i judicial correcta i eficaç es recomana:

- **La implicació de tots els responsables públics de la Seguretat i la Justícia a l'exigent aplicació de la Llei 19/2007, d'11 de juliol, contra la violència, el racisme, la xenofòbia i la intolerància en l'esport**, i del Reglament 203/2010 que la desenvolupa, com també la de les **empreses de seguretat privada** que participen a garantir la seguretat dins dels estadis esportius o als seus voltants.
- El ple compliment per part dels **clubs esportius**, especialment els de futbol, de les previsions de la legislació esmentada, en particular pel que fa a l'**administració pels clubs de futbol del llibre de registre que preveu la legislació esportiva** que permeti als coordinadors de seguretat controlar millor les persones i els grups ultres, com també pel que fa al compliment de la prohibició legal d'exhibició de símbols, estandards, pancartes o càntics que puguin incitar a la violència o a l'odi per motius racistes o xenòfobs. La informació registrada ha de ser facilitada a Forces i Cossos de Seguretat, jutges o fiscals quan es cometi un fet delictiu en què aparegui implicat un aficionat respecte del qual els clubs esportius disposin d'informació en aplicació de la legislació esmentada.
- **Pel que fa als investigadors**, davant de fets de naturalesa violenta en què no hi hagi una motivació aparent i les víctimes dels quals pertanyin o es relacionin amb col·lectius minoritaris o susceptibles de vulnerabilitat, les unitats de policia judicial han de coordinar-se amb les unitats d'informació de tots els cossos policials per creuar la informació disponible sobre els antecedents policials de l'investigat per la comissió d'infraccions administratives en

105. Conferència de Durban, acords: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/afrodescendientes_instrumentos_internacionales_Declaracion_Programa_Accion_Durban.pdf.

106. Recomanació núm. 12 de política general de l'ECRI, de 19 de desembre de 2008, sobre lluita contra el racisme i la discriminació racial en l'àmbit de l'esport. http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/GPR/EN/Recommendation_N12/e-RPG%2012%20-%20A4.pdf.

aplicació de la Llei 19/2007, sobre violència en l'esport, i, si escau, sol·licitar l'accés a la informació de què disposin els clubs esportius sobre l'investigat en virtut dels llibres de registre obligatoris que preveu la normativa esportiva.

- També serà d'utilitat per acreditar la motivació veritable d'aquest tipus d'actes conèixer la informació disponible de l'investigat per identificacions o infraccions en aplicació de l'anterior Llei 1/992, de seguretat ciutadana, o l'actual LO 4/2015, de 30 de març (p. ex., conèixer les identificacions efectuades en el marc de la llei esmentada per assistència a manifestacions o reunions de grups ultra, concerts neonazis, etc.).
- Els investigadors també han d'efectuar un rastreig de les pàgines web, blogs i perfils de caràcter públic a les xarxes socials vinculades o relacionades amb el cercle de l'investigat, que, en moltes ocasions, oferiran informació molt valuosa per acreditar la seva vinculació amb grups ultra i la possible motivació racista, xenòfoba, homòfoba o ideològica que l'ha portat a cometre els fets.
- Es recomana als fiscals o als jutges d'instrucció que, si en els atestats policials no hi consta, sol·licitin o acordin la informació indicada a l'efecte d'acreditar per mitjà de la prova d'indici la motivació real d'aquests fets violents en què no hi hagi una motivació aparent i les víctimes dels quals pertanyin o es relacionin amb col·lectius minoritaris o susceptibles de vulnerabilitat.
- Davant de fets greus, amb ple respecte als principis de necessitat i proporcionalitat, es recomana que en les investigacions s'acordin judicialment diligències per entrar en domicilis i escorcollar-los, intervenir i extreure-hi la informació de telèfons mòbils, suports informàtics (ordinadors, tauletes tàctils, memòries USB, etc.) o l'accés a sistemes d'emmagatzematge en «*el núvol*» (per a més informació, vegeu apartat 7.4 d'aquest manual).
- Cal enfocar penalment els càntics massius a les grades dels estadis de futbol en els quals es coregen proclames racistes, xenòfobes, homòfobes, etc., acompanyades d'insults o amenaces i, moltes vegades, de gesticulació o propaganda marcadament feixista. En aquest sentit, cal incoar diligències policials i penals per la comissió de delictes amb motiu de l'exercici dels drets fonamentals i de les llibertats públiques que garanteix la constitució de l'art. 510 CP.

4. MARC JURÍDIC GENERAL: NACIONAL, AUTONÒMIC I INTERNACIONAL, SOBRE DISCRIMINACIÓ

Aquest apartat recull i analitza succintament la normativa vigent a escala nacional, autonòmica catalana i internacional sobre odi i discriminació, i compilen les principals recomanacions i resolucions d'organismes internacionals en aquest àmbit. Se n'han exclòs la normativa i les recomanacions referides a la discriminació contra la dona que, per la seva especificitat i el tractament especialitzat que demana, no constitueix l'objecte d'aquest manual.

Cal recordar que respecte a les normes internacionals la **Constitució espanyola**, en l'**art. 96**, indica que «*[e]ls tractats internacionals celebrats vàlidament formaran part de l'ordenament intern una vegada hagin estat publicats oficialment a Espanya*», i en l'**art. 10.2** estableix l'**obligació d'interpretar les nostres normes internes, entre les quals el Codi penal, d'acord amb el dret internacional sobre drets humans**, i així assenyala:

«Les normes relatives als drets fonamentals i a les llibertats que la Constitució reconeix s'interpretaran de conformitat amb la Declaració Universal de Drets Humans i els tractats i els acords internacionals sobre aquestes matèries ratificats per Espanya.»

El mandat que preveu l'art. 10.2 CE afecta directament la interpretació dels articles del Codi penal que han de fer jutges, magistrats i fiscals. Ningú no dubta que el Codi penal, al qual els autors denominen Constitució en negatiu, és una norma reguladora de drets fonamentals i, per tant, ha de ser interpretat d'acord amb els tractats internacionals i les recomanacions d'organismes internacionals en matèria de drets humans.

Els tractats i compromisos internacionals que té subscrits Espanya són de compliment obligat per jutges i tribunals, no únicament perquè formen part del nostre ordenament jurídic, sinó perquè aquests textos han de servir d'eina obligatòria d'interpretació de la nostra normativa de drets humans i drets fonamentals; entre d'altres, per interpretar el Codi penal, i això per mandat exprés i clar de l'art. 10.2 CE.

Per tant, termes com *odi*, *discriminació*, *violència* o *hostilitat*, que recull l'art. 510 CP, han de ser interpretats inexorablement en aplicació de l'art. 10.2 CE d'acord amb els tractats internacionals signats per Espanya i d'acord amb les recomanacions dels organismes internacionals de defensa dels drets humans, com són el Comitè de Drets Humans de Nacions Unides, el Comitè de l'ONU per a l'Eliminació de totes les Formes de Discriminació Racial, l'Agència de Drets Fonamentals de la Unió Europea, la Comissió contra el Racisme i la Intolerància (ECRI) del Consell d'Europa, i l'Oficina per a les Institucions Democràtiques i els Drets Humans (ODIHR) de l'Organització per a la Seguretat i Cooperació a Europa (OSCE).

4.1. Marc jurídic nacional

4.1.1. *Constitució espanyola*

A. *La igualtat com a valor superior de l'ordenament jurídic*

El dret a la igualtat el consagra l'art. 1.1 CE com un valor superior de l'ordenament jurídic al mateix nivell que la resta dels valors superiors de la llibertat, la justícia, la igualtat i el pluralisme polític.

Art. 1.1 CE: «*Espanya es constitueix en un Estat social i democràtic de Dret, que propugna com a valors superiors del seu ordenament jurídic la llibertat, la justícia, la igualtat i el pluralisme polític.*»

Convé destacar la **STC 8/1983, de 18 de febrer**, que determina que el dret a la igualtat s'alça com un valor superior i preeminent del nostre ordenament jurídic, que es posiciona en un rang central de tal manera que qualsevol situació de desigualtat esdevé frontalment incompatible amb l'ordre de valors constitucionals proclamats, i manifesta textualment: «*La igualtat es configura com un valor superior que, en el que ara importa, es projecta amb una eficàcia transcendent de manera que tota situació de desigualtat persistent en l'entrada en vigor de la norma constitucional esdevé incompatible amb l'ordre de valors que la Constitució, com a norma suprema, proclama.*»

La igualtat és un dels valors superiors de l'ordenament jurídic juntament amb la llibertat, la justícia i el pluralisme polític, d'acord amb altres constitucions i amb la normativa internacional actual.

La referència a aquests valors, juntament amb la que proclama l'art. 10.2 CE, constitueix el fonament del contingut material de l'Estat social i democràtic de dret, i això amb la finalitat d'evitar l'arbitrarietat i les vies de fet.

Partint del contingut de l'art. 1.1 CE, cal destacar la legislació següent per fer efectiu el principi d'igualtat:

B. La igualtat com a responsabilitat de tots els poders públics

L'art. 9.2 CE transmet un mandat a tots els poders de l'Estat, incloent-hi el poder judicial, per tal que orientin les seves actuacions vers la plena efectivitat de la llibertat i la igualtat dels individus, i consagra l'anomenada clàusula de promoció de la igualtat material.

Art. 9.2 CE: *«Correspon als poders públics de promoure les condicions perquè la llibertat i la igualtat de l'individu i dels grups en els quals s'integra siguin reals i efectives; remoure els obstacles que n'impeixin o en dificultin la plenitud i facilitar la participació de tots els ciutadans en la vida política, econòmica, cultural i social».*

Aquest article implica que el dret a la igualtat no forma part del nostre text constitucional únicament com un principi inspirador, sinó també amb una transcendència real i pràctica. Per a això, els poders públics –i, per tant, el poder judicial com un dels tres poders de l'Estat– han de dur a terme un programa de polítiques actives en tots els àmbits amb la finalitat que el dret a la igualtat es tradueixi en les condicions personals i socials. En efecte, la configuració de l'Estat com a social exigeix la intervenció de tots els poders públics perquè l'anhelada igualtat sigui real, veritable i efectiva, i s'aconsegueixi una equiparació real, veritable i efectiva dels drets socials dels ciutadans.

Cal destacar les sentències següents del Tribunal Constitucional en què s'aplica el precepte constitucional esmentat:

- **STC 19/1982, de 5 de maig**, que connecta aquest precepte amb els principis rectors del capítol III del títol I, assenyalant: *«Per desigualtat que comporti discriminació, ve donada essencialment per la mateixa Constitució, que obliga a donar rellevància a determinats punts de vista entre els*

quals sobresurt el principi de l'Estat social i democràtic de dret de l'article 1.1, que informa una sèrie de disposicions com ara el mandat de l'article 9.2 [...], i el conjunt dels principis rectors de la política social i econòmica del Capítol III del Títol I, el reconeixement, respecte i protecció dels quals informaran a la legislació positiva, la pràctica judicial i l'actuació dels poders públics segons diu l'article 53.3 de la Constitució, que impedeix considerar aquests principis com a normes sense contingut que obliga a tenir-los presents en la interpretació tant de les normes constitucionals com de les lleis».

- **STC 39/1986, de 31 de març**, que va consagrar l'art. 9.2 CE com: «*el precepte que compromet l'acció dels poders públics, a fi que es pugui assolir la igualtat substancial entre els individus, independentment de la seva situació social*».
- **STC 216/1991, de 14 de novembre**, que indica, respecte a l'actuació dels poders públics per arribar a la igualtat anhelada, que no podrà ser considerada discriminatòria i constitucionalment prohibida l'acció d'afavoriment, si més no temporal, que aquells poders públics duen a terme en benefici de determinats col·lectius, històricament preterits i marginats, per tal que, mitjançant un tracte especial més favorable, aconseguixin suavitzar o compensar la situació de desigualtat substancial en la qual estan objectivament immersos.

En aquesta sentència, el Tribunal Constitucional relaciona els art. 1.1 i 14 CE amb l'art. 9.2 CE, ja que considera que l'art. 1.1 proclama la igualtat com un dels valors superiors de l'ordenament jurídic, però no només des d'un prisma formal, com preveu l'art. 14, sinó també des d'una perspectiva substancial, com estableix l'art. 9.2, que obliga tots els poders públics a promoure les condicions perquè la igualtat sigui real i efectiva.

C. *La dignitat*

El respecte a la dignitat humana i els drets fonamentals es configura com el fonament de l'ordre polític i de la pau social en l'art. 10.1 CE, que estableix que aquests drets superiors han de ser interpretats d'acord amb el que estableixen la Declaració de Drets Humans i tots els tractats i acords internacionals sobre aquestes matèries ratificats per Espanya.

Igualtat com a valor superior intrínsecament unit amb la dignitat humana

Art. 10.1 CE: «*La dignitat de la persona, els drets inviolables que li són inherents, el lliure desenvolupament de la personalitat, el respecte a la llei i als drets dels altres són fonament de l'ordre polític i de la pau social*».

La consideració i la protecció de la dignitat humana, que l'art. 10 CE considera fonament de l'ordre polític i de la pau social, es constitueix en la raó central dels plantejaments que desenvolupen i incorporen els textos positius de les formulacions dels drets humans.

La dignitat humana esdevé fonament de tot el dret positiu, tant nacional com internacional, i, per tant, és irrenunciable, indisponible i es conserva durant tota la nostra existència.

Cal destacar les sentències següents del Tribunal Constitucional:

- **STC 120/1990, de 27 de juny, i 57/1994, de 28 de febrer**, que fixen que la dignitat humana constitueix un «*minimum invulnerable*» que tot estatut jurídic ha d'assegurar en tots els àmbits. Sens dubte, aquest article és la pedra angular sobre la qual es vertebra tot el sistema de drets i llibertats reconeguts en el títol I CE.
- **STC 53/1985, d'11 d'abril**, que assenyalava que l'art. 10 CE ha de ser considerat: «*com a punt d'arrencada, com a prius lògic i ontològic per a l'existència i reconeixement dels altres drets*».
- **STC 64/1991, de 22 de març**, que, amb relació al contingut del segon paràgraf de l'art. 10, estableix: «*Sent els textos i acords internacionals de l'article 10.2 una font interpretativa que contribueixi a la millor identificació del contingut dels drets la tutela dels quals es demana a aquest Tribunal Constitucional*».

D. El valor jurídic dels tractats internacionals

L'art. 10.2 CE estableix una norma d'interpretació fonamental del nostre dret intern d'acord amb la normativa internacional de drets humans.

Art. 10.2 CE: *«Les normes relatives als drets fonamentals i a les llibertats que la Constitució reconeix s'interpretaran de conformitat amb la Declaració Universal de Drets Humans i els tractats i els acords internacionals sobre les aquestes matèries ratificats per Espanya».*

El Codi penal, com que és una norma que afecta els drets fonamentals, ha de ser interpretat d'acord amb els tractats internacionals ratificats per Espanya. Conceptes com ara els d'odi, hostilitat, racisme, etc., han de ser interpretats d'acord amb els tractats internacionals ratificats per Espanya.

Cal relacionar el contingut de l'art. 10.2 CE amb l'art. 96.1 CE, que assenyalava: *«els tractats internacionals celebrats vàlidament formaran part de l'ordenament intern una vegada hagin estat publicats oficialment a Espanya. Les seves disposicions només podran ser derogades, modificades o suspeses en la forma prevista en els mateixos tractats o d'acord amb les normes generals del Dret internacional».*

E. *La igualtat entre espanyols i estrangers*

L'art. 13.1 CE estableix el principi d'igualtat entre espanyols i estrangers i garanteix a aquests darrers les mateixes llibertats públiques del títol I, d'acord amb el que determinin els tractats internacionals i la llei interna.

Art. 13.1 CE: *«Els estrangers gaudiran a Espanya de les llibertats públiques que garanteix el títol present en els termes que estableixin els tractats i la llei».*

Aquest precepte constitucional està desenvolupat per LO 4/2000, d'11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social, i pel Reial decret 557/2011, de 20 d'abril, pel qual s'aprova el Reglament que la desenvolupa.

Tal com estableix el Tribunal Constitucional en la **STC 90/1985, de 30 de setembre**, el paràgraf primer de l'art. 13 CE no vol dir que els estrangers gaudeixin dels drets i llibertats que estableixin els tractats internacionals i les lleis, sinó que implica que el gaudi dels estrangers dels drets i llibertats que reconeix el títol I pot temperar-se quant al seu contingut al que determinin els tractats internacionals i la llei interna espanyola.

Els pronunciaments del Tribunal Constitucional sobre aquesta matèria han tingut una gran transcendència i repercussió; així, en data 1 de juliol de 1992 va exposar la necessitat de la reforma de l'art. 13.2 CE a la vista del contingut del Tractat de Maastricht, de data 7 de febrer de 1992, que reconeixia el dret de sufragi actiu i passiu en les eleccions municipals d'un Estat de la Unió per part dels nacionals dels altres estats que hi resideixin.

La STC 236/2007, de 7 de novembre, reconeix els drets fonamentals de reunió, associació, sindicació i vaga, sobre la base del principi d'igualtat.

F Prohibició absoluta de discriminació

L'art. 14 CE estableix el principi d'igualtat jurídica o igualtat dels espanyols davant la llei, que constitueix el dret fonamental a no patir discriminació jurídica, en assenyalar que: *«Els espanyols són iguals davant la llei, sense que pugui prevaler cap discriminació per raó de naixença, raça, sexe, religió, opinió o qualsevol altra condició o circumstància personal o social»*.

El principi d'igualtat i la prohibició de discriminació pretenen, i busquen, evitar un tracte diferenciat entre persones que es troben en la mateixa situació; per això els pares constituents la van consagrar en l'art. 14: la prohibició de la discriminació que s'hi exposa se sustenta en els pilars de la igualtat de caràcter substantiu i la dignitat de l'ésser humà.

La discriminació duta a terme i que comporta un trencament de la dignitat humana se sustenta en la consideració de diferències per qüestions de qualsevol índole, en la qual la consciència del discriminador distingeix entre qui té unes característiques que el fan superior i qui no les té, i, per tant, el considera inferior.

Qui és discriminat i se sent com a tal, veu debilitada la seva autoestima i pateix una sèrie de sentiments d'humiliació, temor i aïllament, i fins i tot arriba a rebutjar el grup al qual pertany.

El Tribunal Constitucional ha definit el principi d'igualtat com la prohibició de tota diferència de tracte que no tingui una justificació objectiva i raonable, i reafirma el seu caràcter vinculant en tots els àmbits per al legislador, els aplicadors del dret i els particulars. En aquest sentit, destaquen les sentències següents:

La STC 200/2001, de 4 d'octubre, estableix: *«L'article 14 de la Constitució espanyola conté en el seu primer incís una clàusula gene-*

ral d'igualtat de tots els espanyols davant la llei, havent estat configurat aquest principi general d'igualtat, per una coneguda doctrina constitucional, com un dret subjectiu dels ciutadans a obtenir un tracte igual, que obliga i limita els poders públics a respectar-lo i que exigeix que els supòsits de fet iguals siguin tractats idènticament en les seves conseqüències jurídiques i que, per introduir-hi diferències, hagi d'haver-hi prou justificació d'aquesta diferència, que aparegui al mateix temps com a fundada i raonable, d'acord amb criteris i judicis de valor generalment acceptats i les conseqüències de la qual no resultin, en tot cas, desproporcionades.

*Com té declarat aquest Tribunal Constitucional des de la **Sentència 22/81 de 2 de juliol**, recollint al respecte la doctrina del Tribunal de Drets Humans en relació amb l'article 14 del Conveni de Drets Humans, el principi d'igualtat no implica en tots els casos un tractament legal igual amb abstracció de qualsevol element diferenciador de rellevància jurídica, de manera que no tota desigualtat de tracte normatiu respecte a la regulació d'una determinada matèria suposa una infracció del mandat que conté l'article 14 de la Constitució, sinó tan sols les que estableixin diferències entre situacions que puguin ser considerades iguals, sense que ofereixi una justificació objectiva i raonable per a això, atès que, com a regla general, el principi d'igualtat exigeix que a iguals supòsits de fet s'apliquin iguals conseqüències jurídiques, i en conseqüència veda la utilització d'elements de diferenciació que puguin ser qualificats d'arbitraris o mancats d'una justificació raonable.»*

Motius de discriminació en l'art. 14 CE. Llista oberta

La jurisprudència del Tribunal Constitucional distingeix entre la clàusula general d'igualtat del primer incís de l'art. 14 CE, per la qual es confereix un dret subjectiu a tots els ciutadans a obtenir un tracte igualitari dels poders públics, sempre que concorrin supòsits idèntics i no hi hagi raons que justifiquin la diferenciació d'una manera objectiva, i el segon vessant del mateix dret fonamental contingut en l'incís segon del mateix art. 14 CE, pel qual es prohibeix la pràctica de comportaments discriminatoris basats en algun dels factors que hi s'esmenten **a manera de llista enunciativa i no tancada** (STC 75/1983, de 3 d'agost, FJ 6).

Amb aquesta llista, la **Constitució pretén una interdicció explícita del manteniment de determinades diferenciacions històricament molt arrelades** i que han situat, tant per l'acció dels poders públics, com per la pràctica social, sectors de la població en posicions no només desavantatjoses, sinó obertament contràries a la dignitat de la persona que reconeix l'art. 10.1 CE (STC 128/1987, de 16

de juliol, FJ 5; 19/1989, de 31 de gener, FJ 4; 145/1991, d'1 de juliol, FJ 2; 39/2002, de 14 de febrer, FJ 4; 161/2004, de 4 d'octubre, FJ 3; 175/2005, de 4 de juliol, FJ 3; 214/2006, de 3 de juliol, FJ 2; 342/2006, d'11 de desembre, FJ 3; 3/2007, de 15 de gener, FJ 2; 233/2007, de 5 de novembre, FJ 5; i 62/2008, de 26 de maig, FJ 5, per totes).

El Tribunal Constitucional, amb la seva doctrina, ha anat inclouent-hi progressivament altres motius de discriminació que l'art. 14 CE no preveu d'una manera expressa, com ara l'orientació sexual, la identitat sexual o l'edat.

- **Orientació sexual i prohibició de discriminació en l'art. 14 CE.** El Tribunal Constitucional assenyala d'una manera reiterada que entre les **prohibicions de discriminació que proscriu l'art. 14 CE** *«ha d'entendre's compresa la discriminació per causa de l'orientació sexual, ja que si bé és cert que aquesta causa no apareix expressament esmentada en l'art. 14 CE com un dels supòsits concrets en què queda prohibit un tracte discriminatori, és indubtablement una circumstància inclosa en la clàusula “qualsevol altra condició o circumstància personal o social” a la qual ha de ser referida la interdicció de la discriminació (per totes, STC 41/2006, de 13 de febrer, FJ 3)»* (STC 41/2013, de 14 de febrer, FJ 6; i 92/2014, de 4 de juliol, FJ 4).

A aquesta conclusió ha arribat aquest Tribunal a partir de la constatació que **l'orientació homosexual comparteix amb la resta dels supòsits esmentats en l'art. 14 CE el fet de ser una diferència històricament molt arrelada i que ha situat els homosexuals, tant per l'acció dels poders públics com per la pràctica social, en posicions desavantajoses i contràries a la dignitat de la persona** que reconeix l'art. 10.1 CE, a causa dels profunds prejudicis arrelats normativament i socialment contra aquesta minoria; i, de l'altra, l'examen de la normativa que, ex art. 10.2 CE ha de servir de font interpretativa de l'art. 14 CE. Aplicant la doctrina exposada anteriorment, el Tribunal Constitucional reconeix expressament la **constitucionalitat del matrimoni entre persones del mateix sexe en la STC 198/2012, de 28 de novembre**. Indica que el matrimoni és un dret constitucional de tothom i afirma que,

d'acord amb una lectura «*evolutiva*» de la nostra Constitució, no es pot concloure que el matrimoni heterosexual sigui l'únic constitucionalment legítim.

— **Identitat sexual i prohibició de discriminació en l'art. 14 CE.**

Assenyala el Tribunal Constitucional en la **STC 176/2008, de 22 de desembre (FJ 4)** que la **condició de transsexual**, si bé no l'esmenta expressament l'art. 14 CE com un dels supòsits concrets en què queda prohibit un tracte discriminatori, és indubtablement una circumstància inclosa en la clàusula «*qualsevol altra condició o circumstància personal o social*» a la qual ha de ser referida la interdicció de la discriminació. A aquesta conclusió s'arriba a partir, d'una banda, de la constatació que la transsexualitat comparteix amb la resta dels supòsits que esmenta l'art. 14 CE el fet de ser una diferència històricament arrelada i que ha situat els transsexuals, tant per l'acció dels poders públics com per la pràctica social, en posicions desavantatjoses i contràries a la dignitat de la persona que reconeix l'art. 10.1 CE, a causa dels profunds prejudicis arrelats normativament i socialment contra aquestes persones; i, de l'altra, de l'examen de la normativa que, *ex art.* 10.2 CE, ha de servir de font interpretativa de l'art. 14 CE. Efectivament, pel que fa a la primera constatació, és notòria la posició de desavantatge social i, en essència, de desigualtat i marginació substancial que històricament han patit els transsexuals. La sentència fa referència a la jurisprudència del Tribunal Europeu de Drets Humans en aquest àmbit.¹⁰⁷

107. El Tribunal Europeu de Drets Humans, en analitzar l'abast de l'art. 14 del Conveni Europeu per a la Protecció dels Drets Humans i les Llibertats Fonamentals (CEDH), destaca que l'orientació sexual és una noció que es contempla, sens dubte, en l'article esmentat, i indica que la llista que conté el precepte té un caràcter indicatiu i no limitador (STEDH de 21 de desembre de 1999, cas Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal, par. 28); al mateix temps que insisteix expressament que, en la mesura que l'orientació sexual és un concepte emparat per l'art. 14 CEDH, a l'igual de les diferències basades en el sexe, les diferències de tracte basades en l'orientació sexual exigeixen raons especialment importants per ser justificades (entre d'altres, STEDH de 9 de gener de 2003, casos L. i V. contra Àustria, par. 48, i S.L. contra Àustria, par. 37; de 24 de juliol de 2003, cas Karner contra Àustria, par. 37, a les quals s'han remés nombroses sentències posteriors, com és el cas de les STEDH de 10 de febrer de 2004, cas B.B. contra el Regne Unit; de 21 d'octubre de 2004, cas Woditschka i Wilfing contra Àustria; de 3 de febrer de 2005, cas Ladner con-

- **Edat.** El Tribunal Constitucional ha considerat l'edat com un factor de discriminació i, per tant, com una de les condicions o circumstàncies incloses en la fórmula oberta amb la qual es tanca la regla de prohibició de discriminació que estableix l'art. 14 CE, amb la conseqüència de sotmetre'n la utilització com a factor de diferenciació al cànon de constitucionalitat més estricte (entre d'altres, STC 190/2005, de 7 de juliol; 247/2005, de 7 de novembre; 280/2006, de 9 d'octubre; 341/2006, d'11 de desembre; 63/2011, de 16 de maig; 79/2011, de 6 de juny; 117/2011, de 4 de juliol; 161/2011, de 19 d'octubre; i 66/2015, de 13 d'abril).¹⁰⁸

4.2. Marc jurídic de Catalunya i altres marcs autonòmics

4.2.1. *Estatut de Catalunya. Llei orgànica 6/2006, de 19 de juliol*¹⁰⁹

L'Estatut de Catalunya presta una atenció especial a aquesta matèria, ja que el legislador ha tingut en compte el context i la problemàtica actuals, i fa menció expressa del dret a la igualtat i de la prohibició de discriminació en nombrosos articles.

A. *L'Estatut com a text garant dels drets fonamentals i llibertats públiques: igualtat real i efectiva*

L'art. 4 de l'Estatut garanteix el ple exercici dels drets fonamentals i de les llibertats públiques reconeguts en l'Estatut mateix,

tra Àustria; de 26 de maig de 2005, cas Wolfmeyer contra Àustria; de 2 de juny de 2005, cas H.G. i G.B. contra Àustria; o de 22 de gener de 2008, cas EB contra França, par. 91).

108. Aquesta interpretació del Tribunal es veu reforçada, d'acord amb el que preveu l'art. 10.2 CE, pel tenor de l'art. 21.1 de la Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea, que prohibeix de manera expressa qualsevol discriminació per raó de l'edat, referència expressa que ha portat al Tribunal de Justícia de la Unió Europea a reafirmar el caràcter de «*principi general del Dret de la Unió*» que assoleix aquesta prohibició concreta (sentència de la Gran Sala de 19 de gener de 2010, afer C-555/07, Küçükdeveci contra Swedex GmbH, FJ 21).

109. www.boe.es/boe/dias/2006/07/20/pdfs/A27269-27310.pdf.

normativa interna i internacional ratificada per Espanya, i són els poders públics els que han de promoure les condicions perquè la llibertat i la igualtat siguin reals i efectives.

«Article 4. Drets i principis rectors.

1. *Els poders públics de Catalunya han de promoure el ple exercici de les llibertats i els drets que reconeixen aquest Estatut, la Constitució, la Unió Europea, la Declaració universal de drets humans, el Conveni europeu per a la protecció dels drets humans i els altres tractats i convenis internacionals subscrits per Espanya que reconeixen i garanteixen els drets i les llibertats fonamentals.*

2. *Els poders públics de Catalunya han de promoure les condicions perquè la llibertat i la igualtat dels individus i dels grups siguin reals i efectives; han de facilitar la participació de totes les persones en la vida política, econòmica, cultural i social, i han de reconèixer el dret dels pobles a conservar i desenvolupar llur identitat.*

3. *Els poders públics de Catalunya han de promoure els valors de la llibertat, la democràcia, la igualtat, el pluralisme, la pau la justícia, la solidaritat, la cohesió social, l'equitat de gènere i el desenvolupament sostenible.»*

B. Drets fonamentals com a marc per a la convivència humana justa i pacífica

L'art. 15 estableix que els ciutadans de Catalunya són titulars dels drets fonamentals i de les llibertats públiques, els quals poden ser estesos a altres ciutadans d'acord amb el que estigui establert legalment.

«Article 15. Drets de les persones.

1. *Els ciutadans de Catalunya són titulars de drets i deures reconeguts per les normes a què fa referència l'article 4.1.*

2. *Totes les persones tenen dret a viure amb dignitat, seguretat i autonomia, lliures d'explotació, de maltractaments i de tota mena de discriminació, i tenen dret al lliure desenvolupament de llur personalitat i capacitat personal.*

3. *Els drets que aquest Estatut reconeix als ciutadans de Catalunya es poden estendre a altres persones, en els termes que estableixen les lleis.»*

C. *Garantia i protecció dels drets fonamentals de les persones grans*

L'art. 18 fa menció especial de les persones grans per garantir-ne la dignitat, i evitar qualsevol tipus de discriminació i menyscapte, basat en una situació que pot arribar a ser de desprotecció o desemparament i de la qual el legislador s'ha fet ressò, tenint en compte l'evolució de la societat, sobretot en les grans ciutats.

«Article 18. Drets de les persones grans.

Les persones grans tenen dret, a viure amb dignitat, lliures d'explotació i de maltractaments, sense que puguin ésser discriminades a causa de l'edat.»

D. *Garantia i protecció dels drets fonamentals de les dones*

L'art. 19 fa esment especial de les dones per garantir-ne la dignitat, i evitar qualsevol tipus de discriminació i menyscapte, i el legislador és conscient de la xacra que suposa la violència de gènere en la nostra societat actual.

«Article 19 Drets de les dones.

1. Totes les dones tenen dret al lliure desenvolupament de llur personalitat i capacitat personal, i a viure amb dignitat, seguretat i autonomia, lliures d'explotació, maltractaments i tota mena de discriminació.

2. Les dones tenen dret a participar en condicions d'igualtat d'oportunitats amb els homes en tots els àmbits públics i privats.»

E. *Obligatorietat dels poders públics de promoure la igualtat real i efectiva*

Els art. 40 i 41 de l'Estatut estableixen de manera reiterada que els poders públics tenen l'obligació de promoure la igualtat a tots els nivells, per tal que sigui real i efectiva, i evitar qualsevol tipus de discriminació a causa de l'origen, la nacionalitat, el sexe, la raça, la religió, la condició social o l'orientació sexual, amb la finalitat d'eradicar el racisme, l'antisemitisme, la xenofòbia i l'homofòbia.

«Article 40. Protecció de les persones i de les famílies.

[...]

5. *Els poders públics han de garantir la protecció jurídica de les persones amb discapacitats i han de promoure'n la integració social, econòmica i laboral. També han d'adoptar les mesures necessàries per a suplir o complementar el suport de llur entorn familiar directe.*

[...]

7. **Els poders públics han de promoure la igualtat de les diferents unions estables de parella, tenint en compte llurs característiques, amb independència de l'orientació sexual de llurs membres. La llei ha de regular aquestes unions i altres formes de convivència i llurs efectes.**

8. *Els poders públics han de promoure la igualtat de totes les persones amb independència del seu origen, nacionalitat, sexe, raça, religió, condició social o l'orientació sexual, així com promoure l'eradicació del racisme, de l'antisemitisme, de la xenofòbia, de l'homofòbia i de qualsevol altra expressió que atempti contra la igualtat i la dignitat de les persones.*

Article 41. Perspectiva de gènere.

1. *Els poders públics han de garantir el compliment del principi d'igualtat d'oportunitats entre dones i homes en l'accés a l'ocupació, en la formació, en la promoció professional, en les condicions de treball, inclosa la retribució, i en totes les altres situacions, i també han de garantir que les dones no siguin discriminades a causa d'embaràs o maternitat.»*

El dret a la igualtat és citat reiteradament de forma expressa en els preceptes de l'Estatut d'Autonomia aprovat per LO 6/2006, de 19 de juliol, de reforma de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya, no solament en els esmentats anteriorment, sinó en altres àmbits com ara en l'educació (art. 21.1), en l'àmbit cultural (art. 22.1), en l'àmbit de la salut (art. 23.1), drets en l'àmbit dels serveis socials (art. 24.1), drets i deures en relació amb el medi ambient (art. 27.1), dret a la participació (art. 29.1), dret d'accés als serveis públics i a una bona administració (art. 30.1).

4.2.2. Llei catalana contra l'homofòbia 11/2014, de 10 d'octubre, per garantir els drets de lesbianes, gais, bisexuals, transsexuals i intersexuals i per eradicar l'homofòbia¹¹⁰

El Parlament de Catalunya va aprovar la Llei 11/2014, de 10 d'octubre, per garantir els drets de lesbianes, gais, bisexuals, transgènere i intersexuals i per eradicar l'homofòbia, la bifòbia i la transfòbia.

Aquesta Llei té per objecte establir i regular els mitjans i les mesures per fer efectiu el dret a la igualtat i a la no-discriminació per raó d'orientació sexual, d'identitat de gènere o d'expressió de gènere, en els àmbits, tant públics com privats, sobre els quals la Generalitat i els ens locals tenen competències. La Llei inclou mesures per prevenir la discriminació d'aquestes persones i adopta un règim sancionador administratiu.

No fa referència explícita a la problemàtica de la victimització per odi, però remet a la norma penal en aquells casos en què les conductes discriminatòries tinguin caràcter delictiu.

Entre les definicions (art. 2), inclou una referència a l'assetjament per raó de l'orientació sexual, la identitat de gènere o l'expressió de gènere. Aquesta conducta és definida com segueix: *«qualsevol comportament basat en l'orientació sexual, la identitat de gènere o l'expressió de gènere d'una persona que tingui la finalitat o provoqui l'efecte d'atemptar contra la seva dignitat o la seva integritat física o psíquica o crear-li un entorn intimidatori, hostil, degradant, humiliant, ofensiu o molest»*.

A més, defineix la represàlia discriminatòria com *«aquell tracte advers o efecte negatiu que es produeix contra una persona com a conseqüència d'haver presentat una queixa, una reclamació, una denúncia, una demanda o un recurs, de qualsevol tipus, destinat a evitar, disminuir o denunciar la discriminació o l'assetjament a què és sotmesa o ha estat sotmesa»*.

Es tracta d'una llei integral de naturalesa administrativa la finalitat de la qual és garantir els drets de lesbianes, gais, bisexuals, transsexuals i intersexuals, que inclou tots els àmbits –laboral, sanitari, educatiu–, i que estableix un catàleg d'infraccions i de sancions, per a la qual cosa determina pautes d'actuació adreçades a les administracions públiques i als particulars, i abasta tota la vida d'una persona LGBTI amb una perspectiva global i integradora per fer front al fenomen de la discriminació contra el col·lectiu LGBTI.

110. www.boe.es/boe/dias/2014/11/20/pdfs/BOE-A-2014-11990.pdf.

El legislador té en compte el marc jurídic, tant autonòmic com estatal i europeu, per redactar aquesta Llei, que ha estat considerada pionera, no únicament perquè inclou el catàleg d'infraccions i sancions, sinó també perquè inverteix la càrrega de la prova.

L'objecte d'aquesta Llei, conformada per 39 articles, és establir i regular els mitjans i les mesures per fer efectiu el dret a la igualtat i la no-discriminació per raó d'orientació sexual, d'identitat de gènere o expressió de gènere, tant en els àmbits públics com en els privats sobre els quals la Generalitat té competències.

Cal destacar-ne els apartats següents:

- Creació d'un **Òrgan Coordinador de Polítiques LGBTI i d'un Servei d'Atenció Integral** per a les víctimes.
- **Deure d'intervenció.** Els professionals de les administracions públiques, si tenen coneixement d'una situació de risc o una sospita fonamentada de discriminació o violència per raó d'orientació sexual, identitat de gènere o expressió de gènere, tenen el deure de comunicar-ho a les Forces i Cossos de Seguretat i a l'òrgan administratiu competent (art. 11).
- **Inversió de la càrrega de la prova.** La preveu l'art. 30, per al dret laboral o el dret civil; no és aplicable en els àmbits del dret administratiu sancionador ni del dret penal.
- **Règim d'infraccions i sancions administratives.** S'inclou en els art. 30 i s., que estableixen el catàleg de les infraccions amb diferenciació entre infraccions lleus, greus i molt greus.
- **Concurrencia amb l'ordre jurisdiccional penal.** L'art. 32 estableix que no poden ser sancionats els fets que hagin estat sancionats penalment o administrativament en els casos que hi hagi identitat de subjecte, fets i fonament, de manera que en els casos en els quals l'òrgan administratiu consideri que les infraccions poden ser constitutives de delictes, ha de comunicar-ho al Ministeri Fiscal o a l'òrgan judicial competent i acordar-ne la suspensió del procediment sancionador fins que l'autoritat judicial dicti sentència ferma o resolució mitjançant la qual conclougui el procediment, o fins que el Ministeri Fiscal comunique la improcedència d'iniciar o continuar les actuacions. En els casos en què no es consideri que s'ha comès un delictes, l'òrgan administratiu ha de continuar el procediment sancionador corresponent.

Actualment, aquesta Llei és usada com a exemple en la Comunitat Autònoma d'Andalusia per elaborar una llei integral amb un contingut de característiques similars.

4.2.3. Altres normes antidiscriminatòries autonòmiques

A. Marc jurídic autonòmic de Galícia. Llei 2/2014, de 14 d'abril, per la igualtat de tracte i la no-discriminació de lesbianes, gais, bisexuals i intersexuals a Galícia¹¹¹

El títol I de la Llei estableix les disposicions generals per a l'actuació dels poders públics en defensa dels drets del col·lectiu LGBTI i en la promoció de la seva visibilitat. El títol II recull les mesures que cal d'adoptar en els àmbits policial i de la justícia, laboral, familiar, de la salut, de l'educació, de la cultura i de l'oci, de l'esport, de la joventut i de la comunicació per promoure la igualtat, la visibilitat i la no-discriminació del col·lectiu LGBTI.

L'art. 3.1 defineix el principi d'igualtat de tracte: «*l'absència de tota discriminació directa o indirecta per raó d'orientació sexual i identitat de gènere*».

Els apartats posteriors d'aquest article diferencien els diversos tipus de discriminació: directa, indirecta, múltiple i assetjament discriminatori.

Aquesta Llei, conformada per 33 articles, ha estat considerada insuficient perquè no inclou un catàleg d'infraccions i sancions ni el principi d'inversió de la càrrega de la prova. És evident que el caràcter no sancionador d'aquesta norma difícilment pot fer front a la violència ni eradicar-la.

B. Marc jurídic autonòmic d'Extremadura. Llei 12/2015, de 8 d'abril, d'igualtat social de lesbianes, gais, bisexuals, transsexuals, transgènere i intersexuals i de polítiques públiques contra la discriminació per orientació sexual i identitat de gènere a la Comunitat Autònoma d'Extremadura¹¹²

L'art. 3 estableix com a principis fonamentals: el reconeixement del dret al gaudi dels drets humans de totes les persones amb in-

111. http://www.xunta.es/dog/Publicados/2014/20140425/AnuncioC3B0-220414-0001_es.html.

112. <http://www.boe.es/boe/dias/2015/05/06/pdfs/BOE-A-2015-5015.pdf>.

dependència de la seva orientació sexual, expressió, identitat de gènere; el dret a la igualtat i no-discriminació; el dret al reconeixement de la personalitat; el dret a la prevenció; el dret a la integritat física i la seguretat personal; el dret a la protecció enfront de les represàlies; el dret a la privacitat; i el dret a un tractament adequat en matèria de salut.

Apartats destacats:

- S'hi estableix un **catàleg de definicions** que diferencia: discriminació directa, discriminació indirecta, discriminació múltiple, discriminació per associació, discriminació per error, assetjament discriminatori, represàlia discriminatòria, victimització secundària, violència entre parelles del mateix sexe i accions afirmatives (art. 4).
- Es crea l'**Observatori Extremeny contra la Discriminació** per orientació sexual i identitat de gènere, com a òrgan de participació i consulta en matèria de drets dels col·lectius LGBTI (art. 5).
- L'art. 34 preveu l'**elaboració d'un protocol d'atenció policial a les víctimes de delictes d'odi a les policies locals** de la Comunitat.
- L'art. 43 estableix el **principi d'inversió de la càrrega** de la prova.
- El capítol IV recull el **catàleg d'infraccions**, que diferencia entre lleus, greus i molt greus (art. 46), i **sancions** (art. 48 i 49), la reincidència (art. 47) i els termini de prescripció (art. 50).

4.3. Marc jurídic internacional

4.3.1. *Nacions Unides*

Els principals tractats internacionals en l'àmbit de l'ONU són:

- A. *Declaració Universal dels Drets Humans, de 10 de desembre de 1948*¹¹³

En la qual es consagra que la llibertat, la justícia i la pau en el món tenen per base el reconeixement de la dignitat inherent i dels drets iguals i inalienables.

113. <http://www.un.org/es/documents/udhr/>.

Cal destacar-ne els articles següents:

«Article 1

Tots els éssers humans neixen lliures i iguals en dignitat i drets. Són dotats de raó i de consciència, i els cal mantenir-se entre ells amb esperit de fraternitat.

Article 2

Qualsevol persona pot prevaler-se de tots els drets i de totes les llibertats que aquesta declaració proclama, sense cap distinció de raça, de color, de sexe, de llengua, de religió, d'opinió política o d'altra mena, d'origen nacional o social, de fortuna, de naixement o de qualsevol altra classe. Hom no farà tampoc cap distinció fonamentada en l'estatus polític, administratiu i internacional del país o territori del qual depengui jurídicament la persona, tant si es tracta d'un país o territori independent, com si està sota la tutela, encara que no sigui autònom o que estigui sotmès a qualsevol limitació de sobirania.»

«Article 7

Tothom és igual davant la llei i té dret d'obtenir-ne la mateixa protecció contra qualsevol discriminació que violi la present declaració contra tota provocació a una tal discriminació.»

B. Convenció Internacional sobre l'Eliminació de totes les Formes de Discriminació Racial de 1965¹¹⁴

És el principal text internacional de lluita contra la discriminació racial o ètnica.

En el tractat internacional, cal destacar els apartats següents:

- **Definició de discriminació racial.** *«[...] denotarà tota distinció, exclusió, restricció o preferència basada en motius de raça, color, llinatge o origen nacional o ètnic que tingui per objecte o per resultat anul·lar o menyscabar el reconeixement, gaudi o exercici, en condicions d'igualtat, dels drets humans i llibertats fonamentals en les esferes po-*

114. Adoptada i oberta a la signatura i ratificació per l'Assemblea General a la Resolució 2106 A (XX), de 21 de desembre de 1965. Espanya va ratificar-la mitjançant instrument publicat al BOE de 17 de maig de 1969. <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>.

lítica, econòmica, social, cultural o en qualsevol altra esfera de la vida pública.»

- **Prohibició absoluta de discriminació.** L'art. 5 estableix que *«els Estats part es comprometen a prohibir i eliminar la discriminació racial en totes les seves formes i a garantir el dret de tota persona a la igualtat davant la llei, sense distinció de raça, color i origen nacional o ètnic, particularment en el gaudi dels drets»* que enumera el tractat, entre els quals el *«dret a la igualtat de tractament en els tribunals i tots els altres òrgans que administren justícia [...] [i] el dret a la seguretat personal i a la protecció de l'Estat contra qualsevol acte de violència o atemptat contra la integritat personal comès per funcionaris públics o per qualsevol individu, grup o institució»*.
- **Compromisos dels Estats.** L'art. 2 estableix que *«[e]ls Estats part condemnen la discriminació racial i es comprometen a seguir, per tots els mitjans apropiats i sense dilacions, una política encaminada a eliminar la discriminació racial en totes les seves formes i a promoure l'entesa entre totes les races, i amb aquesta finalitat:*
 - a) Cada Estat part es compromet a no incórrer en cap acte o pràctica de discriminació racial contra persones, grups de persones o institucions i a vetllar perquè totes les autoritats públiques i institucions públiques, nacionals i locals actuïn d'acord amb aquesta obligació;
 - b) Cada Estat part es compromet a no fomentar, defensar o donar suport a la discriminació racial practicada per qualsevol persona o organitzacions;
 - c) Cada Estat part ha de prendre mesures efectives per revisar les polítiques governamentals nacionals i locals, i per esmenar, derogar o anul·lar les lleis i les disposicions reglamentàries que tinguin com a conseqüència crear la discriminació racial o perpetuar-la on ja existeixi;
 - d) Cada Estat part prohibirà i farà cessar per tots els mitjans apropiats, fins i tot, si les circumstàncies ho exigissin, mesures legislatives, la discriminació racial practicada per persones, grups o organitzacions;
 - e) *Cada Estat part es compromet a estimular, quan s'escaigui, organitzacions i moviments multirracials integracionistes i altres mitjans encaminats a eliminar les bar-*

res entre les races, i a descoratjar tot el que tendeixi a enfortir la divisió racial.»

- **Comportaments que han de ser punibles.** *«Els Estats part condemnem tota la propaganda i totes les organitzacions que s'inspirin en idees o teories basades en la superioritat d'una raça o d'un grup de persones d'un determinat color o origen ètnic, o que pretenguin justificar o promoure l'odi racial i la discriminació racial, sigui quina sigui la seva forma, i es comprometen a prendre mesures immediates i positives adreçades a eliminar qualsevol incitació a aquesta discriminació o actes d'aquesta discriminació, i, amb aquesta finalitat, tenint degudament en compte els principis incorporats en la Declaració Universal de Drets Humans, així com els drets que enuncia expressament l'article 5 d'aquesta Convenció, prendran, entre d'altres, les **mesures** següents:*
 - a) *Declararan com a acte punible d'acord amb la llei qualsevol **difusió d'idees basades en la superioritat o en l'odi racial, qualsevol incitació a la discriminació racial, així com qualsevol acte de violència o qualsevol incitació a cometre aquests actes** contra qualsevol raça o grup de persones d'un altre color o origen ètnic, i qualsevol assistència a les activitats racistes, incloent-hi el finançament;*
 - b) *Declararan **il·legals i prohibiran les organitzacions**, així com les activitats organitzades de propaganda i **qualsevol altra activitat de propaganda, que promouin la discriminació racial i la incitin**, i reconeixeran que la participació en aquestes organitzacions o en aquestes activitats constitueix un delictes penat per la llei.*
 - c) *No permetran que les **autoritats ni les institucions públiques nacionals o locals promouin la discriminació racial o la incitin.**»*

Comitè per a l'Eliminació de la Discriminació Racial (CERD)¹¹⁵

L'art. 8 de la Convenció crea el Comitè per a l'Eliminació de la Discriminació Racial (CERD), que és l'òrgan de Nacions Unides format

115. Pàgina oficial: <http://www.ohchr.org/SP/Pages/WelcomePage.aspx>.

per experts independents que supervisa l'aplicació de la Convenció Internacional sobre l'Eliminació de totes les Formes de Discriminació Racial (CERD) pels seus Estats part.

Tots els Estats part han de presentar **informes periòdics** sobre la manera com porten a la pràctica els drets. Inicialment, els Estats han de presentar informes un any després d'adherir-se a la Convenció Internacional sobre l'Eliminació de totes les Formes de Discriminació Racial, i després, cada dos anys.¹¹⁶

El Comitè revisa i examina cada informe i expressa les seves preocupacions i recomanacions a l'Estat part en forma d'observacions finals.

El Comitè, en circumstàncies determinades, també pot **examinar les denúncies o comunicacions dels particulars que al·leguin ser víctimes** d'una violació comesa per un Estat part de les disposicions de la Convenció Internacional sobre Eliminació de totes les Formes de Discriminació Racial (CERD), sempre i quan aquest Estat part hagi reconegut la competència del Comitè per rebre i examinar les comunicacions enviades per persones sotmeses a la seva jurisdicció.¹¹⁷

Recomanacions destacables

Del Comitè han nascut recomanacions importants adreçades a tots els estats signataris i que cal tenir en compte per abordar qualsevol fet comès amb motivació de discriminació racial ètnica o racial. N'abordem d'una manera resumida les més interessants:¹¹⁸

1. Recomanació General núm. 15 de 1993, relativa a l'art. 14 de la Convenció sobre Violència Organitzada basada en l'Origen Ètnic,¹¹⁹ en la qual s'exigeix als Estats part que sancionin quatre categories de comportament indegut:

116. Els informes sobre Espanya poden ser consultats al web: http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?c=172&su=171.

117. La Convenció Internacional sobre l'Eliminació de totes les Formes de Discriminació Racial (ICERD) i el seu Comitè (CERD). *Una guia para actores de la sociedad civil* (Moviment Internacional Contra Totes les Formes de Discriminació Racial –IMARD–, 2011). http://www.derechoshumanos.net/ONU/archivos/ICERDManual_sp.pdf.

118. Recopilació de recomanacions del CERD. http://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CERD/00_3_obs_grales_CERD.html.

119. http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CERD/Shared%20Documents/1_Global/INT_CERD_GEC_7487_S.doc.

- La difusió de les idees basades en la superioritat o l'odi racial.
- La incitació a l'odi racial.
- Els actes de violència contra qualsevol raça o grup de persones d'un altre color i origen ètnic.
- La incitació a cometre aquests actes.

2. Recomanació General núm. 26 de 2000, relativa a l'art. 6 de la Convenció sobre la Protecció als Romanís,¹²⁰ en la qual s'exigeix als Estats part que adoptin i executin estratègies i programes nacionals per tal de millorar la situació dels romanís i la seva protecció contra la discriminació per part dels organismes estatals, així com per part de qualsevol persona i organització. Es posa l'accent especialment en la necessitat de protecció de les dones romanís, que sovint són víctimes d'una doble discriminació.

Es proclama la necessitat d'assegurar la protecció de la seguretat i la integritat dels romanís, sense discriminació de cap mena, mitjançant l'adopció de mesures per evitar actes de violència contra ells per motius racials; assegurar una intervenció ràpida de la policia, els fiscals i el poder judicial per investigar i castigar aquests actes; i assegurar que els autors, tant si són funcionaris públics com altres persones, no gaudeixin de cap grau d'impunitat.

3. Recomanació General núm. 31 de 2005, sobre prevenció de la discriminació racial en l'administració i en el funcionament del sistema judicial penal,¹²¹ mitjançant la qual se sol·licita l'adopció de «*les mesures necessàries per impedir els interrogatoris, les detencions i els escorcolls basats de facto exclusivament en l'aspecte físic de l'individu, el color, els trets facials, la pertinença a un grup racial o ètnic, o qualsevol altra categorització que pugui fer-ho particularment sospitós*».

4. Recomanació General núm. 34 sobre discriminació racial contra persones afrodescendents.¹²² Aquest document constitueix, sens dubte, una important guia sobre els estàndards de protecció d'afrodescendents que han estat reconeguts a escala internacional.

120. http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CERD/Shared%20Documents/1_Global/INT_CERD_GEC_7498_S.doc.

121. http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CERD/Shared%20Documents/1_Global/INT_CERD_GEC_7503_S.doc.

122. Versió en anglès, <http://www.oas.org/dil/CERD-C-GC-34.pdf>.

5. Declaració i Programa d'Acció de Durban de la Conferència Mundial contra el Racisme, la Discriminació Racial, la Xenofòbia i les Formes connexes d'Intolerància de 2001 (31 d'agost - 7 de setembre de 2001, celebrada a Durban, Sud-àfrica) i la Conferència d'Examen de Durban de 2009 (20-24 d'abril de 2009, celebrada a Ginebra, Suïssa)¹²³

Els documents assenyalats i aprovats per les Nacions Unides esdevenen la **pedra angular de la lluita contra la discriminació, el racisme i la xenofòbia, atès que contenen un catàleg exhaustiu de mesures i recomanacions per combatre el racisme, la xenofòbia o la intolerància religiosa en tots els àmbits i, molt en particular, la del discurs de l'odi.**

La Conferència d'Examen va servir com a catalitzador per complir les promeses de la Declaració i Programa d'Acció de Durban mitjançant accions, iniciatives i solucions pràctiques renovades encaminades a assolir la igualtat de tots els individus i grups de totes les regions i països del món.

El Document Final de la Conferència de Durban de 2001 incloïa un total de 219 principis, que van ser actualitzats en la Conferència d'Examen de 2009 mitjançant l'establiment de 143 mesures. A continuació, s'exposa un breu resum del conjunt de tots dos documents:

- *«Es reafirma el compromís de prevenir, combatre i eradicar el racisme, la discriminació racial, la xenofòbia i les formes connexes d'intolerància, que va ser base per a celebrar la Conferència Mundial contra el Racisme, la Discriminació racial, la Xenofòbia i les Formes connexes d'Intolerància en 2001.»*
- Manifesta la seva **preocupació** perquè els darrers anys s'ha observat un **augment dels actes d'incitació a l'odi contra comunitats racials i religioses i contra persones pertanyents a minories racials i religioses**, les quals s'han vist greument afectades; en aquests actes s'ha recorregut a mitjans de difusió impresos, audiovisuals o electrònics, o qualsevol altre mitjà provinents de fonts diverses.
- Es reafirma que les lleis han de **«prohibir qualsevol apologia de l'odi nacional, racial o religiós que constitueixi**

123. <http://www.un.org/spanish/comun/docs/?symbol=A/CONF.189/12>.

incitació a la discriminació, hostilitat o la violència»; es reafirma, a més, que ***«la difusió d'idees basades en la superioritat racial o l'odi racial, la incitació a la discriminació racial i tots els actes de violència i la incitació a aquests actes»*** han de ser tipificats com a delictes punibles per la llei, d'acord amb les obligacions internacionals dels Estats, i que aquestes prohibicions són compatibles amb la llibertat d'opinió i expressió.

- *Resol*, tal com disposa l'art. 20 del Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics, prohibir plenament i eficaçment qualsevol apologia de l'odi nacional, racial o religiós que constitueixi incitació a la discriminació, l'hostilitat o la violència, i fer efectiva aquesta disposició mitjançant **l'adopció de totes les mesures legislatives, normatives i judicials que calguin**.
- Demana als Estats que **lluitin contra la impunitat** pels actes de racisme, discriminació racial, xenofòbia i formes connexes d'intolerància, que garanteixin un accés ràpid a la justícia, i que atorguin una compensació justa i adequada a les víctimes.
- Exhorta els Estats que vetllin perquè les **investigacions** de tots els actes de racisme i discriminació racial, en particular els que hagin estat comesos per agents de l'ordre públic, **es duguin a terme d'una manera imparcial, oportuna i exhaustiva**, perquè els **responsables siguin jutjats d'acord amb la llei, i perquè les víctimes rebin sense demora una reparació o satisfacció ràpida, justa i adequada per tot dany sofert**.

«Recorda la importància d'un poder judicial competent, independent i imparcial per determinar en un procediment just i públic si les al·legacions i els fets que té al davant constitueixen actes de racisme, discriminació racial, xenofòbia i formes connexes d'intolerància d'acord amb les normes internacionals de drets humans, per tal de garantir mesures de recurs efectiu i rescabament adequat a les víctimes.»

- Reitera la seva ***«crida als Estats perquè apliquin tots els compromisos derivats de les conferències internacionals i regionals en què hagin participat»***, i perquè ***«formulin polítiques i plans d'acció nacionals per prevenir,***

combatre i eradicar el racisme, la discriminació racial, la xenofòbia i les formes connexes d'intolerància».

- Insta els Estats que impedeixin les manifestacions de racisme, discriminació racial, xenofòbia i formes connexes d'intolerància a les **zones d'entrada de les fronteres dels països, particularment pel que fa als immigrants, refugiats i sol·licitants d'asil**, i en aquest context encoratja els Estats a elaborar i posar en pràctica programes de capacitació per als agents de l'ordre i els funcionaris dels serveis d'immigració i de fronteres, els fiscals i els proveïdors de serveis per tal de sensibilitzar-los respecte al racisme, la discriminació racial, la xenofòbia i les formes connexes d'intolerància.
- Insta els Estats que adoptin mesures per **lluitar contra la persistència d'actituds xenòfobes i la creació d'estereotips negatius dels no ciutadans, en particular per part dels polítics, els agents de l'ordre i els funcionaris dels serveis d'immigració, i també en els mitjans de difusió**, que han menat envers actes de violència xenòfoba, assassinats i la persecució dels migrants, els refugiats i els sol·licitants d'asil.
- Exhorta els **Estats que no recorrin a establir perfils fundats en motius de discriminació prohibits** pel dret internacional, en particular motius racials, ètnics o religiosos, i que ho prohibeixin per llei.

«Es demana als Estats que lluitin contra la impunitat dels actes de racisme, discriminació racial, xenofòbia i formes connexes d'intolerància, garanteixin un accés ràpid a la justícia i atorguin una compensació justa i adequada a les víctimes.»

- *«Insta els Estats que vetllin perquè totes les persones que estiguin sota la seva jurisdicció, en particular les víctimes del racisme, la discriminació racial, la xenofòbia i formes connexes d'intolerància tinguin **accés a la justícia**, així com accés a les institucions i mecanismes apropiats per l'Estat per demanar el reconeixement de l'acte il·lícit i una reparació o satisfacció justa, equitativa i adequada per tot dany sofert, i subratlla la importància de proporcionar a les víctimes una assistència especialitzada, incloent-hi l'as-*

sistència mèdica i psicològica, així com l'assessorament necessari, i crida l'atenció sobre la necessitat de donar a conèixer millor els recursos judicials i altres recursos legals existents i que aquests siguin de fàcil accés.»

6. Pacte Internacional dels Drets Civils i Polítics, de 16 de desembre de 1966¹²⁴

En aquest tractat té una especial rellevància la prohibició expressa del discurs de l'odi, respecte a la qual cosa destaquen els art. 19 i 20:

— Llibertat d'expressió (art. 19)

«1. Ningú no pot ser molestat a causa de les seves opinions.

2. Tota persona té dret a la llibertat d'expressió; aquest dret inclou la llibertat de buscar, rebre i difondre informacions i idees de tota índole, sense consideració de fronteres, tant oralment com per escrit o en forma impresa o artística, o per qualsevol altre procediment de la seva elecció.

3. L'exercici del dret que preveu el paràgraf 2 d'aquest article comporta deures i responsabilitats especials. Per tant, pot estar subjecte a certes restriccions, que hauran, però, d'estar expressament fixades i ser necessàries per:

- a) Assegurar el respecte als drets i la reputació dels altres.*
- b) La protecció de la seguretat nacional, l'ordre públic o la salut o la moral públiques.»*

— Prohibició del discurs de l'odi (art. 20)

«1. Tota la propaganda a favor de la guerra estarà prohibida per la llei.

2. Tota apologia de l'odi nacional, racial o religió que constitueixi incitació a la discriminació, l'hostilitat o la violència estarà prohibida per la llei.»

7. Altres convencions de les Nacions Unides destacables

- Convenció sobre l'Eliminació de totes les Formes de Discriminació contra la Dona, adoptada a Nova York en data**

124. <http://www.boe.es/boe/dias/1977/04/30/pdfs/A09337-09343.pdf>.

18 de desembre de 1979 i ratificada per Espanya en data 16 de desembre de 1983.¹²⁵

- Convenció Internacional contra el Apartheid en els Esports, adoptada i oberta a la signatura i ratificació per l'Assemblea General de Nacions Unides en la Resolució 40/64, de 10 de desembre de 1985.¹²⁶
- Convenció Internacional sobre Protecció dels Drets de tots els Treballadors Migratoris i de les seves Famílies, adoptada per l'Assemblea General de Nacions Unides en la Resolució 45/158, de 18 de desembre de 1990.¹²⁷
- Convenció sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat, adoptada a Nova York el 13 de desembre de 2006 i ratificada per Espanya el 23 de novembre de 2007.¹²⁸

Principis de Yogyakarta sobre l'aplicació de la Legislació Internacional de Drets Humans amb relació a l'Orientació Sexual i la Identitat de Gènere¹²⁹

Van ser elaborats per un distingit grup d'especialistes en drets humans procedents de vint-i-cinc països després de reunir-se a la Universitat Gadjah Mada a Indonèsia, del 6 al 9 de novembre de 2006.

Els principis de Yogyakarta s'ocupen d'una àmplia gamma de normes i drets humans i de la seva aplicació a les qüestions relatives a l'orientació sexual i la identitat de gènere. Els principis afirmen l'obligació primordial que correspon als Estats pel que fa a la implementació dels drets humans. Cada principi va acompanyat de recomanacions detallades per als Estats i per a altres actors addicionals, incloent-hi l'ONU, institucions nacionals de drets humans, mitjans de comunicació, organitzacions no governamentals i les agències financeres.

- **Primer principi: gaudi universal dels drets humans**, pel qual es proclama que tots els éssers humans neixen lliures i iguals en dignitat i drets. Els éssers humans de

125. <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>.

126. <http://daccess-ods.un.org/TMP/2592417.00172424.html>.

127. <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001435/143557s.pdf>.

128. www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf.

129. http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Discrimination/A.HRC.19.41_Spanish.pdf.

totes les orientacions sexuals i identitats de gènere tenen dret al ple gaudi de tots els drets humans.

- **Segon principi: drets a la igualtat i la no-discriminació**, pel qual es proclama que totes les persones tenen dret al gaudi de tots els drets humans, sense discriminació per motius d'orientació sexual o identitat de gènere. Totes les persones tenen dret a ser iguals davant la llei i tenen dret a igual protecció per part de la llei, sense cap de les discriminacions esmentades.

La llei ha de prohibir qualsevol discriminació d'aquesta mena i ha de garantir a totes les persones una protecció igual i efectiva contra qualsevol forma de discriminació d'aquesta mena.

La discriminació per motius d'orientació sexual o identitat de gènere inclou qualsevol distinció, exclusió, restricció o preferència basada en l'orientació sexual o la identitat de gènere que tingui per objecte o per resultat l'anul·lació o el menyscapte de la igualtat davant la llei o de la igual protecció per part de la llei, o del reconeixement, o gaudi o exercici, en igualtat de condicions, dels drets humans i les llibertats fonamentals.

La discriminació per motius d'orientació sexual o identitat de gènere es pot veure, i sovint es veu, agreujada per la discriminació basada en altres causes, incloent-hi el gènere, la raça, l'edat, la religió, la discapacitat, l'estat de salut i la condició econòmica.

4.3.2. Consell d'Europa¹³⁰

El Consell d'Europa és com una organització política intergovernamental amb seu a Estrasburg, entre els objectius del qual, des de la seva creació el 1949, destaca la defensa dels drets humans i la recerca de solucions comunes als problemes a què s'enfronta la societat, com ara la discriminació de les minories, la xenofòbia, la intolerància, la tracta d'éssers humans i la cibercriminalitat i la violència cap als nens.

Al seu si s'han aprovat importants tractats internacionals.

130. Pàgina web oficial: <http://www.coe.int/ca/web/portal/home>.

A. *Conveni de Roma per a la Protecció dels Drets Humans i les Llibertats Públiques, de 4 de novembre de 1950*¹³¹

L'art. 14 estableix la prohibició de discriminació: «*El gaudi dels drets i llibertats que reconeix aquest Conveni ha de ser assegurat sense cap distinció, especialment per raons de sexe, raça, color, llengua, religió, opinions polítiques o d'altres, origen nacional o social, pertinença a una minoria nacional, fortuna, naixement o qualsevol altra situació*».

En el conveni té el **Protocol núm. 12, específic per a la prohibició de discriminació**.¹³²

L'art. 1 estableix la prohibició general de discriminació, per a la qual figuren els mateixos motius de discriminació que en l'art. 14 del conveni:

«1. *El gaudi de tots els drets reconeguts per la llei ha de ser assegurat sense cap discriminació, en particular per raons de sexe, raça, color, llengua, religió, opinions polítiques o d'un altre caràcter, origen nacional o social, pertinença a una minoria nacional, fortuna, naixement o qualsevol altra situació.*

2. *Ningú no pot ser objecte de discriminació per part de qualsevol autoritat pública, basada en particular en els motius que esmenta l'apartat 1.»*

B. *Conveni sobre Cibercrim, signat a Budapest en data 23 de novembre de 2001*¹³³ *i ratificat per Espanya en data 20 de maig de 2010*

Té en compte els profunds canvis provocats per la digitalització i les xarxes informàtiques i que aquests nous mitjans de comunicació emparin la comissió de fets delictius transmesos amb gran facilitat i velocitat. El conveni conté importants mecanismes de cooperació internacional per a la investigació i persecució de delictes comesos per mitjà de la xarxa.

Aquest conveni conté un **Protocol Addicional relatiu a la Penalització d'Actes d'Índole racista i xenòfoba comesos per mitjà**

131. www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf.

132. <http://www.boe.es/boe/dias/2008/03/14/pdfs/A15299-15304.pdf>.

133. http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/Source/Cybercrime/TCY/ETS_185_spanish.PDF.

de Sistemes Informàtics, signat a Estrasburg en data 28 de gener de 2003 i ratificat per Espanya en data 11 de novembre de 2014.¹³⁴

Aquest protocol sorgeix per completar les disposicions del Conveni sobre el Cibercrim arran del risc evident de la mala utilització o de la utilització abusiva dels sistemes informàtics per difondre a un gran nombre de persones, siguin on siguin i d'una manera immediata, missatges i propaganda racista i xenòfoba.

Aquest protocol defineix el que cal entendre per material racista i xenòfob en l'art. 2:

Art. 2: «Per material racista i xenòfob s'entén qualsevol material escrit, qualsevol imatge o qualsevol altra representació d'idees o teories, que propugni, promogui o inciti a l'odi, la discriminació o la violència, contra qualsevol persona o grup de persones, per raó de la raça, el color, l'ascendència o l'origen nacional o ètnic, com també de la religió en la mesura que s'utilitzi com a pretext per a qualsevol d'aquests factors».

Els art. 5.1 i 6.1 concreten les **accions constitutives de delicte**:

- Art. 5.1: *«[...] quan es cometi intencionadament i sense dret, la conducta següent: insultar en públic, per mitjà d'un sistema informàtic a persones per raó de la seva pertinença a un grup que es caracteritzi per la raça, el color, l'ascendència o l'origen nacional o ètnic, així com la religió en la mesura que s'utilitzi com a pretext per a qualsevol d'aquests factors; o a un grup de persones que es distingeixi per alguna d'aquestes característiques».*
- Art. 6.1: *«[...] quan es cometi intencionadament i sense dret: difondre o posar a disposició del públic o d'una altra manera, per mitjà d'un sistema informàtic, material que negui, minimitzi d'una manera grollera, aprovi o justifiqui actes constitutius de genocidi o crims contra la humanitat, tal com els defineix el dret internacional, i que són reconeguts com a tals per una decisió definitiva i vinculant del Tribunal Militar Internacional, constituït en virtut de l'Acord de Londres de 8 d'agost de 1945, o de qualsevol altre Tribunal Internacional establert pels instruments internacionals pertinents».*

134. <http://www.boe.es/boe/dias/2015/01/30/pdfs/BOE-A-2015-793.pdf>.

C. *Comissió Europea contra el Racisme i la Intolerància (ECRI)*¹³⁵

És l'organisme del Consell d'Europa especialitzat en la lluita contra la discriminació, el racisme i la xenofòbia, i s'alça com a instrument de control del Consell d'Europa en la lluita contra el racisme, la xenofòbia, l'antisemitisme i la intolerància en l'àmbit europeu, i per això dicta les recomanacions, en què es posa de manifest l'èmfasi a combatre el discurs de l'odi.

L'ECRI es va fundar el 1993 per reforçar la lluita contra tota forma de racisme, xenofòbia, antisemitisme i intolerància a Europa i va ser un mandat de la Primera Cimera dels Caps d'Estat i de Govern dels països membres del Consell d'Europa, per tal de combatre els problemes de racisme, antisemitisme i intolerància creixents que amenacen els drets humans i els valors de la democràcia a Europa. Aquesta comissió avalua l'eficàcia de totes les mesures nacionals i internacionals existents i fomenta l'acció en l'àmbit local, nacional i europeu a escala legislativa i política.

Un dels aspectes de les diverses activitats que l'ECRI desenvolupa per complir el seu mandat és l'enfocament de les seves investigacions «*país per país*», per la qual cosa estudia en profunditat la situació de cada un dels Estats membres per col·laborar amb els governs mitjançant propostes concretes i adequades, basades en les estadístiques sobre els grups vulnerables i els actes racistes.

Aquest organisme **té una gran importància actualment**, especialment per dues raons:

1. Els inspectors de l'ECRI visiten cada quatre anys l'Estat espanyol i emeten informes d'un alt rigor tècnic sobre la situació de la discriminació a Espanya i sobre les mesures que els tres poders de l'Estat implementen per lluitar-hi en contra.

2. Les importants recomanacions de política general adreçades als poders públics dels Estats membres del Consell d'Europa emeses per aquest organisme per combatre el fenomen de la discriminació racial i la xenofòbia.

Els informes periòdics sobre cada Estat i les seves recomanacions de política general són tinguts en compte pel Tribunal Europeu de Drets Humans per dictar sentències. En aquest sentit, cal destacar, a tall d'exemple, la sentència de 26 de juliol de 2009 en el cas Féret contra Bèlgica.

135. Pàgina web oficial: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/default_en.asp.

L'últim informe emès per l'ECRI sobre Espanya, de data 7 de desembre de 2010, publicat el 8 de febrer de 2011,¹³⁶ fa tres recomanacions:

1. L'ECRI recomana que les autoritats recopilin i publiquin dades sobre els actes de racisme i discriminació racial i sobre l'aplicació de les disposicions penals i civils en vigor per combatre el racisme i la discriminació racial.

2. L'ECRI recomana que la policia, el personal de seguretat privada, els fiscals, els metges forenses, els advocats i els jutges segueixin cursos obligatoris sobre drets humans, igualtat de tracte, discriminació i disposicions del Codi penal en vigor per combatre el racisme i la discriminació racial, tant durant la seva formació bàsica com durant el servei.

3. L'ECRI recomana que les autoritats espanyoles revisin el mètode d'admissió dels alumnes en els centres escolars públics i privats concertats i adoptin totes les mesures que calguin per garantir la distribució equitativa dels alumnes espanyols, immigrants i gitanos en les diferents escoles.

Recomanacions de política general del Consell d'Europa i de l'ECRI: són d'una gran importància perquè són tingudes en compte en moltes ocasions pel Tribunal Europeu de Drets Humans en els fonaments jurídics de les sentències quan un Estat és demandat per discriminació racial o ètnica, la major part de les vegades pel fet de no haver dut a terme investigacions eficaces dels fets denunciats.

1. Discurs de l'odi - Recomanació R (97) 20 del Comitè de Ministres del Consell d'Europa, de 30 d'octubre, sobre el discurs d'odi.¹³⁷ Estableix, entre altres aspectes, el concepte de discurs de l'odi: *«comprèn totes les formes d'expressió que propaguin, incitin, promoguin o justifiquin l'odi racial, la xenofòbia, l'antisemitisme, i qualsevol altra forma d'odi fundat en la intolerància»*, i la necessitat que els Estats el combatin. La ECRI, en la data de tancament de la redacció d'aquest manual, està redactant una nova recomanació sobre discurs d'odi que probablement serà aprovada el mes de desembre de 2015.

136. <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/Country-by-country/Spain/ESP-CBCIV-2011-004-ESP.pdf>.

137. [www.coe.int/t/dghl/.../other.../CM_Rec\(97\)20_fr.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/.../other.../CM_Rec(97)20_fr.pdf).

2. Recomanació núm. 1 de política general de l'ECRI: La lluita contra el racisme, la xenofòbia, l'antisemitisme i la intolerància, de data 4 d'octubre de 1996,¹³⁸ que determina:

- Els **actes racistes i xenòfobs han de ser severament castigats i perseguits d'ofici.**
- Han de ser **infraccions penals les formes d'expressió orals**, escrites i audiovisuals, entre d'altres, incloent-hi els missatges transmesos pels medis de comunicació electrònics, **que incitin a l'odi, la discriminació o la violència** contra grups racials, ètnics, nacionals o religiosos, o contra els seus membres pel fet de pertànyer a aquests grups.
- Cal **prioritzar les diligències penals** contra els delictes de caràcter racista o xenòfob i tractar-los d'una manera ferma i conseqüent.
- Cal proporcionar a les **víctimes** de la discriminació recursos legals apropiats, ja sigui en dret penal, dret civil o dret administratiu, que garanteixin compensacions financeres o d'una altra índole.

3. Recomanació núm. 2 de política general de l'ECRI: Els òrgans especialitzats en la lluita contra el racisme, la xenofòbia, l'antisemitisme i la intolerància a escala nacional, de data 13 de juny de 1997.¹³⁹ Tal com torna a indicar la Recomanació núm. 7, l'ECRI considera que la legislació hauria de preveure l'establiment d'un organisme especialitzat independent per combatre el racisme i la discriminació racial a escala nacional. La legislació hauria d'assegurar el que el mandat d'aquest organisme inclou: assistència a les víctimes; facultats d'investigació; el dret d'iniciar procediments judicials i de participar-hi; el seguiment de la legislació i la possibilitat d'assessorar les autoritats legislatives i executives; sensibilització sobre qüestions relatives al racisme i la discriminació racial; i promoció de polítiques i pràctiques per la igualtat de tracte.

4. Recomanació núm. 3 de política general de l'ECRI: La lluita contra el racisme i la intolerància envers els roma/gitanos,

138. www.coe.int/.../ecri/.../compilation%20recommandation%201-10%20espagnol%20cri07-38.pdf.

139. www.coe.int/.../ecri/.../compilation%20recommandation%201-10%20espagnol%20cri07-38.pdf.

de data 6 de març de 1998.¹⁴⁰ Aquest document, que es completa amb la posterior Recomanació núm. 13, que és analitzada més avall, constata que actualment els roma/gitanos són víctimes a tot Europa de prejudicis, d'un racisme profundament arrelat a la societat, que són blanc de manifestacions, de vegades violentes, de racisme i d'intolerància, i que els seus drets fonamentals sovint són violats i amenaçats.

Es remarca la necessitat d'actuar sobre aspectes com ara:

- Prendre mesures adequades per a la plena i ràpida administració de justícia en els afers relatius a violacions dels drets fonamentals dels roma/gitanos.
- Vetllar especialment perquè no es toleri cap impunitat en els crims comesos contra els roma/gitanos, i que tothom en sigui conscient.
- Prestar una atenció especial a la situació de les dones roma/gitanes, que sovint són objecte d'una doble discriminació, com a dones i com roma/gitanes.

5. Recomanació núm. 4 de política general de l'ECRI: Enquestes nacionals sobre l'experiència i la percepció de la discriminació i del racisme per les víctimes potencials, de data 6 de març de 1998,¹⁴¹ que proclama una crida a la intensificació de la lluita contra el racisme, la xenofòbia, l'antisemitisme i la intolerància, i considera necessària l'elaboració d'estadístiques sobre les manifestacions racistes i discriminatòries i sobre la situació dels grups minoritaris en tots els sectors de la vida social per identificar els problemes i lluitar-hi en contra amb la posada en marxa de solucions pràctiques eficaces.

Les dades obtingudes d'aquestes estadístiques permeten obtenir la informació sobre les experiències subjectives de la discriminació, ja que les relacions basades en una experiència subjectiva de discriminació són indicadors fiables, sobretot quan es comparen amb un altre tipus d'informacions: antecedents penals, queixes davant els tribunals o les estadístiques d'atur.

6. Recomanació núm. 5 de política general de l'ECRI: La lluita contra la intolerància i discriminació contra els musulmans,

140. www.coe.int/.../ecri/.../compilation%20recommandation%201-10%20espagnol%20cri07-38.pdf.

141. www.coe.int/.../ecri/.../compilation%20recommandation%201-10%20espagnol%20cri07-38.pdf.

de data 16 de març de 2000.¹⁴² Aquesta Recomanació de l'ECRI respon a la preocupació del Consell d'Europa respecte a l'increment que la intolerància religiosa envers l'Islam i les comunitats musulmanes té a països en els quals aquesta religió no és professada per la majoria de la població, i lamenta sincerament que algunes vegades l'Islam sigui descrit d'una manera inadequada a causa de prejudicis hostils l'objecte dels quals és aconseguir que aquesta religió sembli una amenaça (vegeu apartat 2.19 d'aquest manual).

Es puntualitza que cal combatre els prejudicis de què són objecte les comunitats musulmanes, i subratlla que aquests prejudicis poden manifestar-se de diverses maneres, en particular a través de les actituds generals negatives, però també, en diferents graus, per mitjà d'actes discriminatoris i de la violència o l'assetjament.

Per això, interessa que s'actui en els aspectes següents:

- Adoptar les mesures necessàries que garanteixin plenament la llibertat de religió i eliminin qualsevol forma de discriminació per motius religiosos. Les mesures per combatre la intolerància i la discriminació contra els musulmans han de ser eficaces.
- Prestar una atenció particular a les dones musulmanes, que són susceptibles de ser objecte d'una doble discriminació pel fet de ser dones i per ser musulmanes.
- Prendre les mesures necessàries per assegurar que es garanteixi plenament la llibertat de religió. En aquest context, hauria de presentar una particular atenció a l'eliminació de tot obstacle legal o administratiu innecessari per a la construcció d'un nombre suficient i apropiat de llocs de culte que permetin la pràctica de l'Islam i dels seus ritus funeraris.
- Prendre les mesures que siguin necessàries per eliminar qualsevol manifestació de discriminació per motius religiosos en l'accés a l'educació, que encoratgin el debat amb els mitjans de comunicació i els professionals de la publicitat sobre la imatge que ofereixen de l'Islam i de les comunitats musulmanes i sobre la seva responsabilitat en aquest sentit per evitar la perpetuació dels prejudicis i de la informació tendenciosa.

142. www.coe.int/.../ecri/.../compilation%20recommandation%201-10%20espanol%20cri07-38.pdf.

7. Recomanació núm. 6 de política general de l'ECRI: La lluita contra la difusió de material racista, xenòfob i antisemita a través d'Internet, de data 15 de desembre de 2000,¹⁴³ que analitza la preocupació actual pel fet que Internet sigui utilitzat per a la difusió dels grups racistes, xenòfobs i antisemites, per grups i persones que persegueixen objectius de la incitació a la intolerància, l'odi racial o ètnic, per la qual cosa és necessari actuar amb eficàcia per evitar aquest ús perniciosos.

Per això, mostra interès que s'adoptin les mesures següents:

- Suprimir els continguts racistes, xenòfobs, i antisemites difosos a través d'Internet.
- Aclarir, d'acord amb la seva funció tècnica respectiva, la responsabilitat dels proveïdors d'allotjament i els editors del lloc web per la difusió de propaganda racista, xenòfoba i antisemita.
- Importància de la formació de les autoritats judicials i policials pel que fa al problema de la difusió de material racista, xenòfob i antisemita a través d'Internet.

8. Recomanació núm. 7 de política general de l'ECRI: Sobre legislació nacional per combatre el racisme i la discriminació racial, de data 13 de desembre de 2002.¹⁴⁴ Aquesta recomanació facilita els continguts mínims que han d'incorporar els Estats a les seves legislacions en favor d'una lluita eficaç contra el racisme i la xenofòbia. Conté pautes tant per a la legislació penal com per a l'administrativa o civil.

Aquesta recomanació és, a més, un instrument d'interpretació molt útil, ja que facilita definicions de racisme, discriminació racial directa i discriminació racial indirecta.

Entre les mesures que recomana hi ha les següents:

- La legislació hauria de garantir **assistència legal gratuïta** i, quan escaigui, un advocat d'ofici per a aquelles **víctimes** que vulguin presentar-se davant un tribunal com a demandants però que no disposin de mitjans per fer-ho.

143. www.coe.int/.../ecri/.../compilation%20recommandation%201-10%20espagnol%20cri07-38.pdf.

144. www.coe.int/.../ecri/.../compilation%20recommandation%201-10%20espagnol%20cri07-38.pdf.

En els casos en què fos necessari, s'haurien d'oferir els serveis d'un intèrpret gratuïtament.

- La **legislació hauria d'oferir protecció contra qualsevol represàlia** envers les persones que afirmen haver estat víctimes de delictes racials o de discriminació racial, a les persones que denunciïn aquests fets o a les persones que en facilitin proves.
- La legislació hauria de preveure l'establiment d'un o de diversos **organismes independents encarregats d'investigar els suposats actes de discriminació perpetrats per membres dels cossos de policia, personal de control de fronteres, membres de l'exèrcit i personal del sistema penitenciari.**
- **Comportaments penalment punibles:** entre els comportaments que l'ECRI considera que han de ser perseguits en la jurisdicció penal destaquen:
 - La incitació pública a la violència, l'odi o la discriminació.
 - Insults i difamacions públiques contra persones o grups de persones per raó de la raça, el color, la llengua, la religió, la nacionalitat o l'origen, nació o ètnia.
 - Amenaces contra persones o grups de persones per raó de la raça, el color, la llengua, la religió, la nacionalitat o l'origen, nació o ètnia.
 - Expressió en públic, amb un objectiu racista, d'una ideologia que en reivindiqui la superioritat o que menyspreï o denigri una categoria de persones per motius de la raça, el color, la llengua, la religió, la nacionalitat o l'origen nacional o ètnic.
 - La negació, banalització, justificació o aprovació en públic amb un objectiu racista, de delictes de genocidi, crims contra la humanitat o crims de guerra.
 - La divulgació, distribució pública, producció o emmagatzematge amb la intenció de divulgar o distribuir públicament, amb un objectiu racista, material escrit, gràfic o de qualsevol altra índole que contingui manifestacions dels tipus que han descrit els apartats anteriors.
 - La creació o el lideratge d'un grup que promogui el racisme, el suport prestat a un grup d'aquesta naturalesa, i la participació en les seves activitats amb el propòsit de contribuir als delictes a què es refereixen els apartats anteriors.

- La discriminació racial en l'exercici individual d'una ocupació de caràcter públic.

9. Recomanació núm. 8 de política general de l'ECRI: Sobre la lluita contra el racisme en la lluita antiterrorista, de data 17 de març de 2004,¹⁴⁵ que analitza la situació actual a partir dels atemptats terroristes de l'11 de setembre de 2001 al complex del World Trade Center de Nova York. A partir d'aquest moment concret, certs grups de persones, en particular els àrabs, els jueus, els musulmans, determinats sol·licitants d'asil, refugiats i immigrants, algunes minories notòries i persones considerades pertanyents a aquests grups, són particularment vulnerables al racisme i/o la discriminació racial en moltes esferes de la vida pública, incloent-hi l'educació, l'ocupació, l'habitatge, l'accés als béns i serveis, l'accés a llocs públics i la llibertat de circulació.

El respecte dels drets humans, i això inclou el dret a no ser víctima del racisme ni de la discriminació racial, pot evitar situacions que encoratgin el terrorisme.

Cal adoptar-hi mesures com ara:

- Combatre el terrorisme com a forma extrema d'intolerància per mitjà de la cooperació internacional, completament d'acord amb el dret internacional dels drets humans, i per donar suport a les víctimes del terrorisme.
- Abstenir-se d'adoptar una nova legislació o noves reglamentacions relacionades amb la lluita contra el terrorisme que discriminin directament o indirectament cap persona o grup de persones, en particular per motius de «raça», color, idioma, religió, nacionalitat o origen nacional o ètnic.
- No provocar cap mena de discriminació racial, fins i tot en situacions d'emergència.
- Centrar-se particularment a garantir d'una manera no discriminatòria les llibertats d'associació, d'expressió, de religió i de circulació, i vetllar perquè la legislació o les reglamentacions –o la seva aplicació– no siguin discriminatòries, en especial les que regeixen les esferes següents:
 - Controls realitzats per les forces de l'ordre en els diferents països i per les autoritats duaneres.

145. www.coe.int/.../ecri/.../compilation%20recommandation%201-10%20espanol%20cri07-38.pdf.

- Detenció administrativa i provisional.
- Condicions de detenció.
- Judici just, procediment penal.
- Protecció de les dades personals.
- Protecció de la vida privada i familiar.
- Expulsió, extradició, deportació i el principi de *non-refoulement*.
- Expedició de visats.
- Permisos de residència i de treball, i reunificació familiar.
- Obtenció i revocació de la nacionalitat.

10. Recomanació núm. 9 de política general de l'ECRI: Sobre la lluita contra l'antisemitisme, de data 25 de juny de 2004,¹⁴⁶ que posa en relleu el fet que s'ha observat una utilització freqüent de símbols de l'era nazi i de referències a l'Holocaust en les manifestacions actuals d'antisemitisme, i que aquestes accions no són exclusivament marginals o radicals, sinó que moltes vegades són fenòmens que corresponen a tendències principals, fins i tot a les escoles.

La recomanació facilita una **llista d'actes antisemites que han d'estar penalitzats quan es cometin intencionadament:**

- La incitació a la violència, l'odi o la discriminació contra una persona o grup de persones per motius de la seva identitat o origen jueus.
- Insults i difamació en públic d'una persona o grup de persones per motius de la seva identitat o origen jueus reals o presumptes.
- Amenaces contra una persona o grup de persones per motius de la seva identitat o origen jueus, reals o presumptes.
- L'expressió en públic, amb un objectiu antisemita, d'una ideologia que menyspreï o denigri una agrupació de persones per motius de la seva identitat o origen jueus.
- La negació, trivialització, justificació o aprovació en públic de l'Holocaust.
- La negació, trivialització, justificació o aprovació en públic de crims de genocidi, crims contra la humanitat o crims de guerra comesos contra persones per motius de la seva identitat o origen jueus.

146. www.coe.int/.../ecri/.../compilation%20recommandation%201-10%20espagnol%20cri07-38.pdf.

- La difusió o distribució públiques, o la producció o emmagatzematge amb l'objectiu de difondre o distribuir públicament, amb un propòsit antisemita, material escrit, amb imatges o de qualsevol altre material que contingui manifestacions a què s'han referit els apartats anteriors.
- La profanació, amb un propòsit antisemita, de propietats i monuments als jueus.
- La creació o el lideratge d'un grup que promogui l'antisemitisme, el suport a aquest grup (com ara facilitar-ne finançament, preveure'n altres necessitats materials, i produir-hi o obtenir-hi documents) i la participació en les seves activitats amb el propòsit de contribuir als delictes que referencien els paràgrafs anteriors.

11. Recomanació núm. 10 de política general de l'ECRI: Sobre la lluita contra el racisme i la discriminació en i mitjançant l'educació escolar, de data 15 de desembre de 2006,¹⁴⁷ que recorda que una educació sobre els drets humans basada en els principis de la igualtat i la no-discriminació, de la tolerància i del respecte de la diferència pot tenir un paper fonamental en la lluita contra el racisme i la intolerància en general.

En aquest sentit, convé que s'adoptin mesures eficaces:

- Els drets humans han de formar part del curs escolar d'una manera transversal i des de l'escola de pàrvuls.
- Cal eliminar dels manuals escolars qualsevol contingut racista o que fomenti els estereotips, la intolerància o els prejudicis de qualsevol grup minoritari.
- Aquests manuals han de ser revisats i controlats regularment per evitar la introducció ulterior de qualsevol contingut racista o que fomenti els estereotips, la intolerància o els prejudicis de qualsevol grup minoritari.
- Internet ha de ser utilitzat com a vector de coneixement en matèria de lluita contra el racisme i la discriminació racial, i s'ha de protegir de fins racistes per mitjà de filtres informàtics.

12. Recomanació núm. 11 de política general de l'ECRI: Sobre la lluita contra el racisme i la discriminació en l'àmbit poli-

147. www.coe.int/.../ecri/.../compilation%20recommandation%201-10%20espagnol%20cri07-38.pdf.

cial, de data 29 juny de 2007,¹⁴⁸ que posa en relleu que la policia, en evitar el racisme i la discriminació racial respon a aspectes importants de la seva missió com ara fer afrontar els desafiaments que planteja la necessitat de combatre la delinqüència, incloent-hi el terrorisme, promoure la democràcia i l'imperi de la llei, i, sobretot, garantir que els drets i la seguretat de totes les persones estiguin protegits i assegurats.

La recomanació pretén que els Estats combatin el fenomen de les **identificacions policials de les persones basant-se exclusivament en perfils ètnics i racials**. Amb aquesta finalitat indica:

- S'entén per **discriminació racial**: *«la utilització per la policia, sense justificació objectiva i raonable, de motius com ara raça, color, idioma, religió, activitats de nacionalitat o origen nacional o ètnic, en el control, vigilància o investigació».*
- S'entén per **perfil racial**: *«El perfil racial és l'ús per la policia d'uns criteris determinats de control i vigilància o activitats d'investigació, sense justificació objectiva i raonable. L'ús d'aquests motius no té justificació objectiva i raonable, si no persegueix un fi legítim o si no hi ha una relació raonable de proporcionalitat entre els mitjans emprats i l'objectiu que es persegueix».*

El document **insta els Estats a adoptar les mesures següents**:

- Obligació legal dels polícies de promoure la igualtat i prevenir la discriminació racial en l'exercici de les seves funcions.
- Formar la policia en matèria de drets humans, incloent el dret a estar lliure de racisme i discriminació racial, i en les disposicions legals en vigor contra el racisme i la discriminació racial.
- **Adoptar mesures per tal que la policia sigui conscient del fet que no seran tolerats els actes de discriminació racial i la manca de motivació racial per la policia.**
- Assegurar-se que **la policia investigui a fons els delictes racistes, i això inclou la motivació racista dels delictes comuns.**
- **Garantir una investigació eficaç** dels presumptes casos de discriminació racial o de faltes de motivació racial per

148. www.coe.int/.../ECRI_Recommendation_11_2007_FR.pdf.

la policia i garantir que els autors d'aquests actes són sancionats adequadament.

- Per establir **mecanismes de suport i assessorament a les víctimes** de la discriminació racial o de faltes de motivació racial per la policia.
- Establir i fer operatiu un sistema de registre i vigilància d'actes racistes, i en quina mesura aquests incidents es presenten davant els fiscals i eventualment són qualificats com a delictes racistes.
- Animar les víctimes i testimonis dels incidents racistes a denunciar aquests incidents.
- Reclutar membres de grups minoritaris subrepresentats en la policia i garantir que tinguin igualtat d'oportunitats per a la progressió de les seves carreres.
- **Establir marcs per al diàleg i la cooperació entre la policia i membres de grups minoritaris.**
- Assegurar-se que la comunicació de la policia amb els mitjans de comunicació i amb el públic en general es produeixi d'una forma que no perpetui l'hostilitat o el prejudici envers els membres de grups minoritaris.

13. Recomanació núm. 12 de política general de l'ECRI: Sobre la lluita contra el racisme i la discriminació en l'àmbit de l'esport, de data 19 de desembre de 2008.¹⁴⁹ L'exposició de motius d'aquesta recomanació segueix la definició d'esport que consta en la revisió de la Carta Europea de l'Esport: «*“Sport”, tota forma d'activitat física que, a través de participació organitzada o no, [té] l'objectiu de l'expressió o millora de la condició física i mental, el benestar, la formació de relacions socials o l'obtenció de resultats en competició a tots els nivells*».

Aquesta recomanació esmenta de manera expressa, recordant i reafirmant el contingut de la Recomanació núm. 6 del Comitè de Ministres dels Estats membres sobre prevenció del racisme, la xenofòbia i la intolerància racial en l'esport, les recomanacions anteriors de política general de l'ECRI números 2, 7 i 11 i la declaració de l'ECRI amb motiu de l'Euro 2008 *Units contra el racisme*.

Subratlla dues idees fonamentals:

1. La necessitat del respecte als valors de l'esport, que inclouen joc net, la rivalitat amistosa, el respecte mutu i la tolerància.

149. www.coe.int/.../ECRI_Rec_12_combatting_racism-discrimination-insport_FR.pdf.

2. La protecció contra el racisme i la discriminació racial és un dret humà, que s'ha de garantir també en l'àmbit de l'esport.

En aquesta recomanació, l'ECRI condemna enèrgicament les manifestacions de racisme, xenofòbia, antisemitisme i intolerància que es produeixen durant i en relació amb els esdeveniments esportius, i rebutja qualsevol intent de trivialitzar els actes racistes que siguin comesos durant esdeveniments esportius.

Tot i exposar que els incidents de violència racista i d'expressió de racisme en esdeveniments esportius han rebut més atenció fonamentalment en el futbol, l'ECRI vol emfatitzar que han de ser perseguits tots els comportaments racistes, xenòfobs i antisemites que es duguin a terme en altres disciplines esportives, incloent-hi els esports practicats per aficionats no professionals o en lligues inferiors.

L'ECRI destaca que s'ha de prestar una atenció especial a les activitats dels extremistes neonazis i els grups d'extrema dreta, que en alguns casos fan servir els esdeveniments esportius per fer propaganda i per reclutar nous adeptes.

Finalment, l'ECRI mostra una gran preocupació pel fet que en molts camps de l'esport sembla que hi ha certa impunitat, amb el risc que això comporta que el racisme es vegi com una cosa banal i normal, i per això reitera el rebuig total i absolut de qualsevol intent de justificar aquests comportaments, expressions, gestos o accions emmascarant-los sota l'emoció del moment.

L'ECRI ho resumeix de manera categòrica en el mandat: *«el que és il·legal fora dels estadis també és il·legal a l'interior de l'estadi»*.

14. Recomanació núm. 13 de política general de l'ECRI: Sobre la lluita contra el antigitanisme i les discriminacions dels roma/gitanos, de data 24 juny de 2011.¹⁵⁰ Aquest important document complementa la Recomanació núm. 3 que s'exposa més amunt actualitzant-la i modernitzant-la.

Cal precisar que en aquesta recomanació el terme *roma* té un significat ampli ja que inclou, a més dels roma pròpiament dits, també els sinti, els kalé, els ashkàlis, els egipcians, els manouches i els grups de població que hi estan emparentats a Europa, com ara els anomenats *gens du voyage*, de manera que engloba la gran diversitat dels grups als que això concerneix.

150. www.coe.int/.../ecri/.../Recommendation.../f-RPG%2013%20-%20A4.pdf.

Aquesta recomanació esmenta de manera expressa i recorda i reafirma el contingut de les anteriors recomanacions de política general de l'ECRI números 2, 7, 10 i 11. S'atorga una atenció especial a l'aplicació de la Recomanació núm. 11 de política general de l'ECRI, sobre la lluita contra el racisme i la discriminació racial en les activitats de la policia, i particularment al capítol III, referent al paper de la policia en la lluita contra les infraccions racistes i el seguiment dels incidents racistes.

Ressalta que l'**antigitanisme** és una forma especial de racisme, ja que es tracta d'una ideologia basada en la superioritat racial, una forma de deshumanització i de racisme institucional que ve de lluny producte d'una discriminació històrica i que s'expandeix a través de comportaments violents i del discurs de l'odi i de la por, i que tot això porta a la discriminació i a l'odi.

La discriminació contra els roma/gitanos és una forma de discriminació ètnica amb comportaments abusius i intolerants que sovint es produeixen amb impunitat per als autors. menció Cal fer un esment especial de la dona romaní, que pot patir la doble discriminació, per raó del seu sexe i per raó de l'ètnia a la qual pertany.

L'ECRI considera prioritària la necessitat de combatre aquest fenomen en tots els àmbits i amb tots els mitjans de què es disposi, seguint la jurisprudència que emana del Tribunal Europeu de Drets Humans, que considera que es tracta d'una minoria especialment desfavorida i vulnerable que necessita d'una atenció i una protecció especials, cosa que inclou la necessitat de protecció contra les manifestacions d'antigitanisme en els mitjans de comunicació.

L'ECRI marca aquestes **pautes per combatre de manera eficaç les violències i els crims racistes en contra dels roma** per tal que no quedin impunes, partint de l'atenció especial al contingut de la Recomanació núm. 11 de política general de l'ECRI ja esmentada:

- Introduir un sistema complet de **registre dels actes de violència** contra els roma.
- Adoptar mesures per **animar els roma, víctimes de violències i de crims racistes, a denunciar-los**, especialment posant-los en coneixement de les instàncies adequades i vetllant perquè, en cas de necessitat, es beneficiïn de l'assistència necessària per fer-ho.
- Proporcionar a la **policia i al Ministeri Fiscal una formació específica** sobre la legislació que reprimeix els crims racistes i la seva aplicació a les víctimes romanís.
- **Vetllar perquè la policia i la fiscalia duguin a terme les investigacions que siguin de rigor** a propòsit dels

crims racistes i els actes de violència contra els roma, per tal que els autors no en quedin impunes.

- Assegurar-se que **es duguin a terme indagacions quan hi hagi indicis de comportaments abusius de la policia contra els roma**, i vetllar perquè els autors d'aquests actes siguin perseguits i sancionats.
- **Proporcionar a la policia una formació** pel que fa a drets humans i a la legislació pertinent, a fi de millorar notablement les seves relacions amb les comunitats romanís, formació que ha de ser extensiva per conèixer els problemes que afecten els roma, especialment sobre les violències i els crims racistes, amb vista a sensibilitzar-los per prevenir i combatre millor aquests fenòmens.
- **Condemnar qualsevol discurs públic que inciti directament o indirectament a la discriminació, a l'odi o a la violència dirigida contra els roma.**
- **Impulsar el sistema** de vigilància relativa a l'expressió de l'antigitanisme a Internet i assegurar gestions efectives, seguint els principis que enuncia el Protocol addicional a la Convenció del Ciberkrim, pel que fa a la penalització d'actes de naturalesa racista i xenòfoba comesos a través de sistemes informàtics, i la seva posada en marxa.
- **Incitar els mitjans de comunicació a no al·ludir l'origen ètnic de les persones** esmentades en articles o reportatges si no és indispensable per a la bona comprensió dels esdeveniments.
- Assegurar-se que la legislació contra la discriminació és aplicada sobre **l'empresari o el responsable d'un lloc obert al públic que rebutgi l'accés als roma.**
- Prendre mesures per convidar les **empreses privades de seguretat a sensibilitzar i formar el seu personal**, a fi d'evitar qualsevol actitud i comportament discriminatori contra els roma.
- Tenir cura que **els roma tinguin accés a les prestacions socials en les mateixes condicions que la resta de la població** i que la legislació contra la discriminació és aplicada sempre que és necessari.

15. Recomanació núm. 14 de política general de l'ECRI: Sobre la lluita contra el racisme i la discriminació racial en l'ocu-

pací, de data 22 juny de 2012.¹⁵¹ Aquesta Recomanació insta els Estats membres a posar fre al racisme i la discriminació racial en l'àmbit laboral i d'ocupació.

Afirma que el racisme i la discriminació racial en el món laboral, en les seves diferents formes –com ara assetjament, represàlies, segregació, discriminació múltiple–, i les ordres de discriminar continuen sent presents als Estats de la Unió Europea, de manera que subratlla la necessitat d'assegurar la igualtat de tracte a la pràctica.

Propugna, entre d'altres, les mesures següents: que s'extremi la protecció jurídica contra les discriminacions múltiples i que es millori i faciliti l'accés a la justícia a les víctimes de la discriminació.

16. Recomanació CM/REC (2010) 5 del Comitè de Ministres del Consell d'Europa als Estats membres sobre les mesures per combatre la discriminació per motius d'orientació sexual o identitat de gènere, de data 31 de març de 2010.¹⁵² Parteix de dues premisses que el Tribunal Europeu de Drets Humans ha sostingut de manera reiterada:

- Qualsevol diferència de tracte, per tal que no sigui discriminatòria, ha de tenir una justificació objectiva i raonable, és a dir, ha de perseguir un fi legítim i recórrer a mitjans que siguin raonablement proporcionals a l'objectiu perseguit.
- Cap valor cultural, tradicional o religiós, ni les normes d'una cultura dominant poden ser invocats per justificar la incitació a l'odi o qualsevol forma de discriminació.

Encomana als Estats membres que els presumptes crims i altres incidents comesos amb motiu de l'orientació sexual o la identitat de gènere de la víctima siguin dilucidats en procediments ràpids i eficaços, amb una atenció especial a la investigació dels delictes que hagin estat comesos presumptament per agents de l'ordre o per altres persones que actuïn a títol oficial, i que els responsables d'aquests actes siguin sotmesos efectivament a la justícia i, si escau, siguin castigats amb la finalitat d'evitar-ne la impunitat.

Exhorta els Estats membres que prenguin les mesures apropiades per garantir que les víctimes i els testimonis de l'orientació se-

151. http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/GPR/EN/Recommendation_N14/f-GPR%2014%20-%20A4.pdf.

152. www.coe.int/t/dg4/lgbt/Source/RecCM2010_5_ES.pdf.

xual o identitat de gènere relacionades amb els crims d'odi i altres incidents motivats per l'odi procedeixin a interposar la denúncia corresponent, i que proporcionin a les víctimes i als testimonis l'assistència i el suport necessaris.

Pel que fa al discurs de l'odi, destaca que els Estats membres han d'adoptar les mesures apropiades per combatre totes les formes d'expressió, fins i tot als mitjans de comunicació i a Internet, que, d'una manera raonable, puguin ser enteses com a susceptibles de provocar l'efecte d'incitar, difondre o promoure l'odi o altres formes de discriminació contra les persones lesbianes, gais, bisexuals i transsexuals, de manera que l'anomenat discurs de l'odi ha d'estar prohibit i desautoritzat públicament.

Finalment, cal destacar la recomanació als Estats membres de fer créixer la consciència entre les autoritats públiques i institucions públiques en tots els àmbits de la seva responsabilitat pel que fa a abstenir-se de fer declaracions públiques, en especial als mitjans de comunicació, que, d'una manera raonable, puguin ser enteses com una legitimació d'aquest odi o discriminació.

4.3.3. Unió Europea

A. Parlament Europeu.¹⁵³ Normativa de la Unió Europea

1. Carta dels Drets Fonamentals, de 12 de desembre de 2007¹⁵⁴

El juny de 1999, a fi de destacar la seva importància, el Consell Europeu de Colònia va considerar oportú recollir en una carta els drets fonamentals vigents a la Unió Europea. D'acord amb les aspiracions dels caps d'Estat o de govern, aquesta carta havia de contenir els principis generals que recollia el Conveni Europeu de Drets Humans de 1950 i els derivats de les tradicions constitucionals comunes dels països de la UE, com també els drets econòmics i socials que enuncien la Carta Social Europea del Consell i la Carta Comunitària dels Drets Socials i Fonamentals dels Treballadors, i també els principis que es deri-

153. Pàgina oficial de l'Oficina d'Informació a Espanya: <http://www.europarl.es/>. Pàgina oficial del Parlament Europeu en espanyol: <http://www.europarl.europa.eu/portal/es>.

154. <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/europa/CDFUE/Carta-DerechosFundamentalesUnionEuropea-v2007.htm>.

ven de la jurisprudència del Tribunal de Justícia i del Tribunal Europeu de Drets Humans.

La Carta dels Drets Fonamentals va ser elaborada per una convenció composta per un representant de cada país de la UE i de la Comissió Europea, així com per membres del Parlament Europeu i dels parlaments nacionals. Va ser formalment proclamada a Niça el desembre de 2000 pel Parlament Europeu, el Consell i la Comissió.

El desembre de 2009, amb l'entrada en vigor del Tractat de Lisboa, la carta va adquirir el mateix caràcter jurídic vinculant que els tractats.

Àmbit d'aplicació

La carta és aplicable a les institucions europees, en compliment del principi de subsidiarietat, i no pot excedir de cap manera les competències i les tasques que els tractats li confereixen. La carta també és aplicable als països de la UE quan adopten la legislació comunitària.

Contingut

La Carta dels Drets Fonamentals reconeix una sèrie de drets personals, civils, polítics, econòmics i socials dels ciutadans i residents de la UE, i els consagra a la legislació comunitària.

La carta reuneix en un sol document els drets que fins llavors es repartien en diferents instruments legislatius, com ara les legislacions nacionals i comunitàries, i també en els convenis internacionals del Consell d'Europa, de les Nacions Unides (ONU) i de l'Organització Internacional del Treball (OIT). Com que dóna més visibilitat i claredat als drets fonamentals, estableix una seguretat jurídica dins de la UE.

En el preàmbul de la carta ja s'estableix la importància del dret a la igualtat:

«Conscient del seu patrimoni espiritual i moral, la Unió està fundada sobre els valors indivisibles i universals de la dignitat humana, la llibertat, la igualtat i la solidaritat, i es basa en els principis de la democràcia i l'Estat de Dret. En instituir la ciutadania de la Unió i crear un espai de llibertat, seguretat i justícia, situa la persona en el centre de la seva actuació.»

La Carta dóna la màxima importància al reconeixement de la **dignitat de la persona** i tracta de la seva protecció en el seu primer article:

Article 1. Dignitat humana.

«La dignitat humana és inviolable. Serà respectada i protegida».

El títol III regula el dret a la igualtat, que comprèn els art. 20-26:

- **Principi de la igualtat** de totes les persones davant la llei, en l'**art. 20**: *«Totes les persones són iguals davant la llei.»*
- **Principi de no-discriminació**, en l'**art. 21**:
 - *«Es prohibeix tota discriminació, i en particular l'exercida per raó de sexe, raça, color, orígens ètnics o socials, característiques genètiques, llengua, religió o conviccions, opinions polítiques o de qualsevol altre tipus, pertinença a una minoria nacional, patrimoni, naixement, discapacitat, edat o orientació sexual.*
 - *Es prohibeix tota discriminació per raó de nacionalitat en l'àmbit d'aplicació dels tractats i sense perjudici de les seves disposicions particulars.»*

Els articles següents regulen: la diversitat cultural, religiosa i lingüística (art. 22), la igualtat entre homes i dones (art. 23), els drets de l'infant (art. 24), els drets de les persones grans (art. 25) i la integració de les persones discapacitades (art. 26).

2. Directives

L'any 2000, la Unió Europea, va adoptar dues directives per combatre la discriminació:

- Una directiva que **prohibeix la discriminació per origen racial o ètnic en qualsevol àmbit** (ocupació, educació, seguretat social, salut, accés a béns i serveis, etc.): es tracta de la **Directiva del Consell 2000/43/CE, de 29 de juny de 2000**,¹⁵⁵ relativa a l'aplicació del principi d'igualtat de tracte de les persones independentment de l'origen racial o ètnic.

155. <https://www.boe.es/doue/2000/180/L00022-00026.pdf>.

- Una directiva que estableix un marc per **evitar la discriminació en l'ocupació per motius de religió o creença, discapacitat, edat i orientació sexual**: es tracta de la **Directiva del Consell 2000/78/ CE**,¹⁵⁶ de 27 de novembre de 2000, relativa a l'establiment d'un marc general per a la igualtat de tracte en la feina i l'ocupació.

Des que es va aprovar aquesta legislació, cadascun dels 28 països membres de la Unió Europea ha anat incorporant aquestes normatives a la seva legislació nacional. A Espanya, aquestes directives van ser traslladades a l'ordenament jurídic a través de la Llei 62/2003, de 30 de desembre, de mesures fiscals, administratives i de l'ordre social, amb la qual cosa es va crear un nou marc de protecció legal davant de casos de discriminació per origen racial o ètnic al nostre país.

Les directives parteixen de la premissa que el dret a la igualtat és un pilar fonamental de la Unió Europea. Assenyalen que:

- La discriminació basada en l'origen racial o ètnic pot posar en perill la consecució dels objectius del Tractat de la Comunitat Europea, en particular la consecució d'un alt nivell d'ocupació i de protecció social, l'elevació del nivell i qualitat de vida, la cohesió econòmica i social i la solidaritat, i també pot hipotecar l'objectiu de desenvolupar la Unió Europea com a espai de llibertat, seguretat i justícia.
- La discriminació per motius de religió o conviccions, discapacitat, edat o orientació sexual pot posar en perill la consecució dels objectius del Tractat de la Comunitat Europea, en particular l'assoliment d'un alt nivell d'ocupació i de protecció social, l'elevació del nivell i de la qualitat de vida, la cohesió econòmica i social, la solidaritat i la lliure circulació de persones.

Aquestes directives faciliten definicions de termes importants i, sens dubte, es constitueixen en una font d'interpretació rellevant.

Les directives entenen per **igualtat de tracte** «*l'absència de tota discriminació, tant directa com indirecta, basada en l'origen racial o ètnic*». Hi ha **discriminació directa** «*quan, per motius d'origen racial o ètnic, una persona és tractada de manera menys favorable del que és, ha estat o ha de ser tractada una altra persona en situació comparable*». Es

156. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0078:es:HTML>.

produeix una **discriminació indirecta** «*quan una disposició, criteri o pràctica aparentment neutres situen persones d'un origen racial o ètnic concret en desavantatge particular respecte a altres persones, llevat que aquesta disposició, criteri o pràctica pugui justificar-se objectivament amb una finalitat legítima i llevat que els mitjans per a la consecució d'aquesta finalitat siguin adequats i necessaris*». També defineixen l'**assetjament** com tot «*comportament no desitjat relacionat amb l'origen racial o ètnic que tingui com a objectiu o conseqüència atemptar contra la dignitat de la persona i crear un entorn intimidatori, hostil, degradant, humiliant o ofensiu*».

3. Decisió marc 2008/913/JAI del Consell, relativa a la lluita contra determinades formes i manifestacions del racisme i la xenofòbia mitjançant el dret penal¹⁵⁷

L'objectiu d'aquesta Decisió marc és garantir que determinades manifestacions greus del racisme i la xenofòbia siguin punibles amb sancions penals efectives, proporcionades i dissuasives en tota la Unió Europea (UE). Així mateix, pretén millorar i fomentar la cooperació judicial en aquest camp.

Aquesta Decisió marc, que és continuació de l'Acció Comuna 96/443/JAI, preveu l'aproximació de les disposicions legals i reglamentàries dels països de la UE relatives als delictes de caràcter racista o xenòfob. Determinades manifestacions greus del racisme i la xenofòbia han de constituir un delictes a tots els països de la UE i han de ser punibles mitjançant sancions penals efectives, proporcionades i dissuasives.

De la Decisió marc s'extreuen els apartats d'interès següents.

— La Decisió marc és aplicable a qualsevol delictes comès:

- en el territori de la Unió Europea (UE), i s'hi inclouen els delictes comesos per mitjà d'un sistema d'informació;
- per un nacional d'un país de la UE o per compte d'una persona jurídica que tingui la seva seu en un país de la UE. En aquest sentit, la Decisió marc estableix els criteris sobre com determinar la responsabilitat de les persones jurídiques.

157. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008F0913&from=ES>.

- **Incitació a l'odi.** Es consideren punibles com a delictes penals determinats actes, com ara:
 - Incitació pública a la violència o a l'odi, dirigits contra un grup de persones o contra un membre d'aquest grup, definit en relació amb la raça, el color, la religió o creença, l'ascendència o l'origen nacional o ètnic.
 - El delicte anterior dut a terme mitjançant la difusió, per qualsevol mitjà, d'escrits, imatges o altres suports.
 - L'apologia pública, negació o trivialització flagrant dels crims de genocidi, crims contra la humanitat i crims de guerra tal com els defineix l'Estatut de la Cort Penal Internacional (art. 6, 7 i 8) i els crims que defineix l'art. 6 de l'Estatut del Tribunal Militar Internacional, quan les conductes puguin incitar a la violència o l'odi contra tal grup o contra un membre d'aquest grup.

- Pel que fa a aquests delictes, els països de la UE han d'establir **sancions efectives, proporcionades i dissuasives.**
- Pel que fa a les **persones jurídiques**, se hi han d'imposar sancions efectives, proporcionades i dissuasives, que han d'incloure multes de caràcter penal o no penal. A més, poden ser castigades amb altres sancions, com ara:
 - Exclusió del gaudi de subvencions o ajuts públics.
 - Prohibició temporal o permanent de l'acompliment d'activitats comercials.
 - Vigilància judicial.
 - Mesura judicial de dissolució.

- **L'inici de les investigacions** i actuacions judicials respecte a delictes racistes o xenòfobs **no ha d'estar supeditat a la presentació de declaracions o de càrrecs per part de la víctima.**
- En qualsevol cas, la **motivació racista i xenòfoba ha de ser considerada una circumstància agreujant**, o, si no, els tribunals han de tenir competència per tenir en compte aquesta motivació, a l'hora de determinar les sancions aplicables.

4. Resolucions destacables del Parlament Europeu sobre discriminació

Del Parlament Europeu han sorgit nombroses resolucions per a la lluita contra la discriminació:

- Resolució sobre l'ascens del racisme i la xenofòbia a Europa, de 21 d'abril de 1993, en la qual el Parlament va afirmar que el racisme i la xenofòbia fan vacil·lar «els fonaments de la democràcia, la salvaguarda dels drets humans i de les llibertats fonamentals i les tradicions constitucionals comunes dels Estats membres».
- En les Resolucions de 26 d'abril de 2007, 20 de maig de 2008 i 14 de gener de 2009 s'ha instat els Estats membres de la Unió Europea a **redoblar els seus esforços per prevenir i combatre la discriminació, i a incrementar-ne la protecció en contra**, garantint la igualtat d'oportunitats com a dret fonamental.¹⁵⁸
- Amb relació a l'orientació sexual, es va dictar la Resolució de 8 de febrer de 1994 sobre la igualtat de drets dels homosexuals i de les lesbianes a la Comunitat Europea i sobre la igualtat jurídica i contra la discriminació de lesbianes i gais, que insta tots els Estats membres a vetllar per l'aplicació del principi d'igualtat de tracte, amb independència de l'orientació sexual de les persones en totes les disposicions jurídiques i administratives. La Resolució de 18 de gener de 2006 insta els Estats membres a prendre les mesures adequades per lluitar contra la discriminació per raó d'orientació sexual.

La Resolució de 4 de febrer de 2014 sobre el **full de ruta de la UE contra l'homofòbia i la discriminació per motius d'orientació sexual i identitat de gènere**¹⁵⁹ condemna de manera enèrgica tota discriminació basada en l'orientació sexual i la identitat de gènere, i deplora profundament que els drets fonamentals de les persones lesbianes, gais, bisexuals, transsexuals i intersexuals (LGBTI) no siguin respectats sempre plenament a la Unió Europea.

158. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2009-0019+0+DOC+XML+V0//ES>.

159. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0062+0+DOC+XML+V0//ES>.

- **Informe de la Comissió del Parlament Europeu emès a Brussel·les en data 27 de gener de 2014 per implementar la Decisió marc 2008/913/JAI del Consell, de data 28 de novembre de 2008, relativa a la lluita contra el racisme i la xenofòbia.**¹⁶⁰

S'imposa als Estats membres l'obligació de garantir la punibilitat de les conductes intencionades següents quan *«es dirigeixin contra un grup de persones o un membre d'aquets grup, definit per la raça, el color, la religió, l'ascendència o l'origen nacional o ètnic i quan la conducta pugui incitar a la violència o l'odi contra aquest grup o contra un o diversos dels seus membres:*

- *Incitació pública a la violència o a l'odi mitjançant, per exemple, la difusió o el repartiment d'escrits, imatges o altres materials.*
- *Apologia pública, que negui o banalitzi de manera flagrant crims de genocidi, crims contra la humanitat o crims de guerra, tal com els defineix l'Estatut de la Cort Penal Internacional, i els crims comesos pels principals criminals de guerra dels països Europeus de l'Eix, tal com els defineix la Cort del Tribunal Militar Internacional de 1945.»*

B. Agència de Drets Fonamentals de la Unió Europea (FRA)¹⁶¹

L'Agència de Drets Fonamentals és un organisme de la Unió Europea amb seu a Viena i l'objectiu fonamental de la qual és oferir assistència i assessorament en matèria de drets fonamentals a les institucions i òrgans comunitaris i als Estats membres de la Unió Europea en l'aplicació del dret comunitari; tot això amb la finalitat d'ajudar les institucions, òrgans i Estats membres a respectar plenament aquests drets.

La regulació de la FRA es troba en el Reglament (CE) núm. 168/2007 del Consell, de 15 de febrer de 2007.

L'Agència recopila informació sobre drets fonamentals en els àmbits de competència comunitaris que enumera el Marc plurianual, el qual defineix els àmbits temàtics d'activitat de l'Agència

160. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008F0913&from=es>.

161. Pàgina web oficial: <http://fra.europa.eu/en>.

i té una durada de cinc anys. Entre aquests àmbits ha de figurar la lluita contra el racisme i la xenofòbia i contra la intolerància que aquests comporten.

Les comeses de l'Agència, que s'han de complir dins dels límits dels àmbits temàtics, inclouen:

- La recopilació, l'anàlisi, la difusió i l'avaluació, amb total independència, de les dades i informació pertinents, objectius, fiables i comparables, sobre els efectes concrets de les mesures adoptades per la UE en els drets fonamentals, i sobre les bones pràctiques en matèria de respecte i foment d'aquests drets.
- El desenvolupament de normes per millorar la comparabilitat, objectivitat i fiabilitat de les dades a escala europea, en cooperació amb la Comissió i els Estats membres.
- La realització d'investigacions i treballs científics, estudis preparatoris i de viabilitat.
- La formulació i publicació de conclusions i dictàmens sobre temes específics i sobre l'evolució dels drets fonamentals en l'execució de les polítiques, dirigits a les institucions europees i als Estats membres en el marc de l'aplicació del dret comunitari.
- La publicació d'un informe anual sobre les qüestions relatives als drets fonamentals derivades dels sectors d'activitat de l'Agència.
- La publicació d'informes temàtics basats en les seves anàlisis.
- La publicació d'un informe d'activitat anual.
- El desenvolupament d'una estratègia de comunicació, i el foment del diàleg amb la societat civil, per tal de sensibilitzar l'opinió pública sobre els drets fonamentals.

L'Agència coordina l'acció i ha creat tota una xarxa de cooperació amb la societat civil (Plataforma dels Drets Fonamentals) composta per diferents agents dels drets fonamentals. Es tracta d'intercanviar-hi informació i posar-hi en comú coneixements.

L'Agència també manté relacions institucionals estretes a escala internacional, europea i nacional, en particular amb el Consell d'Europa, l'Organització per a la Seguretat i Cooperació a Europa (OSCE), les agències competents de la UE, les organitzacions governamentals i els organismes públics, entre els quals les institucions na-

cionals de defensa dels drets humans, amb l'objectiu de cooperar i evitar duplicacions de treball.

En el marc dels objectius exposats, la FRA va celebrar el **novembre de 2013 una conferència a la ciutat de VÍlnius (Lituània)**, durant la presidència lituana de la Unió Europea, que, en vista del creixement dels delictes motivats per l'odi i la discriminació en qualsevol de les seves manifestacions (racisme, xenofòbia, intolerància religiosa, homofòbia, etc.) hagut tot Europa, va centrar-se en la lluita contra els delictes d'odi a la Unió Europea amb el títol «Combatent els delictes d'odi a la Unió Europea, donant a les víctimes un rostre i una veu», i en la consideració que cal augmentar els esforços per donar suport i protecció a les víctimes dels delictes d'odi i discriminació de lesbianes, gais, bisexuals i transsexuals, dones, jueus i immigrants i lluitar contra aquests crims d'odi que provoquen situacions d'assetjament i por.

En les conclusions¹⁶² de la conferència es convidava els Estats membres a prendre mesures apropiades per facilitar la presentació de denúncies de delictes d'odi per part de les víctimes i, quan fos possible, també per les associacions que els donen suport, i això inclou prendre mesures per construir la confiança en la policia i altres institucions. Aquestes conclusions convidaven la FRA a treballar juntament amb els Estats membres per facilitar l'intercanvi de bones pràctiques i assistir els Estats membres en els esforços per desenvolupar mètodes efectius per fomentar la denúncia i assegurar un registre estadístic adequat dels delictes d'odi.

Les conclusions d'aquesta conferència anual de la FRA destacaven d'una manera molt especial la millora per part dels diferents Estats de la Unió Europea dels sistemes interns que permeten la recopilació de dades estadístiques sobre delictes d'odi, com també la necessitat d'adoptar mesures per incrementar i facilitar el nombre de denúncies presentades per les víctimes, ja que actualment és escàs.

Les conclusions d'aquesta conferència anual de la FRA van ser aprovades pel Consell de la Unió Europea celebrat a Brussel·les en data 4 de desembre de 2013, en el qual, entre altres iniciatives, s'insta els Estats a:

- *«Vetllar per la investigació i processament ràpids i eficaços de la delinqüència [...] motivada per l'odi, garantint que els prejudicis que motiven aquesta delinqüència es prenguin en consideració i en tots els processos penals».*

162. Enllaç amb les conclusions de l'assemblea de VÍlnius: <http://fra.europa.eu/sites/default/files/frc2013-conclusions.pdf>.

- «Prendre mesures adequades per facilitar la denúncia dels crims d'odi per part de les víctimes i, tant com sigui possible, també de les associacions que els donen suport, i això inclou prendre mesures per generar confiança en la policia i en altres institucions».
- «Recopilar i publicar dades exhaustives i comparables sobre els crims d'odi, que incloguin, tant com sigui possible, el nombre d'incidents denunciats per la població i registrat per les autoritats policials; el nombre de condemnes; els prejudicis que motiven aquests delictes; i les sancions imposades als delinqüents».
- «Vetllar perquè es doni assistència, suport i protecció a les víctimes dels delictes motivats per l'odi, tenint en compte que la Directiva sobre les víctimes s'ha d'aplicar, com a màxim, el 16 de novembre de 2015, en particular l'avaluació cas per cas de les necessitats de protecció de la víctima, com la defineix l'art. 22 de la Directiva».
- «Promoure la formació dels professionals pertinents que entrin en contacte amb les víctimes de delictes motivats per l'odi, perquè puguin donar una assistència eficaç a aquestes víctimes».
- «Potenciar les mesures preventives, per exemple, reflectint la memòria en l'educació sobre els drets humans, en els currículums i la pertinent formació en història, prenent mesures per educar la població en els valors de la diversitat cultural i la integració, i procurant que tots els sectors de la societat tinguin un paper en la lluita contra aquest tipus d'intolerància».
- «També es fa una crida particular en relació amb l'Agència dels Drets Fonamentals, CEPOL, Eurojust i Europol, per prosseguir els esforços per combatre la delinqüència motivada per l'odi tenint en compte els seus respectius mandats i per posar en comú els seus coneixements especialitzats».

4.3.4. Oficina per a les Institucions Democràtiques i els Drets Humans de l'Organització per a la Seguretat i Cooperació a Europa (ODIHR-OSCE)

Nascuda a la Conferència sobre Seguretat i Cooperació d'Europa celebrada a Hèlsinki el 1975, actualment està composta per 57

estats. Aquest organisme internacional disposa d'una **Oficina de Delictes d'Odi**, amb seu a Varsòvia.¹⁶³

La ODIHR treballa en estreta cooperació, entre d'altres, amb el Comitè de les Nacions Unides per a l'Eliminació de Totes les Formes de Discriminació Racial (UNCERD), la Comissió Europea Contra el Racisme i la Intolerància (ECRI), l'Agència de Drets Fonamentals de la Unió Europea (FRA) i el Centre de Vigilància del Racisme i la Xenofòbia, i també amb organitzacions rellevants de la societat civil.

L'OSCE ha manifestat i ha reiterat el compromís de promoure la tolerància i combatre de manera eficaç la discriminació, la qual cosa inclou totes les manifestacions de nacionalisme agressiu, racisme, xovinisme, xenofòbia, antisemitisme i extremisme violent que es duiguin a terme en els Estats que en són membres, i recomana la redacció i promulgació d'instruments normatius específics i eficaços per lluitar contra aquesta xacra.

L'OSCE ha dictat les principals línies mestres d'actuació de l'acció europea en la lluita contra els delictes d'odi.

En aquest sentit, va ser decisiva l'**onzena reunió del Consell de Ministres, celebrada a Maastricht el desembre de 2003**. Els ministres d'Afers Exteriors dels 55 Estats membres de l'OSCE van reafirmar el seu compromís de promoure la tolerància i combatre la discriminació, la qual cosa inclou totes les manifestacions de nacionalisme agressiu, racisme, xovinisme, xenofòbia, antisemitisme i extremisme violent en els Estats membres de l'OSCE. Es va instar els Estats membres a continuar la condemna pública, en l'escala adequada i de la manera apropiada, dels actes violents motivats per la discriminació i la intolerància.

En aquesta reunió es va elaborar un **concepte de delicte d'odi** que es utilitza internacionalment:

- a) Qualsevol infracció penal, incloent-hi infraccions contra les persones (A) o les propietats, en què la víctima, el local o l'objectiu de la infracció és triat per la seva connexió, simpatia, filiació, suport o pertinença, reals o percebudes, a un grup com els definits en la part B.

163. Pàgina web oficial: <http://hatecrime.osce.org/>.

- b) Un grup es basa en una característica comuna dels seus membres, com ara: la «raça», real o percebuda; l'origen nacional o ètnic; el llenguatge; el color; la religió; el sexe; l'edat; la discapacitat intel·lectual o física; l'orientació sexual o un altre factor similar.

La **Decisió sobre tolerància i no-discriminació (núm. 4/03)** que va ser adoptada en la reunió de Maastricht anima tots els Estats membres «a elaborar i mantenir registres d'informació fidedigna i estadístiques sobre delictes d'odi, incloent-hi manifestacions violentes de racisme, xenofòbia, discriminació i antisemitisme». El Consell de Ministres va encomanar a l'Oficina per a les Institucions Democràtiques i els Drets Humans (ODIHR) de l'OSCE la tasca de servir com a punt de recopilació de la informació i les estadístiques recollides pels Estats membres i de treballar en col·laboració estreta amb el Comitè per a l'Eliminació de Totes les Formes de Discriminació Racial de Nacions Unides, la Comissió Europea contra el Racisme i la Intolerància (ECRI), i l'Observatori Europeu del Racisme i la Xenofòbia (EUMC). A més d'aportar informació i estadístiques, també s'encoratjava els Estats membres a informar sobre la legislació existent relativa a delictes motivats per la intolerància i la discriminació. L'ODIHR es va comprometre a informar regularment d'aquestes troballes.

Les conferències següents de l'OSCE a Berlín, París, Brussel·les i Còrdova van reforçar els compromisos dels Estats membres per combatre els delictes d'odi, incloent-hi els atacs contra llocs de culte o la propaganda de l'odi en els mitjans de comunicació i a Internet. Els Estats membres van reiterar els compromisos de mantenir la informació fidedigna i les estadístiques sobre delictes d'odi, de fer accessible aquesta informació a l'opinió pública, i d'enviar-la periòdicament l'ODIHR per facilitar la tasca d'informar sobre aquests descobriments.

En la **dotzena reunió del Consell de Ministres, celebrada a Sofia el 2004**, el president de l'OSCE va emfatitzar que combatre la intolerància i la discriminació era part integral del concepte de seguretat global de l'OSCE, i els Estats membres de l'OSCE van decidir combatre els delictes d'odi, incloent-hi manifestacions de nacionalisme agressiu, racisme, xovinisme, xenofòbia, discriminació, antisemitisme, intolerància, i discriminació contra cristians, musulmans i membres d'altres religions, així com altres formes d'intolerància.

Relació de les decisions més importants de l'OSCE sobre delictes d'odi:

- **Decisió núm. 6 sobre tolerància i no-discriminació (MC (10).DEC/6), adoptada a la reunió celebrada a Porto el 2002.**¹⁶⁴ Destaca la necessitat de lluitar contra qualsevol forma de discriminació tant directa com indirecta.
- **Decisió núm. 4/03 sobre tolerància i no-discriminació (MC.DEC/4/03), adoptada en la reunió celebrada a Maastricht el 2003.**¹⁶⁵ Remarca la necessitat imperiosa de combatre qualsevol delicte que s'inspiren en l'odi que hagi estat incitat per motius racistes, xenòfobs o antisemites, incloent-hi accions o expressions abocades de manera oral, escrita i també difosa a través d'Internet. Enfront de l'augment preocupant d'aquests delictes, l'OSCE va considerar necessari encetar una tasca de documentació i estadística sobre delictes d'odi, que inclogués manifestacions violentes de racisme, xenofòbia, discriminació i antisemitisme; aquesta tasca va ser encomanada a l'Oficina per a les Institucions Democràtiques i els Drets Humans (ODIHR). També va decidir intensificar la cooperació de l'OSCE amb les organitzacions internacionals pertinents, com ara Nacions Unides, Consell d'Europa i Unió Europea, i també amb la societat civil i amb les organitzacions no governamentals pertinents.
- **Decisió núm. 12/04 sobre tolerància i no-discriminació (MC.DEC/12/04, de 7 de desembre de 2004), adoptada en la Conferència celebrada a Sofia el 2004,**¹⁶⁶ que incorpora tres decisions del Consell Permanent:
 - **Decisió núm. 607** per combatre l'antisemitisme.
 - **Decisió núm. 621** sobre la lluita contra el racisme, la xenofòbia i la discriminació, que inclou de manera expressa la protecció necessària contra els atacs racistes i discriminatoris que pateixen els musulmans.
 - **Decisió núm. 633** per promoure la tolerància en els mitjans i a través d'Internet, i evitar qualsevol mena de missatges i imatges que promoguin el racisme, la xenofòbia o l'antisemitisme.

164. <http://www.osce.org/es/mc/40525?download=true>.

165. www.osce.org/es/mc/40537?download=true.

166. www.osce.org/es/mc/41818?download=true.

- **Decisió núm. 13/06 sobre tolerància i no-discriminació, adoptada en la Conferència de Brussel·les el 2006.**¹⁶⁷
En vista del perillós increment dels discursos de caire racista i xenòfob a Europa en els darrers anys, es considera deplorable qualsevol declaració pública racista, xenòfoba i discriminatòria, i es remarca que els representants polítics puguin influir de manera positiva en el foment general del respecte i la comprensió mutus per tal d'eliminar, d'aquesta manera, les tensions internes en les societats amb la crítica pública de les accions i els discursos motivats per l'odi. Reitera la necessitat de mantenir les estàndards i les bases de dades fidedignes sobre delictes motivats per l'odi, a fi de poder formular polítiques efectives i adreçar-hi prou recursos.
- **Decisió núm. 9/09 (MC.DEC/9/09, de 2 de desembre de 2009), adoptada en la Conferència celebrada a Atenes el 2009.** Destaca la necessitat d'una lluita eficaç contra els delictes d'odi difosa a través d'Internet, en vista de la globalització i de l'ús creixent del món virtual per transmetre i difondre idees, ideologies, expressions, manifestacions, imatges, fotografies, vídeos, etc.

L'OSCE-ODIHR ha fet nombroses **publicacions** sobre delictes d'odi i discriminació, entre les quals cal destacar:

- Guia pràctica per a legislacions de delictes d'odi.¹⁶⁸
- Guia per a ONG en la prevenció i resposta de delictes d'odi.¹⁶⁹
- Guia per a la formació de Forces i Cossos de Seguretat en delictes d'odi.¹⁷⁰
- Guia pràctica sobre delictes d'odi per a fiscals.¹⁷¹
- Guia per a la recopilació i registre de delictes d'odi.¹⁷²

167. www.osce.org/es/mc/23119?download=true.

168. Guia en anglès; març de 2009. <http://www.osce.org/odihr/36426>.

169. Guia en anglès; octubre de 2009. <http://www.osce.org/odihr/39821>.

170. Guia en anglès; octubre de 2012. <http://www.osce.org/odihr/tahcle>.

171. Guia en anglès; setembre de 2014. <http://www.osce.org/odihr/prosecutorsguide>.

172. Guia en anglès; setembre de 2014. <http://www.osce.org/odihr/datacollectionguide>.

5. ELS DELICTES D'ODI I DISCRIMINACIÓ EN EL CODI PENAL ESPANYOL

5.1. Plantejament

Des de fa temps, la qüestió relativa a si és possible construir una **categoria entorn de l'element de la motivació discriminatòria del subjecte actiu del delicte** és objecte de discussió en la doctrina espanyola. Concretament, es discuteix si es pot parlar de **delictes anti-discriminatoris** per esmentar tots els delictes en els quals la part subjectiva del tipus, a més del dol, està constituïda per una motivació discriminatòria. En aquest context, hi ha un sector important de la doctrina que entén que en els art. 314, 510, 511 i 512 CP el legislador protegeix el dret fonamental a la igualtat i la no-discriminació per raó de naixement, raça, sexe, opinió i qualsevol altra circumstància personal o social, que recull l'art. 14.1 CE.¹⁷³

El debat entra en una altra dimensió quan un sector dels operadors del sistema penal afegeix a l'element de la motivació discriminatòria la referència a un segon element subjectiu, l'**odi**, per tal de proposar la categoria **delictes d'odi i discriminació**. La categoria dels delictes d'odi és habitual en l'àmbit anglosaxó¹⁷⁴ i és reivindicada

173. BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el derecho penal*, Granada, 1998, p. 77; CANCIO MELIÁ, M., «Comentario al artículo 510 CP», dins RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.); JORGE BARREIRO, A. (coord.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1997, p. 1274; CONDE-PUMPIDO TOURON, C., «Comentario al artículo 510», dins CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Código Penal comentado*, II, 2004, p. 1475 i s.; CALDERÓN CEREZO, A.; CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *Código Penal comentado*, 2005, p. 1028; GARCÍA LÓPEZ, C., «Comentario al artículo 510 CP», dins CRUZ DE PABLO, J.A., *Comentarios al Código Penal*, 2008, p. 2434.

174. Així, tant en la doctrina com en la legislació nord-americana es parla, per exemple, de *Hate Crime*, *Hate-Motivated Crime* o de *Hate Crime Statistics Act*. Sobre el desenvolupament als EUA de la qüestió terminològica que acaba de ser plantejada, vegeu, àmpliament, LANDA GOROSTIZA, J.M., *La intervención penal frente a la xenofobia: problemática general con especial referencia al delito de provocación del artículo 510 del Código Penal*, Bilbao, 1999, p. 108 i s.

entre nosaltres, per exemple, pel Ministeri Fiscal, que no demana únicament que el Codi penal prevegi un capítol específic per als delictes de discriminació, en què també s'inclourien els anomenats delictes d'odi, sinó també la creació d'una **fiscalia especialitzada** en aquesta mena de delictes.¹⁷⁵

No obstant això, **el Codi penal espanyol no fa referència específica ni als delictes discriminatoris ni als delictes d'odi.**¹⁷⁶ Ni tan sols després de la transcendental LO 5/2010, de 22 de juny, en vigor des del 23 de desembre de 2010, que, tot i haver modificat pràcticament una quarta part de l'articulat del Codi penal, ha deixat gairebé inalterat el contingut dels art. 22.4, 314, 510, 511, 512 i 607.2 CP, i de la reforma més recent del Codi penal operada per LO 1/2015.

5.2. La circumstància genèrica agreujant de motius discriminatoris (art. 22.4 CP)

«Article 22. Són circumstàncies agreujants: [...] 4a Cometre el delicte per motius racistes, antisemites o una altra classe de discriminació referent a la ideologia, religió o creences de la víctima, l'ètnia, raça o nació a la qual pertanyi, el seu sexe, orientació o identitat sexual, raons de gènere, la malaltia o la discapacitat que pateixi.»

En l'art. 22.4 CP es troba regulat l'**agreujant de motius discriminatoris**. Segons la doctrina i jurisprudència majoritària, es tracta d'una **circumstància de naturalesa fonamentalment subjectiva**, atès que expressa un **mòbil particularment indesitjable**: la **negació del principi d'igualtat**.¹⁷⁷ Segons un altre sector doctrinal, la circumstància s'hauria de fonamentar en el propòsit d'intimidat el subjecte

175. En aquest sentit es pronuncia l'Avantprojecte de reforma del Codi penal elaborat pel Ministeri d'Igualtat, ara desaparegut, i que pel que fa a l'especialització del Ministeri Fiscal en la constel·lació delictiva que ens ocupa va ser rebutjat pel Ministeri de Justícia. No obstant això, en algunes fiscalies provincials s'han creat serveis especialitzats en delictes d'odi i discriminació. Aquest és el cas, per exemple, de la Fiscalia Provincial de Barcelona.

176. Ho destaquen BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el derecho penal*, cit., p. 81 i s.; CANCIO MELIÁ, M., «Comentario al art. 510 CP», cit., p. 1275; REBOLLO VARGAS, R., «Comentario al artículo 510 CP», dins CÓRDOBA RODA, J.; GARCÍA ARÁN, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, PE, II, Madrid, 2004, p. 2428.

177. STS 1145/2006, de 23 de novembre; 713/2002, de 24 d'abril. En la doctrina de defensa aquest punt de vista, per tots, MIR PUIG, S., *Derecho penal*, PG, 8a ed., 2008, p. 26-32; MIR PUIG, S.; GÓMEZ MARTÍN, V., «Comentario al art. 22.4^a CP», dins CORCOY BIDASOLO, M.; MIR PUIG, S. (dir.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, València,

passiu i els membres del grup al qual pertany.¹⁷⁸ En qualsevol cas, no hi res que obligui a limitar l'aplicació del precepte a supòsits de col·lectius històricament discriminats.

Perquè pugui apreciar-se la circumstància, n'hi ha prou que el subjecte actiu del delicte actuï impulsat per la motivació especialment indesitjable (*per*), **amb independència de si la qualitat personal objecte del mòbil discriminatori concorre efectivament o no en el subjecte passiu de la conducta.**

Per aquesta raó, la circumstància també és aplicable, per exemple, quan una dona és lesionada pel fet d'estar casada amb algú d'una raça determinada, o un periodista o un polític pel fet de defensar minories racials, ideològiques, etc.

També un activista blanc d'una ONG que defensa els drets d'afrodescendents.

Malgrat que un sector de la jurisprudència no considera aplicable la circumstància quan la qualitat personal objecte del mòbil discriminatori no concorre en el subjecte passiu del delicte,¹⁷⁹ resulta preferible entendre que **l'art. 22.4 CP també s'ha d'aplicar quan l'actuació del subjecte actiu respon a motius racistes o discriminatoris creient erròniament que concorre en el subjecte passiu la qualitat objecte del mòbil** (pertinença a una determinada raça, homosexualitat, etc.).¹⁸⁰ Per exemple, una persona que guiada pel seu menyspreu als homosexuals agredeix a una altra persona que realment no és homosexual.

L'agreujant es construeix a partir d'un **catàleg o llista de causes o raons discriminatòries**. Des d'una perspectiva politicocriminal, en el context dels delictes que atempten contra el dret a la igualtat real, i, més concretament, a no ser discriminat, la utilització d'aquesta tècnica legislativa mereix, globalment, una **valoració positiva**. La raó fonamental és que es tracta de delictes que lesionen, alho-

2011, p. 107. En un sentido parecido, BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en Derecho penal*, cit., p. 67.

178. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Motivos racistas o similares», dins MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Memento práctico penal*, Madrid, 2011, p. 379.

179. STS 145/2006, de 23 de novembre, FJ 6; i 1341/2002, de 17 de juliol.

180. STS 1341/2002, de 17 de juliol. Sostenen aquesta postura en la doctrina BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en Derecho penal*, cit., p. 67; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Motivos racistas o similares», cit., p. 379.

ra, la dignitat de l'individu, vinculada estretament a les seves circumstàncies personals o socials (raça, ideologia, religió, etc.). No obstant això, l'agreujant no és únicament un instrument per a la lluita contra la xenofòbia, sinó que el seu contingut és notablement més ampli. Es tracta d'una **circumstància genèrica d'agreujament de la pena per motius discriminatoris**, sigui per raó de mòbils xenòfobs o d'un altre signe. Crida l'atenció, per aquesta raó, la **manca de coordinació sistemàtica** existent entre el catàleg de causes discriminatòries que preveu l'art. 22.4 CP i el que preveuen altres preceptes del Codi en què hi són tipificades conductes que atempten contra el dret fonamental a no ser discriminat.

Així, mentre que l'art. 22.4 CP es refereix a *«motius racistes, antisemites o una altra classe de discriminació referent a la ideologia, religió o creences de la víctima, l'ètnia, raça o nació a què pertanyi, el seu sexe, orientació o identitat sexual, la malaltia que pateixi o la seva discapacitat»*, els art. 314, 510, 511 i 512 CP al·ludeixen, a més, a la discriminació per raó de la *«situació familiar»*; i els art. 511 i 512 CP ometen tota referència al fet que la conducta es faci *«per motius racistes, antisemites»*.

La doctrina majoritària ha destacat l'existència d'**omissions importants** en el catàleg de motius discriminatoris que preveu l'art. 22.4 CP. Algunes omissions han estat tingudes en consideració per la LO 5/2010, que va introduir en el precepte, juntament amb la discriminació per motius de sexe o orientació sexual, la discriminació per identitat de gènere, i per la LO 1/2015, que incorpora les **«raons de gènere»**.

Amb això, la LO 5/2010 permet donar cobertura als casos de **transfòbia**, és a dir, fòbia als transsexuals, que no poden ser subsumits en els motius de *«sexe»* o d'*«orientació sexual»* esmentats. Amb la reforma introduïda per la LO 1/2015 es dona resposta als casos de discriminació per raons de **gènere**, entès com el conjunt d'atribucions, papers, rols o activitats que la societat considera propi de les persones pertanyents a un determinat sexe (exposició de motius de la LO 1/2015, Conveni 210, del Consell d'Europa).

No obstant això, **altres llacunes posades en relleu per doctrina majoritària no han estat satisfetes per la LO 5/2010, ni tampoc per la recent LO 1/2015.**

Aquest és el cas, per exemple, de l'aporofòbia (odi a les persones sense llar), l'edat i l'ús d'alguna de les llengües oficials dins de l'Estat espanyol. L'edat de discriminació està prevista per la normativa laboral i administrativa (Estatut dels Treballadors [ET] i Llei d'infraccions i sancions en l'ordre social [LISOS]); la segona, pel mateix art. 314 CP. La doctrina minoritària també reclama que s'hi incorpori l'aporofòbia.¹⁸¹ No obstant això, com que, d'acord amb el que preveu la normativa comunitària sobre la matèria, resulta preferible fer referència a causes de discriminació, i no a fòbies concretes, la doctrina majoritària proposa la inclusió entre els motius discriminatoris de «*motius relatius a la situació socioeconòmica de la víctima*».

En el precepte també hi ha **reiteracions**. Abans de la reforma introduïda per la LO 5/2010, el redactat en castellà de l'art. 22.4 CP es referia a discriminació per raó de la «**enfermedad o minusvalía que padezca**» la víctima. Segons la seva primera accepció en el Diccionari de la RAE, per *enfermedad* s'ha d'entendre «*alteración más o menos grave de la salud*». El significat del terme era prou ampli com per entendre, d'aquesta manera, que la minusvalidesa no era altra cosa que una espècie de la malaltia, que constitueix, d'aquesta manera, el seu gènere. La doctrina majoritària al·ludia a una certa tradició en el dret comunitari i comparat de referir-se a la discapacitat en comptes de la minusvalidesa, i per això es considerava preferible el terme **discapacidad**. La proposta va ser acollida per la LO 5/2010.¹⁸²

181. En relació amb aquesta qüestió, la STS 1160/2006, de 9 de novembre, FJ 23, va declarar expressament, en un cas d'atac a persona amb tracte peyoratiu i inhumà per la seva condició de captaire sense sostre, que l'aporofòbia no resulta no pot ser subsumit en el tenor literal de l'art. 22.4: «*no es pot asseverar que la situació de l'indigent sense sostre respongui, sense acreditar-hi altres matisos, a una ideologia o unes creences determinades que s'atribueixin a la víctima, tant si la víctima les assumeix com si no, com tampoc de la seva ètnia, raça, nació, sexe i orientació sexual, malaltia o minusvalidesa*».

182. Ho posen en relleu MIR PUIG, S.; GÓMEZ MARTÍN, V., «Comentario al art. 22.4^a CP», cit., p. 108; GÓMEZ MARTÍN, V., *Actualización de la obra de Santiago Mir Puig, Derecho penal, Parte General*, 8a ed., 2010, p. 23.

No han estat resoltes ni per la LO 5/2010, ni tampoc per la LO 1/2015, en canvi, **altres reiteracions**. Així, quan s'al·ludeix a «*motius racistes*», i, posteriorment, a «*una altra classe de discriminació referent a [...] l'ètnia, raça o nació a la qual pertanyi*». Segons la doctrina majoritària, aquesta reiteració podria ser evitada fàcilment utilitzant l'expressió «*per motius relatius [...] a l'ètnia, raça [...]*».

A diferència dels termes *ètnia* i *raça*, el terme **nació** té naturalesa eminentment política, de manera que la doctrina majoritària suggereix que es tracti d'una causa diferent, amb entitat pròpia. A més, alguns estatuts d'autonomia fan referència expressa a la *nacionalitat*. Per aquesta raó, un sector de la doctrina considera que el terme *nació* ha de ser substituït pel de *nacionalitat*, amb l'objecte d'evitar supòsits d'analogia in *malam partem*. El tenor literal del terme **nacionalitat** és **més ampli que el del terme nació**, de manera que el segon pot considerar-se comprès en el primer, però no a l'inrevés. No obstant això, en els supòsits de discriminació per raó de pertinença a una determinada comunitat autònoma, l'art. 22.4 CP podrà ser igualment aplicat, per «**discriminació referent a la [...] ètnia**». És igualment repetitiva l'al·lusió a la «**ideologia, religió o creences de la víctima**». El terme **creences** pot reconduir-se, en tot cas, a *ideologia* o a *religió*, segons es tracti de creences d'una naturalesa o altra, però no té un significat propi clarament diferenciat. La normativa comunitària i alguns models de dret comparat al·ludeixen, en lloc del terme *creences*, a la noció **conviccions**, que la doctrina majoritària considera preferible.

5.2.1. **Jurisprudència destacable**

STS de 17 de juliol de 2002

Confirma SAP Barcelona de 13 de març de 2000, que condemna un grup de sis joves que s'adrecen a zona freqüentada per homosexuals a Sitges i n'agredixen un brutalment, cosa que li provoca una fractura cranial. Són condemnats per delictes de l'art. 147.1 CP amb agreujant art. 22.4; el Tribunal Suprem només té en compte el mòbil discriminatori, i assenyala que n'hi ha prou amb el fet de pressuposar la condició homosexual de la víctima encara que no ho sigui. En el mateix sentit, SAP la Corunya de 19 d'abril de 2007; SAP Barcelona de 3 de novembre de 2006.

STS 1160/2006, de 9 de novembre, FJ 23

Va estudiar un cas d'atac a persona amb tracte pejoratiu i inhumà per la seva **condició de captaire sense sostre**, supòsit que de fet no pot ser subsumit en el tenor literal de l'art. 22.4 CP.

El Tribunal indica que en el text legal cal diferenciar dues parts, encara que no se'n pugui separar l'una de l'altra. A la primera, acabada amb una clàusula de relativa obertura, es fa referència a la comissió del delicte per motius racistes, antisemites o una altra classe de discriminació. I, en aquesta fórmula oberta, s'ha d'incloure el cas que ens ocupa: els acusats atacaven la víctima, diferenciant-la pejorativament amb tracte inhumà, per la seva condició de captaire sense sostre.

A la segona part del precepte es recorre a una enumeració en *numerus clausus*; la discriminació ha de centrar-se en la ideologia, la religió, les creences, l'ètnia, la raça, la nació a la qual pertanyi, el sexe o orientació sexual, o la malaltia o minusvalidesa que pateixi (la víctima). I això reforça la seguretat jurídica, exigible pels art. 25.1, 9.3 i 81 CE i 1, 2 i 4 CP. Però, amb la utilització d'aquest tancament, el legislador corre perill de deixar fora unes altres modalitats de discriminació equiparables, des de la perspectiva de l'Estat social, democràtic i de dret, a les que enuncia, casos de motivació discriminatòria que augmentarien l'injust subjectiu del fet, per la negació del principi d'igualtat.

I no es pot asseverar que la situació de l'indigent sense sostre respongui, sense acreditar-ne altres matisos, a una ideologia o a unes creences determinades que s'atribueixin a la víctima, tant si les assumeix com si no, com tampoc de la seva ètnia, raça, nació, sexe i orientació sexual, malaltia o minusvalidesa.

STS 145/2006, de 23 de novembre, FJ 6

«[...] per a l'aplicació d'aquesta circumstància caldrà provar no solament el fet delictiu que es tracti així com la participació de l'acusat, sinó també la condició de la víctima i a més la intencionalitat». En el mateix sentit, SAP Cadis de 12 de gener de 2007; SAP Barcelona de 17 de febrer de 2005; SAP Madrid de 14 d'octubre de 2009 (cas Palomino).

L'agreujant de l'art. 22.4 CP es fonamenta en la culpabilitat més gran de l'autor perquè és més reprotxable el mòbil que impulsa a cometre el delicte, i per a això és requisit que aquella motivació sigui la determinant per cometre el delicte.

SJP núm. 2 Huelva de 14 d'abril de 2008

Supòsit: manifestació convocada legalment arran d'un homicidi pel qual van ser imputades persones d'ètnia gitana; se'n modifica

la trajectòria prevista i la manifestació passa per la zona on habita la comunitat gitana, amb crits de «*gitanos fora*», «*assassins*», «*no us volem, fora d'aquí*», «*us matarem*», «*us cremarem*» i expressions similars, s'hi fan destrosses en vehicles i en béns comuns, i s'hi cala foc a un munt de palla emmagatzemada.

Elements destacables dels fets provats:

- Els crits corejats i la trajectòria triada evidenciaven un clima d'hostilitat.
- Hi havia ànim d'ofendre, estigmatitzar, reptar a l'enfrontament físic i a la violència, causar danys en les propietats i acovardir la comunitat gitana.
- Es va causar angoixa, inquietud, pànic i terror en els refugiats a l'interior de casa seva, amb profunda sensació d'inseguretat i por.

Condemna: delictes de desordres públics de l'art. 557 CP en concurs ideal amb delictes de danys de l'art. 263 CP, amb la concurrència de la circumstància agreujant de cometre el delictes per motius racistes o de discriminació de l'art. 22.4 CP.

Fonamentació:

- No hi concorren els elements de l'art. 510 CP (incitació directa amb la intenció de crear en altres la voluntat de dur a terme actes de discriminació) atès que els acusats no van provocar, sinó que van actuar i van atemptar ells mateixos contra béns jurídics, i, per tant, no se'ls pot definir com a actors de provocació a altres.
- Hi concorre l'agreujant de l'art. 22.4 CP, ja que els acusats van actuar amb menyspreu contra un col·lectiu compost per molts ciutadans que no mantenien cap relació amb els fets que van originar la manifestació. Les accions estaven dirigides al col·lectiu de gitanos i només per aquesta condició.

SAP Barcelona de 27 de juliol de 2009

Els acusats actuen per motius de discriminació, que se centra en la ideologia de la víctima (acusats d'ideologia feixista, i víctima d'estètica *redskin* i ideologia antifeixista).

SAP Madrid de 14 d'octubre de 2009, confirmada per STS de 22 d'abril de 2010

Ideologia d'ultradreta de l'acusat acreditada per:

- Estètica *skin* neonazi.
- Frase «*Sieg Heil*» proferida després d'apunyalar la víctima.
- Salutació consistent a estendre el braç i la mà drets cap endavant, propi de les SS.
- Paraula «*porcs*» utilitzada per referir-se als antifeixistes.
- Comentaris i actes de defensa, que volen mitigar el comportament de l'acusat, fets amb posterioritat als fets per grups d'ultradreta.
- Conclusió no desvirtuada pel tracte cordial amb companys iberoamericans del regiment, «*limitant-se la seva relació amb les activitats comunes dins de la caserna on mai van parlar d'idees polítiques, sinó de qüestions relacionades amb l'activitat diària de la seva feina*».

SAP Barcelona de 15 de gener de 2010

Elements de la xenofòbia com a agreujant:

- El comportament de l'autor ha fet palesa la seva voluntat de col·locar el subjecte estranger en situació d'inferioritat, d'humiliació, de vexació o de menyspreu.
- A la condició objectiva que la víctima és estrangera, cal afegir-hi forçosament la voluntat, el mòbil, el motiu o la intenció de l'autor o autors en cometre el delictes.
- Actitud de menyspreu que fa que l'autor d'un fet actuï de manera delictiva (sent allò determinant la causa que mou a cometre el delictes per complir amb la conducta típica penal).

STS de 22 d'abril de 2010

El propòsit de l'acusat d'acudir a la manifestació convocada per la ultradretana Democràcia Nacional «*contra el racisme antiespanyol*»; l'estètica neonazi que exhibia; els crits «*Sieg Heil*», d'accentuada tradició nazi, proferits per l'acusat després d'apunyalar la víctima, mentre saludava a l'estil romà; la utilització de la paraula «*porcs*» per referir-se als antifeixistes, tot plegat evidencia la ideologia de l'acusat, enfront de la radicalment contrària de la víctima, no qüestionada pel seu esquerranisme, avalen de manera inapel·lable la conclusió del tribunal que va sentenciar a expressar que les extremes discrepàncies de pensament van constituir el mòbil que va menar l'agressió, com es des-

prèn inequívocament del comportament de l'acusat en situar-se al costat d'una de les portes d'entrada al vagó, amb la navalla amagada, esperar «serenament» l'entrada dels seus oponents ideològics i utilitzar el nimi pretext de ser preguntat per la seva dessuadora per assestar-li sense més ni més la puyalada mortal.

SAP Barcelona de 29 de novembre de 2010, amb referència a la STS de 24 de febrer de 2006

- **Supòsit de fet:** dues persones que circulen amb un vehicle observen una persona de raça negra, se'n baixen i l'agredixen «precisament per tractar-se d'una persona de raça negra», i diuen: «vés-te'n al teu poble, negre fill de puta».
- **Fonament:** exteriorització clara, precisa i intencional de la voluntat o motivació basada exclusivament en motius racials.
- **Prova de la motivació:** pertinença dels acusats a grups relacionats amb idees d'extrema dreta i racistes, de superioritat de la raça ària, unit a la frase adreçada a la víctima al sortir del vehicle.

SAP la Corunya de 29 de novembre de 2010

- **Supòsit de fet:** persona agredida per desconeguts que porta una samarreta amb el terme «*Tercios Españoles*»; després de ser preguntada si és militar i contestar que sí.
- **Fonament:** concorre l'agreujant de l'art. 22.4 CP perquè la víctima va ser triada per la seva mera condició de militar i, per tant, per exercir una activitat professional una de les comemes de la qual és garantir la integritat territorial d'Espanya.
- **En vot particular** de Juan Luis Pía Iglesias es destaca la inexistència d'una explicació alternativa raonable amb relació a l'elecció de la víctima.

SAP Barcelona de 29 de març de 2012

Confirma la sentència del Jutjat Penal núm. 4 de Sabadell de data 29 de juliol de 2011 i en la qual es va condemnar per delicte contra l'administració de justícia de l'art. 464.1 CP amb agreujant de discriminació per orientació sexual de l'art. 22.4 CP una persona que va amenaçar dues dones lesbianes perquè aquestes prèviament l'havien denunciat per una presumpta agressió, les quals van declarar en el relat de fets provats que el penat va actuar «amb menyspreu cap a l'orientació

sexual d'aquesta (la víctima) dient-los filles de puta, lesbianes de merda, que m'heu denunciat, que si em fan pres us mataré».

SAP Màlaga de 4 de març de 2014

No hi concorre l'agreujant de discriminació per raó d'orientació sexual, ja que, per a això, caldria que la causa o motiu del delictes fos l'orientació sexual de les víctimes, i en el supòsit enjudiciat, tot i fer-ne referència, no és el detonant de l'agressió, que es basa en males relacions prèvies, per altres causes (relatives a un habitatge, el seu ús, etc.); per això, no s'hi pot aplicar l'agreujant demanada.

SAP Barcelona de 30 d'octubre de 2014, confirmada per STS de 19 de maig de 2015

S'enjudiciava una agressió greu que es va produir el dia 12 d'octubre de 2011 comesa contra un dels assistents a un concert de música RAC (*Rock Against Communism*), organitzat pel grup d'extrema dreta Democràcia Nacional, i per la qual van ser condemnades dues persones d'idees antagòniques per delictes de lesions dels art. 147 i 148.1 CP, apreciant-s'hi l'agreujant de discriminació per motius ideològics de l'art. 22.4 CP.

SAP Barcelona de 30 d'octubre de 2014

Els drets a la llibertat d'expressió i manifestació es transmuten quan per raons ideològiques s'actua de manera violenta contra persones del grup ideològic contrari reunides a l'interior d'un local mitjançant instruments lesius, sabent que s'està atemptant contra la seva integritat física, i sent el mòbil per raó de la ideologia.

SJP núm. 1 Barcelona de 16 de març de 2015

Supòsit: agressió contra el company sentimental d'una dona dominicana en interposar-se entre l'agressor, que la bufeteja i li crida «*negra, véste'n al teu puto país*», i la dona.

Condemna: delictes contra la integritat moral de l'art. 173.1 CP; falta de lesions de l'art. 617.1 CP; delictes de lesions de l'art. 147.1 CP en concurs amb un delictes contra la integritat moral de l'art. 173 CP, amb concurrència de la circumstància agreujant de racisme de l'art. 22.4 CP (discriminació per associació «*ja que el mòbil de l'agressió va ser racista, de rebuig a la parella d'origen dominicà de la víctima*»).

STS de 4 de maig de 2015, cas Stroika

Confirma sentència de 18 de juliol de 2014 de la Secció Tercera de l'Audiència Provincial de Barcelona.

Es va jutjar un dels casos de l'àmbit dels delictes d'odi més greus que es recorden a Catalunya en els darrers anys. La sala va condemnar deu persones a penes de prop de divuit anys de presó per dos assassinats en grau de temptativa, un delicte de lesions amb ús d'armes i instruments perillosos i un delicte de danys amb incendi, com a conseqüència d'una acció conjunta i planificada comesa per un grup de catorze persones encaputxades que compartien estètica i ideologia nacional-socialista, amb justificació de l'ús de la violència contra altres persones o grups de persones pel fet de tenir una ideologia contrària, o per ser d'altres races o d'una altra orientació sexual; aquestes persones encaputxades, algunes de les quals estaven integrades en grups radicals de seguidors del futbol –CUSOS o Brigadas Blanquiazules–portaven barres de ferro, pals i bengales amb els quals van agredir uns joves, seleccionats per suposar que serien d'ideologia contrària a la que ells professaven.

Procedeix aplicar-hi l'agreujant quart de l'art. 22 CP (actuar per motius ideològics dels atacants), atès que:

a) Els agressors van actuar amb la finalitat exclusiva de vindicar la seva ideologia, al marge de qualsevol consideració personal.

Tots els agressors comparteixen no únicament l'estètica (tatuatges de simbologia nazi, caps rapats), sinó també la ideologia nacionalsocialista o neonazi, que justifica la utilització de la violència i el terror contra persones pel fet de mantenir una ideologia o una inclinació sexual diferent, i aquest va ser el motiu pel qual va ser convocat el grup per anar a un concert de l'extrema esquerra radical i antifeixista, és a dir, d'una ideologia oposada, per tal d'atacar les persones que hi anessin, per considerar que professaven aquesta ideologia o n'eren simpatitzants.

b) La selecció de les víctimes es va fer per la seva simbologia o estètica exterior.

Les víctimes no tenien cap relació entre elles més enllà de la seva intenció d'assistir al concert i tampoc no tenien relació amb els agressors, als qui no coneixien, de manera que aquest va ser l'únic motiu d'aquest irracional atac.

5.3. Amenaces a col·lectius (art. 170.1 CP)

Art. 170.1 CP: «Si les amenaces d'un mal que constitueix delicte van dirigides a atemorir els habitants d'una població, grup ètnic, cultural

o religió, o col·lectiu social o professional, o qualsevol altre grup de persones, i tenen la gravetat necessària per aconseguir-ho, s'imposen respectivament les penes superiors en grau a les previstes a l'article anterior».

L'art. 170.1 CP forma part del conjunt de delictes específics que recull el Codi penal destinats a concretar la protecció més gran que l'Estat pot proporcionar a la salvaguarda de les formes més greus d'actes racistes o xenòfobs, i regula les amenaces dirigides contra col·lectius i les descriu d'aquesta manera: *«les amenaces d'un mal que constitueix delictes van dirigides a atemorir els habitants d'una població, grup ètnic, cultural o religió, o col·lectiu social o professional, o qualsevol altre grup de persones, i tenen la gravetat necessària per aconseguir-ho».*

S'identifiquen tres elements integrants del tipus penal (STS de 26 de febrer de 2007):

- Es tracta d'un delictes susceptible de ser comès per dol directe: el propòsit de l'autor ha de ser atemorir tots o una bona part dels components del col·lectiu.
- L'amenaça ha de correspondre's amb un mal que constitueix delictes. Des d'un punt de vista estricte, s'hauria de tractar d'alguns delictes del catàleg de l'art. 169 CP.
- Les amenaces proferides han de tenir la gravetat i la idoneïtat necessària per aconseguir atemorir.

En relació amb els destinataris de les amenaces, cal entendre que l'expressió genèrica *«qualsevol altre grup de persones»* no és només una referència numèrica, el grup ha de tenir un element comú que identifica les persones que el componen (interpretació que parteix de la base d'entendre que el legislador nomena prèviament en el precepte una sèrie de col·lectius entre els quals hi ha alguna afinitat).

Perquè s'entengui que el delictes s'ha consumat, no cal que l'amenaça aconseguixi atemorir el grup efectivament; i en el cas que l'atemoriment afecti la llibertat de més d'una persona, llavors escau un concurs ideal de tants delictes com persones amenaçades.

La figura del subjecte passiu abasta diverses possibilitats, ja que pot tractar-se de:

- Una persona concreta d'una rellevància destacada en el grup, de manera que l'anunci del mal atemoreixi tot el col·lectiu o una bona part.
- Persones que el subjecte actiu, per confusió, identifica com a membres del col·lectiu al qual pretén atemorir.

- Persones defensen les mateixes idees que el col·lectiu, encara que no en pertanyen.

5.3.1. *Jurisprudència destacable*

STS de 26 de febrer de 2007, cas De Juana Chaos

- **Supòsit:** la publicació de dos articles periodístics al diari *Gara*, l'1 i el 30 de desembre de 2004, l'autor dels quals, Iñaki de Juana Chaos, era en aquells moments a la presó acabant de complir la condemna que se li havia imposat per la seva participació en diversos atemptats i delictes terroristes.
- **Decisió:** en sentència de 8 de novembre de 2006 de l'Audiència Nacional es conclou que aquests dos articles constituïen un delictes d'amenaques terroristes (art. 572.1.3 CP), i, per ser-ne l'autor, es va imposar a De Juana Chaos una pena de presó de dotze anys i set mesos. Per la seva banda, el Tribunal Suprem, en resoldre el recurs interposat enfront d'aquesta decisió de l'Audiència (STS de 26 de febrer de 2007), va rebaixar la condemna inicialment imposada a tres anys de presó, ja que va considerar que es va cometre un delictes d'amenaques no terroristes, de l'art. 170.1 CP, en concurs ideal amb enaltiment del terrorisme.

Fonamentació jurídica:

- Hi ha unes amenaces de mals constitutius de delictes que s'expressen en la metàfora de «*quedar-se sense mans*».
- L'amenaça es refereix als col·lectius citats com a «*jutges prevaricadors, polítics corruptes, professionals de la tortura i carcellers sense escrúpols*».
- «*L'amenaça se sotmet a una condició: que les institucions de l'Estat espanyol marxïn del País Basc i deixin tots els seus poders i entitats públiques en mans d'un Estat basc independent*», la qual cosa és una «*pretensió permanent d'ETA*», i per això «*ha de reputar-se com a inexistent a l'efecte de la determinació del tipus del delictes d'amenaques*» i suposa que siguin «*no condicionals*».

- L'enaltiment del terrorisme es va cometre alhora que el d'amenaques del 170.1 CP, atès que en el contingut dels articles «*hi ha un to apologètic respecte del que ells anomenen col·lectiu dels presos bascos i de les raons per les quals van ingressar a la presó*».
- **Un dels vots particulars** –el del magistrat Perfecto Andrés Ibáñez– sosté que l'acusat havia d'haver estat absolt del delicte d'amenaques, i expressa idees coincidents amb les exposades pel magistrat Giménez García en el seu vot: La Sala va incórrer en contradicció amb la idea que De Juana Chaos no tenia en el moment de redactar els articles la condició d'integrant o col·laborador de banda armada exposada en la seva anàlisi de l'existència d'un delicte d'integració o pertinença a banda armada en el cas. La contradicció provindria del fet que aquesta premissa va ser decisiva a l'hora d'atribuir al text enjudiciat el caràcter d'amenaçador. Hi ha precedents (com ara la STS de 2 de juliol de 1999) en què el TS mateix va concloure que expressions similars no constituïen un delicte d'amenaques. El text jutjat conté un seguit d'«*inconcrecions*» que desvirtuen el seu pretès caràcter amenaçador (el seu caràcter simbòlic o metafòric, l'absència d'un destinatari exprés de les amenaces, o la intemporalitat del mal amenaçat).

5.4. Delictes contra la integritat moral (art. 173 CP): possibilitats d'aplicació en supòsits discriminatoris

Art. 173.1 CP: «1. El que infligeix a una altra persona un tracte degradant, i menyscaba greument la seva integritat moral, es castiga amb la pena de presó de sis mesos a dos anys.

Han de ser castigats amb la mateixa pena els que, en l'àmbit de qualsevol relació laboral o funcional i prevalent-se de la seva relació de superioritat, duquin a terme contra un altre de forma reiterada actes hostils o humiliants que, sense arribar a constituir tracte degradant, suposin assetjament greu contra la víctima.

També s'ha d'imposar la mateixa pena a qui de forma reiterada porti a terme actes hostils o humiliants que, sense arribar a constituir tracte degradant, tinguin per objecte impedir el legítim gaudi de l'habitatge.»

Com és sabut, l'art. 173.1 CP recull el tipus bàsic d'**atemptat contra la integritat moral comès per particular**. Qualsevol conducta idònia *ex ante* per menyscabar *greument* la integritat moral, sense necessitat de mitjans de comissió determinats, pot realitzar el tipus. Es tracta d'un tipus penal obert, criticat en la doctrina i la jurisprudència pel fet de ser poc respectuós amb el principi de taxativitat. La doctrina i la jurisprudència majoritàries el qualifiquen com a delictes de resultat que requereix que l'acció típica constitueixi un tracte degradant.¹⁸³ No obstant això, difícilment el menyscapse de la integritat moral pot separar-se de la conducta mateixa considerada com a tracte degradant.¹⁸⁴

En la **jurisprudència** s'ha apreciat que estem davant d'un *menyscapse greu* de la integritat moral en **supòsits com els següents**:¹⁸⁵

- Obligar una dona a seure en una cadira i tallar-li el cabell sense el seu consentiment en presència d'altres persones.¹⁸⁶
- Cobrir el cap de la víctima amb una cinta de tipus esparadrap, tombar-la sobre un llit, baixar-li els pantalons i les calces, i a continuació copejar-la amb una vara a les natges i introduir-li a l'anus i a la vagina el canó d'una pistola.¹⁸⁷
- Obligar la víctima a romandre nua, tallar-li el cabell de qualsevol manera, posar-li una corretja al coll i unes tisoires davant dels ulls, i amenaçar-la amb treure'ls-hi si no s'està quieta.¹⁸⁸
- Portar una altra persona a la muntanya entre diversos subjectes, despullar-la i pintar-li tot el cos amb esprai, i fins i tot tallar-li el cabell amb unes tisoires, amb la finalitat d'humiliar-la.¹⁸⁹

183. STS 824/2003, de 5 de juny; i 819/2002, de 5 de febrer; ATS de 24 de setembre de 2003.

184. Vegeu, per tots, BOLEA BARDON, C., dins CORCOY BIDASOLO, M. (dir.), *Derecho penal*, PE, I, 2011, p. 158. Sobre aquesta problemàtica, vegeu, a més, BARQUÍN SANZ, J., *Delitos contra la integridad moral*, 2001; DE LA MATA BARRANCO, N.; PÉREZ MACHÍO, A.S., «El concepto de trato degradante en el delito contra la integridad moral del art. 173.1 del Código Penal», *RP*, 2005.

185. Tots són recollits per BOLEA BARDON, C., dins CORCOY BIDASOLO, M. (dir.), *Derecho penal*, PE, I, cit., p. 159.

186. SAP Barcelona, 2a, 375/2007, de 7 de maig.

187. SAP Astúries, 8a, 37/2005, de 19 d'octubre.

188. SAP Santa Cruz de Tenerife, 2a, 120/2005, de 7 de febrer.

189. STS 819/2002, de 8 de maig.

- Traslladar la víctima fins als voltants d'un riu i submergir-li el cap diverses vegades a l'aigua, de manera que no podia respirar, i no permetre-li canviar-se de roba, cosa que va fer que agafés un fort constipat amb procés febril.¹⁹⁰
- Abandonar la víctima completament nua a un descampat al qual l'havien portat prèviament, després d'obligar-la a despullar-se, sense més companyia que la d'un menor.¹⁹¹
- Copejar brutalment la parella, amenaçar-la de mort reiteradament i arrossegar-la per la força fins al lavabo i ficar-li el cap al vàter.¹⁹²
- Assetjament escolar (bullying): cas Jokin.¹⁹³

El delicte contra la integritat moral que preveu l'art. 173.1 CP sol anar acompanyat d'**atemptats contra altres béns jurídics personals**. L'art. 177 CP estableix una regla concursal comuna a tots els delictes que preveu aquest títol. D'acord amb aquesta regla, «*s'han de castigar els fets separadament amb la pena que els correspongui pels delictes comesos*». Doctrina i jurisprudència majoritàries interpreten aquesta clàusula entenent que quan, a més de l'atemptat contra la integritat moral, es produeix «*lesió o dany a la vida, integritat física, salut, llibertat sexual o béns de la víctima o d'un tercer*», ha d'apreciar-se un concurs real de delictes.¹⁹⁴

Un dels més habitualment afectats és la **integritat física**. En aquest context, la realitat pràctica revela que «*es produeixen agressions físiques sobre les persones que són alarmants casos de violència absolutament gratuïta executada amb la finalitat d'humiliar i vexar la víctima, creant-hi un sentiment de terror, d'angoixa o d'inferioritat per la gratuïtat de l'atac sofert, lesionant així greument la seva dignitat humana*».¹⁹⁵ Davant aquesta circumstància, i «*considerant que els tipus de lesions, tant de delicte com de falta, que preveu el Codi penal no esgoten la plena antijuridicitat d'aquestes conductes, ja que es s'hi protegeix exclusivament com a bé jurídic la integritat física de la persona sense contemplar l'atac que aquelles conductes també suposen a la seva inte-*

190. STS 213/2005, de 22 de febrer.

191. STS 233/2009, de 3 de març.

192. SAP Barcelona, 3a, de 17 d'abril de 2000.

193. SAP Guipúscoa, 1a, 178/2005, de 15 de juliol.

194. Recull aquest punt de vista, per tots, BOLEA BARDON, C., dins CORCOY BIDASOLO, M. (dir.), *Derecho penal, PE*, I, cit., p. 156 i s. En la jurisprudència, vegeu, per exemple, la STS 824/2003, de 5 de juny.

195. Constatació feta per la Instrucció FGE 6/2007, de 9 de novembre.

gritat moral», la **Instrucció de la Fiscalia Provincial de Barcelona 6/07, de 9 de novembre, estesa a tot Catalunya per la Instrucció núm. 2/2012**, disposa que aquests fets han de ser qualificats «*no només com a delicte o falta de lesions, sinó a més com a delicte contra la integritat moral de l'art. 173.1 del Codi penal, en concurs ideal de l'art. 77 Codi penal amb la infracció de lesions esmentada, els casos esmentats de violència física absolutament gratuïta executats amb la finalitat d'humiliar i vexar la víctima, menyscabant-ne greument la dignitat humana, i que normalment responen a motius racistes, antisemites o a una altra classe de discriminació referent a la ideologia, religió o creences de la víctima, l'ètnia, raça o nació a la qual pertanyi, el sexe o orientació sexual, o la malaltia o minusvalidesa que pateixi, circumstància agreujant que preveu el núm. 4 de l'art. 22 del Codi penal que, en cas de córrer-hi, també haurà de ser apreciada*».¹⁹⁶

196. En l'Avantprojecte de llei integral per a la igualtat de tracte i la no-discriminació, de 31 de maig de 2011 (Ministeri d'Igualtat), un precepte nou, que serviria d'enllaç entre els capítols 1r i 2n. El precepte tindria aquest tenor literal: «*En tot cas, es produirà detriment greu de la integritat moral de la víctima a què es refereix l'art. 173.1 d'aquest Codi quan el tracte degradant s'infligeixi per algun dels motius que preveu l'art. 22.4 d'aquest Codi*». La justificació d'aquest precepte va ser la següent: «*És cert que, en ocasions, els supòsits en què un subjecte infligeix a una altra persona un tracte degradant per alguna de les causes discriminatòries que preveu l'art. 22.4 CP han estat subsumits per una part de la jurisprudència en l'art. 173.1 CP. No obstant això, és evident que aquest últim precepte no constitueix, precisament, un model de taxativitat, de manera que es presta, per això, a interpretacions contraposades. Aquesta circumstància acaba derivant en una consideració d'una part important de supòsits com els que acaben de ser plantejats com a casos amb un contingut d'injust menor, mereixedors, com a molt, de la consideració de mera falta de lesions, coaccions o amenaces. No obstant això, és evident que cap d'aquestes qualificacions jurídiques aconsegueix aprehendre íntegrament, de cap manera, el contingut de desvalor d'aquesta classe de conductes. Les causes discriminatòries que preveu l'art. 22.4 CP tenen el seu fonament material no només en la protecció del dret a la igualtat real davant la llei (art. 14 CE), sinó també, i fonamentalment, de la dignitat humana (art. 10 CE). Per això, pot afirmar-se que els supòsits en què un subjecte infligeix a una altra persona un tracte degradant per alguna de les causes discriminatòries que preveu aquell precepte constitueixen, per principi, atemptats greus contra la dignitat humana o la integritat moral de la persona. Això és degut al fet que aquests atemptats representen una negació mateixa d'algun dels principals elements identificadors de la persona. El precepte que es proposa permetrà subsumir en el seu tenor literal tots aquells actes o comportaments de violència absolutament gratuïta executada per mòbils discriminatoris i perpetrada amb la finalitat d'humiliar i vexar la víctima, creant-hi un sentiment de terror, d'angoixa o d'inferioritat per la gratuïtat de l'atac sofert, de manera que es lesiona greument la seva dignitat humana. Tant si es tracta d'actes reiterats o permanents d'humiliació o vexació a les persones per motius discriminatoris com de conductes ocasionals, però de gran intensitat lesiva per a la dignitat de la persona*».

El criteri de la Instrucció 6/07 de la Fiscalia Provincial de Barcelona, de 9 de novembre, va ser aplicat per primera cop per la **sentència del Jutjat penal núm. 16 de Barcelona 111/09, de 16 de març**, que va condemnar com a autor d'un delicte contra la integritat moral de l'art. 173.1 CP, sense que hi concorressin circumstàncies modificatives de la responsabilitat criminal, a una pena de vuit mesos de presó. En el conegut cas que va donar lloc a la sentència, qui finalment va ser condemnat havia proferit de manera absolutament gratuïta greus insults racistes i puntades de peu al cap a una menor d'edat de nacionalitat equatoriana que viatjava als Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya. La condemna de primera instància va ser íntegrament confirmada per la **SAP Barcelona, 6a, de 8 de febrer de 2010**. En la mateixa línia es pronuncia la **SJP núm. 1 Barcelona de 16 març de 2015**.

Després de la LO 1/2015, l'**art. 510.2.a CP** castiga «*amb la pena de presó de sis mesos a dos anys i multa de sis a dotze mesos [...] Els que lesionin la dignitat de les persones mitjançant accions que comportin humiliació, menyspreu o descrèdit d'algun dels grups a què es refereix l'apartat anterior, o d'una part dels mateixos, o de qualsevol persona determinada per raó de la seva pertinença a ells per motius racistes, antisemites o altres referents a la ideologia, religió o creences, situació familiar, la pertinença dels seus membres a una ètnia, raça o nació, el seu origen nacional, el seu sexe, orientació o identitat sexual, per raons de gènere, malaltia o discapacitat, o produeixin, elaborin, posseeixin amb la finalitat de distribuir, facilitin a terceres persones l'accés, distribueixin, difonguin o venguin escrits o qualsevol altra classe de material o suports que pel seu contingut siguin idonis per lesionar la dignitat de les persones per representar una greu humiliació, menyspreu o descrèdit d'algun dels grups esmentats, d'una part d'ells, o de qualsevol persona determinada per raó de la seva pertinença als mateixos*». En els supòsits relatius a la Instrucció 6/07 de la Fiscalia Provincial de Barcelona, de 9 de novembre, el nou precepte podria entrar en **concurs de lleis amb l'art. 173.1 CP**, que podria ser resolt a **favor del primer en atenció al principi d'especialitat**.

5.5. Delicte de discriminació en l'àmbit laboral (art. 314 CP)

Art. 314 CP: «Els qui produeixin una greu discriminació en la feina, pública o privada, contra alguna persona per raó de la seva ideologia, religió o creences, la seva pertinença a una ètnia, raça o nació, el seu sexe, orientació sexual, situació familiar, malaltia o discapacitat, perquè tenen la representació legal o sindical dels treballadors, per parentiu amb altres treballadors de l'empresa o per l'ús d'alguna de les llengües oficials dins de l'Estat espanyol, i no restableixin la situació d'igualtat davant la llei després d'un requeriment o una sanció administrativa, i reparin els danys econòmics que n'hagin derivat, han de ser castigats amb la pena de presó de sis mesos a dos anys o una multa de 12 a 24 mesos.»

5.5.1. Plantejament

L'escassa aplicació pràctica del precepte és deguda, fonamentalment, al fet que pateix de *deficiències tècniques importants*. Algunes tenen per objecte el catàleg de causes discriminatòries que preveu el tipus, la utilització d'alguns termes equívocs (*ocupació*), l'exigència del no-restabliment de la situació d'igualtat i, finalment, la benignitat de la pena.

5.5.2. El catàleg de causes discriminatòries

De forma injustificada, en l'art. 314 CP es fa referència a alguna **causa discriminatòria que no preveu la normativa social**. De manera inversa, **alguna de les causes que preveuen l'ET i la LISOS brilla per la seva absència en l'art. 314 CP**. El primer cas es dona amb la causa relativa a **«ostentar la representació legal o sindical dels treballadors»**, ja que l'ET fa referència a **«adhesió a sindicat»**, expressió que no coincideix exactament, ja que no tots els representants dels treballadors han d'estar necessàriament afiliat a un sindicat. El segon cas, en canvi, es dona amb l'edat, que és prevista com a causa discriminatòria tant per l'ET com per la LISOS i és sorprenentment absent en l'art. 314 CP, tot i tractar-se, juntament amb el sexe, de la principal causa de discriminació laboral.¹⁹⁷

197. VALLE MUÑIZ, J.M.; VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Comentario al art. 314», dins QUINTERO OLIVARES, G. (dir.); MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios a la parte espe-*

5.5.3. *Caràcter equívoc del terme ocupació*

La utilització en el precepte de l'expressió «**greu discriminació en l'ocupació**» pot provocar *equívocs interpretatius*. Així, encara que la doctrina dominant entén, correctament, que **poden ser subsumits en el tipus tots aquells actes discriminatoris produïts en ocasió de la relació laboral**, interpretació que permet aplicar el tipus, per exemple, a casos de conductes discriminatòries relatives al salari, els ascensos o la classificació professional del treballador; un sector doctrinal minoritari fa una interpretació restrictiva (fins i tot una restricció teleològica) del precepte i considera que l'art. 314 CP únicament és aplicable a aquelles conductes discriminatòries que tinguin lloc en l'accés a la feina o en l'extinció del contracte laboral.

5.5.4. *Exigència típica de no-restabliment de «la situació d'igualtat davant la llei»*

En la seva redacció actual, l'art. 314 CP divideix la conducta típica en dues parts:

- **Activa:** «produir una greu discriminació en l'ocupació».
- **Omissiva:** «no restableixin la situació d'igualtat davant la llei després d'un requeriment o una sanció administrativa, i reparin els danys econòmics que n'hagin derivat».

Aquesta tècnica legislativa mereix una **valoració negativa**, per les raons següents:

- D'una banda, l'exigència legal de les dues conductes, l'activa i l'omissiva, pràcticament converteix el precepte en **lletra morta**, de manera que queda reduït a una mera declaració d'intencions a favor del principi d'igualtat en l'àmbit laboral.¹⁹⁸

cial del Código Penal, 9a ed., 2009, p. 1092 i s.; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., «Delitos contra los derechos de los trabajadores», dins MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Memento práctico penal*, Madrid, p. 1187.

198. BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en Derecho penal*, cit., p. 129; TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho penal de empresa*, 1995, p. 114; VALLE MUÑIZ, J.M.; VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Comentario al art. 314», cit., p. 1091.

- Com a conseqüència de la redacció de l'art. 314 CP, la posició del dret penal enfront del dret administratiu és d'**absoluta accessorietat**. En els casos en què l'autor de l'acte discriminatori sigui, a més, funcionari públic, l'aplicació del precepte penal depèn plenament de l'arbitri de l'Administració corresponent.¹⁹⁹
- En les poques ocasions en què l'art. 314 CP resulta aplicable, el dret penal es converteix, en aquest àmbit, en un **mer instrument de reforç del dret administratiu**, i, d'aquesta manera, posa en dubte un dels principis fonamentals del dret penal d'un Estat social: el de protecció exclusiva de béns jurídics.²⁰⁰

A més, el desdoblament de conductes típiques comporta el **possible desdoblament d'eventuals subjectes actius**, i, amb això, l'aparició de **llacunes de punibilitat difícilment assumibles**.

Així, en la pràctica empresarial, no resulta infreqüent que la seva divisió organitzativa en esferes competencials provoqui que l'òrgan corporatiu que produeix la discriminació en l'ocupació i el que té el deure de restituir la situació d'igualtat no coincideixen, de manera que ni l'un ni l'altre no en poden respondre penalment, ja que el precepte exigeix la concurrència acumulativa de les dues conductes.²⁰¹ Com a màxim, l'obligat a restituir la situació d'igualtat a requeriment o sanció administrativa ha de respondre com a autor d'un delictes de desobediència (art. 556 CP), i, d'aquesta manera, es desvirtua la naturalesa jurídica del delictes com a infracció contra els drets dels treballadors.

La necessitat que hi hagi requeriment (administratiu o judicial) o sanció administrativa obliga, d'altra banda, al fet que l'acte de discriminació tingui lloc **per alguna de les causes que hi prevenen l'Estatut dels Treballadors (ET) o la Llei d'infraccions i sancions en l'ordre social (LISOS)**. Aquesta circumstància hauria

199. IAP Madrid, 15a, 682/2007, de 6 de novembre.

200. Considera, però, el precepte consegüent amb el principi de fragmentarietat del dret penal GARCÍA ARÁN, M., «Comentario al art. 314 CP», dins CÓRDOBA RODA, J.; GARCÍA ARÁN, M. (dir.), *Comentarios al Código penal*, PE, II, 2004, p. 1293.

201. BAYLOS, A.; TERRADILLOS, J., *Derecho penal del trabajo*, 2a ed., 1997, p. 134; GARCÍA ARÁN, M., «Comentario al art. 314 CP», cit., p. 1293 i s.

d'imposar la necessitat d'una coordinació escrupolosa entre les causes que preveu l'art. 314 CP i les que recullen l'ET i la LISOS.²⁰² Però, tal com ja s'ha apuntat, això darrer no passa.

Així, l'art. 314 CP fa referència a alguna causa discriminatòria que no preveu la normativa social. De manera inversa, alguna de les causes que preveuen l'ET i la LISOS brilla per la seva absència en l'art. 314 CP. El primer cas es dona amb la causa relativa a «ostentar la representació legal o sindical dels treballadors», ja que l'ET fa referència a «adhesió a sindicat», expressió que no coincideix exactament, ja que no tots els representants dels treballadors han d'estar necessàriament afiliat a un sindicat. El segon cas, en canvi, es dona amb l'edat, que és prevista com a causa discriminatòria tant per l'ET com per la LISOS i és sorprenentment absent en l'art. 314 CP, tot i tractar-se, juntament amb el sexe, de la principal causa de discriminació laboral.

La tipicitat de la conducta omissiva exigeix la **infracció de dos deures**:

- Restablir la situació d'igualtat davant la llei després d'un requeriment o d'una sanció administrativa.
- Reparar els danys econòmics que n'hagin derivat.

Aquesta **circumstància** és **problemàtica** per diverses raons:

- És freqüent que el **restabliment de la relació laboral** sigui **impossible de dur a terme**, o, fins i tot, **contraproductiu per al treballador**.
- Cal preguntar-se si és típic o no el supòsit en què, després d'un acte de discriminació, es restableix la situació d'igualtat, però **no es repara el dany econòmic sofert pel treballador** (per exemple, l'abonament dels salaris de tramitació).
- En cas **afirmatiu**, ja que el delicte té assignada una pena de presó de sis mesos a dos anys, caldria preguntar-se, al

202. GARCÍA ARÁN, M., «Comentario al art. 314 CP», cit., p. 1295.

seu torn, si no podria ser que es tractés d'un supòsit de *presó per deutes*.²⁰³

- En **sentit invers**, la tècnica legislativa emprada condueix a afirmar la atipicitat d'aquells supòsits en què, tot i haver-se produït una discriminació greu en l'ocupació, i no haver-se restablert la situació d'igualtat, s'hauria reparat econòmicament al treballador.²⁰⁴

Altres **dubtes** que desperta l'art. 314 CP són, per exemple:

- Què passa amb els casos de restabliment parcial de la situació d'igualtat (per exemple, readmissió de forma irregular)?
- Per què l'element de la desobediència el recull exclusivament l'art. 314 CP, i no el recullen cap dels altres delictes discriminatoris (art. 510-512 CP)?

5.6. Discurs d'odi punible (art. 510 CP)

5.6.1. *Plantejament*

Després de la reforma operada per la LO 1/2015, l'art. 510 CP passa a englobar, entre altres conductes, les dues següents:

- **Provocació a la discriminació, l'odi o la violència (art. 510.1 CP).**
- **Negació i justificació del genocidi (art. 607.2 CP).**

A continuació exposem els elements més importants del nou art. 510 CP després de la reforma. Posteriorment, farem el mateix amb les principals qüestions problemàtiques d'aquests dos preceptes anteriors a la LO 1/2015.

203. BAYLOS, A.; TERRADILLOS, J., *Derecho penal del trabajo*, cit., p. 138.

204. SAP Navarra, 1a, 112/1998, de 28 de maig.

5.6.2. *L'origen dels delictes de provocació a la discriminació, l'odi o la violència (art. 510.1 CP) i de negació i justificació del genocidi (art. 607.2 CP): algunes referències politicriminals*

A. *Origen dels delictes de provocació a la discriminació, l'odi o la violència (art. 510.1 CP)*

El precepte de l'art. 510.1 CP constitueix, juntament amb d'altres, un dels més destacats instruments politicriminals de què disposa el sistema penal espanyol en la lluita contra el racisme, la xenofòbia, l'homofòbia i tota mena de discriminació per raó d'ideologia, religió o creences, situació familiar, la pertinença dels seus membres a una ètnia o raça, el seu origen nacional, el seu sexe, orientació sexual, malaltia o minusvalidesa.

La circumstància que un dels principals bastions de la política criminal espanyola en la lluita contra la discriminació estigui representat per un **precepte que castiga la provocació a la discriminació, l'odi o la violència** no s'ha de veure, en absolut, com una cosa casual.

D'una banda, en els darrers temps ha anat imposant-se en nombroses legislacions la tesi que la lluita penal contra la discriminació s'ha de fer, predominantment, a través de la tipificació de conductes de provocació o incitació a la violència, la discriminació o l'odi racial, homòfob, etc.²⁰⁵ És el cas, per exemple, d'alguns estats pertanyents al nostre àmbit cultural, com ara **França, Alemanya, Àustria o Suïssa**.

Així, per exemple, en el cas de **França**, l'art. 24.6 de la Llei sobre llibertat de premsa de 1972 tipifica el delictes de provocació a la violència, la discriminació o l'odi racial.²⁰⁶ Pel que fa a **Alemanya**, els paràgrafs 130.1 i 2 StGB recullen l'anomenat delictes d'«*incitació a l'odi*»

205. Per exemple, en el cas de la incitació a l'odi, la violència o la discriminació per raó d'orientació sexual, aquesta conducta està tipificada com a delictes a dotze Estats membres de la Unió Europea (Bèlgica, Dinamarca, Alemanya, Estònia, Espanya, França, Irlanda, Letònia, Països Baixos, Portugal, Romania i Suècia) i a Irlanda del Nord (Regne Unit). A quatre Estats membres més (Àustria, Bulgària, Itàlia i Malta), la incitació a l'odi es criminalitza amb relació a grups concrets, entre els quals no s'inclou el col·lectiu LGBT (lesbianes, gais, bisexuals, transgènere). Vegeu, sobre aquesta qüestió, la informació que conté EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Incitación al odio y delitos por odio contra personas LGBT*, p. 1. fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/Factsheet-homophobia-hate-speech-crime_ES.pdf.

206. Vegeu l'anàlisi d'aquest article que hi ha dins LANDA GOROSTIZA, J.M., *La intervenció penal frente a la xenofobia*, cit., p. 181 i s.

(*Aufstacheln zum Haß*).²⁰⁷ Per la seva banda, el paràgraf 283.1 *ÖStGB* tipifica el delictes de provocació (*Verhetzung*).²⁰⁸ Finalment, el delictes de discriminació racial (*Rassendiskriminierung*) també es castiga com a delictes a Suïssa per l'art. 261 bis del seu Codi penal.²⁰⁹ Passa el mateix a altres països integrants de l'àmbit anglosaxó. És el cas, per exemple, del Regne Unit. N'és un exemple clar la *Public Order Act* de 1986. Aquesta norma constitueix un conjunt de disposicions relatives a la incitació a l'odi racial, i s'erigeix, d'aquesta manera, en l'autèntica pedra angular del sistema penal antixenòfob al Regne Unit.²¹⁰

En gran manera, la proliferació de la tècnica legislativa consistent en la tipificació de conductes d'incitació a la violència, l'odi i la discriminació racial, homòfoba, etc., és a causa dels **compromisos internacionals assumits pels Estats corresponents en la lluita contra el racisme i la xenofòbia**.²¹¹ Són particularment importants en aquest context:

— **Art. 4 de la Convenció Internacional sobre l'Eliminació de totes les Formes de Discriminació Racial (1965).**²¹²

207. Sobre aquest precepte, vegeu extensament LANDA GOROSTIZA, J.M., *La intervención penal frente a la xenofobia*, cit., p. 131 i s.

208. Sobre aquest precepte, vegeu l'ampli estudi de LANDA GOROSTIZA, J.M., *La intervención penal frente a la xenofobia*, cit., p. 158.

209. Vegeu LANDA GOROSTIZA, J.M., *La intervención penal frente a la xenofobia*, cit., p. 162 i s.

210. LANDA GOROSTIZA, J.M., *La política criminal contra la xenofobia*, cit., p. 118.

211. Sobre això, amb gran detall, LANDA GOROSTIZA, J.M., *La intervención penal frente a la xenofobia*, cit., p. 57 i s.

212. Aquest precepte diu: «[e]ls Estats part condemnem tota la propaganda i totes les organitzacions que s'inspirin en idees o teories basades en la superioritat d'una raça o d'un grup de persones d'un color o origen ètnic determinats, o que pretenguin justificar o promoure l'odi racial i la discriminació racial, qualsevol que sigui la forma, i es comprometen a prendre mesures immediates i positives destinades a eliminar tota incitació a una discriminació o actes de tal discriminació, i, amb aquest fi, tenint en compte els principis que incorpora la Declaració Universal de Drets Humans, així com els drets que enuncia expressament l'article 5 d'aquesta Convenció, prendran, entre d'altres, les mesures següents: a) Declararan com a acte punible d'acord amb la llei tota difusió d'idees basades en la superioritat o en l'odi racial, tota incitació a la discriminació racial, així com tot acte de violència o tota incitació a cometre aquests actes contra qualsevol raça o grup de persones d'un altre color o origen ètnic, i tota assistència a les activitats racistes, inclouent-hi el finançament. b) Declararan il·legals i prohibiran les organitzacions, així com les activitats organitzades de propaganda i tota altra activitat de propaganda, que promoguin la discriminació racial i hi incitin, i reconeixeran que la participació en aquestes organitzacions o en aquestes activitats constitueix un delictes penat per la llei. c) No permetran que les autoritats ni les institucions públiques nacionals o locals promoguin la discriminació racial o hi incitin». La Convenció va ser adoptada i oberta a la signatura i

- **Art. 1.a de la Decisió marc 2008/913/JAI del Consell de la Unió Europea, de 28 de novembre de 2008**, relativa a la lluita contra determinades formes i manifestacions de racisme i xenofòbia mitjançant el dret penal.²¹³

De la lectura de tots dos preceptes cal extreure una conclusió comuna: tot i que, certament, la Decisió marc 2008/913/JAI del Consell de la Unió Europea és més concreta que la Convenció Internacional sobre l'Eliminació de totes les Formes de Discriminació Racial (1965), cap dels dos instruments internacionals no limita la discrecionalitat del legislador dels Estats fins al punt de condicionar per complet el contingut de la legislació interna corresponent. Això explica, per exemple, que el tenor literal de l'art. 510.1 CP sigui considerablement més ampli que el de los paràgrafs 130.1 i 2 StGB.²¹⁴

Aquesta estratègia politicocriminal contrasta obertament amb la seguida per aquells Estats en què, en lloc de tipificar com a delictes conductes d'incitació a l'odi racial o xenòfob, es preveuen **supòsits d'agreujament de la pena per a uns delictes determinats quan l'autor els cometi impulsat per una motivació racista, xenòfoba, discriminatòria**, etc. És el cas, per exemple, de la legislació penal federal dels **Estats Units d'Amèrica**.²¹⁵

ratificació per l'Assemblea General de les Nacions Unides en la seva resolució 2106 A (XX), de 21 de desembre de 1965, i va entrar en vigor el 4 de gener de 1969. Sobre aquest precepte, extensament, GARCÍA ÁLVAREZ, P., *El Derecho penal y la discriminación. Especial referencia al extranjero como víctima de discriminaciones penalmente relevantes*, 2004, p. 224.

213. Segons aquest precepte, «cada Estat membre ha d'adoptar les mesures necessàries per garantir que es castigui les conductes intencionades següents: la incitació pública a la violència o a l'odi adreçats contra un grup de persones o un membre d'aquest grup, definit en relació amb la raça, el color, la religió, l'ascendència o l'origen nacional o ètnic».

214. GARCÍA ÁLVAREZ, P., *El Derecho penal y la discriminación*, cit., p. 225. Hi ha referències politicocriminals addicionals a ÍÑIGO CORROZA, E., «Caso de la Librería Europa», dins SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P. (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, Madrid, 2011, p. 624 i s.

215. LANDA GOROSTIZA, J.M., *La intervención penal frente a la xenofobia*, cit., p. 109 i s.

Abans de 1992, algunes legislacions penals de la Unió s'acollien a la penalització de les expressions provocadores (*Fighting Words*). Calia entendre per tals aquelles que fan mal o que tendeixen a incitar una pertorbació immediata de la pau.²¹⁶ Amb motiu de la resolució judicial que va posar fi el 1992 al cas R.A.V. contra St. Paul, la penalització de les expressions provocadores va ser declarada inconstitucional per la Cort Suprema dels Estats Units. El punt d'inflexió jurisprudencial el va representar la resolució judicial que va posar fi al cas R.A.V. contra St. Paul. Els fets que van originar el cas són, en síntesi, els següents: un grup d'amics es va reunir a les proximitats d'una casa en què vivia una família negra i van cremar-hi tres creus, infringint, d'aquesta manera, la prohibició vigent en l'Estat de dur a terme expressions provocadores. En el judici, els acusats van sostenir davant la Cort Suprema que la 1a Esmena de la Constitució dels Estats Units els permetia expressar-se com ho van fer. Des d'aquest punt de vista, el que era inconstitucional no era la crema de creus, sinó, en realitat, la normativa que la penalitzava. En vista d'aquests arguments, i malgrat considerar la conducta dels acusats moralment menyspreable, la Cort Suprema va acabar mostrant-se, en nom del «lliure mercat de les idees», d'acord amb l'argumentació de la defensa i va acabar acordant la inconstitucionalitat de la normativa de St. Paul.²¹⁷

Des de llavors, la tècnica legislativa emprada de forma dominant pel legislador penal antidiscriminatori nord-americà no és altra que la que consisteix a agreujar la pena de determinats delictes quan l'autor els comet impulsat per mòbils discriminatoris.²¹⁸ Aquesta tècnica legislativa és mereixedora d'una valoració completament diferent per part de la Cort Suprema dels Estats Units. Aquesta circumstància va poder comprovar-se, per exemple, a propòsit del cas Winconsin contra Mitchell (1993). En resum, els fets objecte d'enjudiciament en aquest cas es refereixen a unes lesions d'home blanc sobre home negre sobre l'autor de les quals queda acreditat indiciàriament que concorre motivació racista.

216. LANDA GOROSTIZA, J.M., *La intervención penal frente a la xenofobia*, cit., p. 109.

217. Una anàlisi exhaustiva d'aquest supòsit de fet pot trobar-se a LANDA GOROSTIZA, J.M., *La intervención penal frente a la xenofobia*, cit., p. 105 i s. i 110 i s.

218. LANDA GOROSTIZA, J.M., *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal: a la vez una propuesta interpretativa de la «normativa antidiscriminatoria» del CP 1995 y un análisis crítico de la incipiente jurisprudencia*, Granada, 2001, p. 109.

La defensa de l'acusat va al·legar que en un cas de lesions amb mòbil racista l'agreujament de la pena pel fet que sobre l'autor del delicte concorri aquesta motivació xenòfoba era contrària a la llibertat ideològica i d'expressió de l'individu. D'acord amb aquesta tesi, tal agreujament representava, en realitat, una mostra inadmissible de dret penal d'autor, perquè s'incrementava la pena exclusivament segons l'actitud interna racista del subjecte actiu. Enfront d'aquesta argumentació, la Cort Suprema va declarar que la tècnica legislativa del tipus agreujat per la motivació racista era perfectament compatible amb la llibertat d'expressió i el principi de responsabilitat pel fet, ja que l'objecte de sanció no era la motivació interna del subjecte, sinó el fet objectiu lesiu del bé jurídic.²¹⁹

Tal com pot comprovar-se, la lluita penal contra la discriminació es construeix sobre la base d'una **dobla precomprensió hermenèutica alternativa**:

- La **col·lectiva**, que persegueix evitar situacions de genocidi mitjançant la prohibició de conductes que podrien provocar situacions que en fossin l'avantsala. Es correspon amb aquelles legislacions que opten per reservar a la tipificació de conductes d'incitació a la violència, la discriminació o l'odi l'espai central del sistema penal antixenòfob (França, Alemanya, Àustria, Suïssa).
- La **individual** en què el dret penal no és sinó un instrument de promoció de la igualtat.²²⁰ És la representada pels models d'agreujament de la pena en cas de comissió del delicte per motius discriminatoris (EUA).²²¹

Encara que d'aquestes dues precomprensions la més estesa és la **col·lectiva**, en els últims temps s'assisteix als països de l'àmbit geogràfic llatí a un lliscament cap a la lògica més individualista. Aquest és el cas, per exemple, de la **legislació penal espanyola**, que, no obstant això, en puritat de conceptes aposta per un **model politicriminal mixt que combina elements de les dues classes d'estratègia**: la

219. STC 235/2007, de 7 de novembre, FJ 3.

220. LANDA GOROSTIZA, J.M., *La intervenció penal frente a la xenofobia*, cit., p. 118.

221. LANDA GOROSTIZA, J.M., *La intervenció penal frente a la xenofobia*, cit., p. 208; LANDA GOROSTIZA, J.M., *La política criminal contra la xenofobia*, cit., p. 110 i s.

tipificació de delictes d'expressions provocadores (com ara l'art. 510.1 CP) i l'agreujament de la pena prevista per a un delicte comès per motius discriminatoris.²²²

B. Origen del delicte de negació i justificació del genocidi (art. 607.2 CP)

Clarament marcats per l'evident influència de la **STC 214/1991, d'11 de novembre (cas Violeta Friedman)**,²²³ l'origen dels art. 510.1 i 607.2 es troba en la LO 4/1995, d'11 de maig, de modificació del Codi penal, mitjançant la qual es tipifica l'apologia dels delictes de genocidi. Aquesta Llei va introduir en el Codi penal l'art. 165 ter CP 1973, antecedent de l'actual art. 510.1 CP, i l'art. 137 bis,b CP 1973, precedent de l'actual art. 607.2 CP.

Aquest últim precepte va ser incorporat al Codi penal a través de l'art. 137 bis,b CP 1973, amb aquest contingut: «*L'apologia dels delictes tipificats en l'article anterior es castigarà amb la pena inferior en dos graus a les respectivament establertes en aquell mateix article. L'apologia existeix quan davant d'una concurrència de persones o per qualsevol mitjà de difusió s'exposen idees o doctrines que enalteixen el crim, enalteixen l'autor, neguen, banalitzen o justifiquen els fets tipificats en l'article anterior (scil. Delictes de genocidi), o pretenen la rehabilitació o constitució de règims o institucions que emparin pràctiques generadores del delicte de genocidi, sempre que aquestes conductes, per la seva naturalesa i circumstàncies, puguin constituir una incitació directa a cometre delicte*».

Els preceptes introduïts per la LO 4/1995 van ser posteriorment modificats per la LO 10/1995, de 23 de novembre, del Codi penal, adoptant llavors la seva actual tenor literal. La principal modificació d'ambdós preceptes va tenir per objecte la supressió de l'apologia en els dos casos, i la desvinculació formal d'ambdós preceptes pel que fa al concepte de provocació previst com a acte preparatori punible en l'art. 18.1 CP.²²⁴

222. LANDA GOROSTIZA, J.M., *La intervención penal frente a la xenofobia*, cit., p. 208; LANDA GOROSTIZA, J.M., *La política criminal contra la xenofobia*, cit., p. 118 i 130.

223. STC 235/2007, de 7 de novembre, FJ 3.

224. Sobre l'evolució dels antecedents legislatius dels actuals art. 510.1 i 607.2 CP fins al tenor literal actual d'aquests preceptes, vegeu, per tots, GARCÍA ÁLVAREZ, P., *El Derecho penal y la discriminación*, cit., p. 222; RAMOS VÁZQUEZ, J.A., *RP*, 23 (2009), p. 122; ÍÑIGO CORROZA, E., «Caso de la Librería Europa», cit., p. 624 i s.

La incorporació al Codi penal d'aquests dos preceptes respondre, en paraules de l'exposició de motius **de la LO 4/1995**, a:

- «*La proliferació a diferents països d'Europa d'episodis de violència racista i antisemita que es perpetren sota les banderes i símbols d'ideologia nazi [que] obliga els Estats democràtics a emprendre una acció decidida per lluitar-hi en contra*». Per a l'exposició de motius, «*[a]ixò resulta més urgent quan es presencia la reaparició, en la guerra que assola l'antiga Iugoslàvia, de pràctiques genocides que els pobles europeus creien desterrades per sempre*».
- Continua afirmant que «*[p]er desgràcia, Espanya no ha romàs aliena al despertar d'aquest fenomen, circumstància que s'agreuja pel fet que la legislació espanyola no preveu prou totes les manifestacions que aquest fenomen genera, manifestacions, però, contemplades en tractats internacionals ratificats pel nostre país*».
- Aquesta circumstància, així com la **creixent proliferació d'actes de violació greu del dret internacional humanitari**, obligaria l'Estat espanyol «*a fer un pas més enllà en la repressió de totes les conductes que puguin significar apologia o difusió de les ideologies que defensin el racisme o l'exclusió ètnica, obligacions que no es poden veure limitades en nom de la llibertat ideològica o d'expressió, d'acord amb la doctrina establerta pel Tribunal Constitucional*», i cita, a aquest efecte, la doctrina que estableix la STC 214/1991, d'11 de novembre (cas Violeta Friedman).²²⁵

5.6.3. El nou art. 510 CP després de la LO 1/2015

«Article 510.

1. *S'ha de castigar amb una pena de presó d'un a quatre anys i multa de sis a dotze mesos:*

- a) *Els qui fomentin públicament, promoguin o incitin directament o indirectament a l'odi, hostilitat, discriminació o*

225. En aquest sentit, vegeu GARCÍA ÁLVAREZ, P., *El Derecho penal y la discriminación*, cit., p. 222.

violència contra un grup o una part d'aquest o contra una persona determinada per raó de la seva pertinença a aquell, per motius racistes, antisemites o d'altres referents a la ideologia, religió o creences, situació familiar, la pertinença dels seus membres a una ètnia, raça o nació, el seu origen nacional, el seu sexe, orientació o identitat sexual, per raons de gènere, malaltia o discapacitat.

- b) Els qui produeixin, elaborin, posseeixin amb la finalitat de distribuir, facilitin a terceres persones l'accés, distribueixin, difonguin o venguin escrits o qualsevol altra classe de material o suports que pel seu contingut siguin idonis per fomentar, promoure, o incitar directament o indirectament a l'odi, hostilitat, discriminació o violència contra un grup o una part d'aquest o contra una persona determinada per raó de la seva pertinença a aquell, per motius racistes, antisemites o d'altres referents a la ideologia, religió o creences, situació familiar, la pertinença dels seus membres a una ètnia, raça o nació, el seu origen nacional, el seu sexe, orientació o identitat sexual, per raons de gènere, malaltia o discapacitat.*
- c) Neguin públicament, trivialitzin greument o enalteixin els delictes de genocidi, de lesa humanitat o contra les persones i béns protegits en cas de conflicte armat, o n'enalteixin els autors, quan s'hagin comès contra un grup o una part d'aquest o contra una persona determinada per raó de la seva pertinença a aquell, per motius racistes, antisemites o d'altres referents a la ideologia, religió o creences, la situació familiar o la pertinença dels seus membres a una ètnia, raça o nació, el seu origen nacional, sexe, orientació o identitat sexual, per raons de gènere, malaltia o discapacitat, quan d'aquesta manera es promogui o afavoreixi un clima de violència, hostilitat, odi o discriminació contra aquells.*

2. S'ha de castigar amb la pena de presó de sis mesos a dos anys i multa de sis a dotze mesos:

- a) Els qui lesionin la dignitat de les persones mitjançant accions que comportin humiliació, menyspreu o descrèdit d'algun dels grups a què es refereix l'apartat anterior, o d'una part d'aquests, o de qualsevol persona determinada per raó de la seva pertinença a aquells per motius racistes, antisemites o d'altres referents a la ideologia, religió o creences, situació familiar, la pertinença dels seus membres a*

una ètnia, raça o nació, el seu origen nacional, el seu sexe, orientació o identitat sexual, per raons de gènere, malaltia o discapacitat, o produeixin, elaborin, posseeixin amb la finalitat de distribuir, facilitin a terceres persones l'accés, distribueixin, difonguin o vinguin escrits o qualsevol altra classe de material o suports que pel seu contingut siguin idonis per lesionar la dignitat de les persones per representar un humiliació greu, menyspreu o descrèdit d'algun dels grups esmentats, d'una part d'ells, o de qualsevol persona determinada per raó de la seva pertinença a aquells.

- b) Els qui enalteixin o justifiquin per qualsevol mitjà d'expressió pública o de difusió els delictes que s'hagin comès contra un grup o una part d'aquest, o contra una persona determinada per raó de la seva pertinença a aquell per motius racistes, antisemites o d'altres referents a la ideologia, religió o creences, situació familiar, la pertinença dels seus membres a una ètnia, raça o nació, el seu origen nacional, el seu sexe, orientació o identitat sexual, per raons de gènere, malaltia o discapacitat, o els qui hagin participat en l'execució d'aquests delictes.*

Els fets han de ser castigats amb una pena d'un a quatre anys de presó i multa de sis a dotze mesos quan es promogui o afavoreixi un clima de violència, hostilitat, odi o discriminació contra els grups esmentats.

3. Les penes que preveuen els apartats anteriors s'han d'imposar en la meitat superior quan els fets s'hagin dut a terme a través d'un mitjà de comunicació social, mitjançant Internet o mitjançant l'ús de tecnologies de la informació, de manera que aquell es faci accessible a un nombre elevat de persones.

4. Quan els fets, a la vista de les circumstàncies, siguin idonis per alterar la pau pública o crear un sentiment greu d'inseguretat o temor entre els integrants del grup, s'ha d'imposar la pena en la meitat superior, que es pot elevar fins a la superior en grau.

5. En tots els casos, s'ha d'imposar a més la pena d'inhabilitació especial per a professió o ofici educatius, en l'àmbit docent, esportiu i de temps lliure, per un temps superior entre tres i deu anys al de la durada de la pena de privació de llibertat imposada, si s'escau, en la sentència, atenent proporcionalment la gravetat del delicte, el nombre de delictes comesos i les circumstàncies que concorrin en el delinqüent.

6. El jutge o tribunal ha d'acordar que es destrueixin, s'esborrin o s'inutilitzin els llibres, arxius, documents, articles i qualsevol classe

de suport objecte del delicte a què es refereixen els apartats anteriors o per mitjà dels quals s'hagi comès. Quan el delicte s'hagi comès a través de tecnologies de la informació i la comunicació, s'ha d'acordar la retirada dels continguts.

En els casos en què, a través d'un portal d'accés a Internet o servei de la societat de la informació, es difonguin exclusivament o preponderantment els continguts a què es refereix l'apartat anterior, s'ha d'ordenar que se'n bloquegi l'accés o que se n'interrompi la prestació.

Article 510 bis

Quan d'acord amb el que estableix l'article 31 bis una persona jurídica sigui responsable dels delictes compresos en els dos articles anteriors, se li ha d'imposar la pena de multa de dos a cinc anys. Ateses les regles que estableix l'article 66 bis, els jutges i tribunals poden així mateix imposar les penes que recullen les lletres b) a g) de l'apartat 7 de l'article 33.

En aquest cas, és aplicable igualment el que disposa el número 3 de l'article 510 del Codi penal.»

A. Tipus bàsics

Després de la reforma, el tenor literal de l'**art. 510.1 CP** queda **considerablement ampliat**. El nou precepte, a més de fer esment de les **«raons de gènere»** entre els motius discriminatoris, es divideix ara en **tres apartats**:

- El primer **(a)** tipifica les conductes de **«foment, promoció o incitació a l'odi, hostilitat, discriminació o violència»**. La **incitació** equivaldria a la provocació de la redacció anterior del precepte. El foment i la promoció constitueixen, en canvi, conductes d'afavoriment més indirectes. Totes aquestes conductes poden ser **directes o indirectes** i han de dur-se a terme, en tot cas, **«públicament»**. Amb la reforma queda clar del tot que el delicte és autònom de la provocació al delicte com a acte preparatori punible, segons la preveu l'art. 18 CP. A diferència del que passava abans de la reforma, la conducta pot recaure no només sobre un col·lectiu, sinó també sobre algun dels seus integrants en concret. A més, el nou art. 510.1.a CP afegeix les **«raons de gènere»** als motius discriminatoris.

- El segon apartat **(b)** tipifica la producció, elaboració, possessió per distribuir o facilitar l'accés a tercers, distribució, difusió o venda de material idoni per dur a terme alguna de les conductes que preveu l'apartat *a*. En el nou apartat tindran un encaix més còmode, per exemple, supòsits com ara els de les llibreries Europa i Kalki, que abans de la reforma només podien ser subsumits (encara que forçadament) en els art. 510.1 (antecedent de l'actual apartat art. 510.1.a CP) i 607.2 CP (antecedent de l'actual apartat art. 510.1.c CP).
- Finalment, el tercer apartat **(c)** castiga els delictes de **negació, trivialització greu o enaltiment** dels delictes de genocidi, lesa humanitat o contra persones o béns en cas de conflicte armat. Aquest apartat tipifica, entre d'altres, algunes de les conductes que preveia abans de la reforma l'art. 607.2 CP, que s'integren, per tant, en el nou art. 510 CP. La diferència fonamental entre ambdós preceptes radica en l'absència de la **justificació** en el nou article, i la nova presència de la **trivialització** i l'**enaltiment**. A més, el nou apartat castiga conductes referides no només al genocidi (com feia l'anterior art. 607.2 CP), sinó també als delictes de lesa humanitat i els anomenats «*crims de guerra*».

En relació amb la **negació**, la **STC 235/2007**, que va resoldre el recurs d'empara del cas de la llibreria Europa, va considerar que la tipificació de la mera **negació** del genocidi, és a dir, la que no impliqués incitació al genocidi, era contrària al dret fonamental a la llibertat d'expressió. El nou precepte exigeix que «*d'aquesta manera es promogui o afavoreixi un clima de violència, hostilitat, odi o discriminació contra aquells*». Amb això, s'adequa, en essència, al que exigeix la STC 235/2007 i a la Decisió marc, de 28 de novembre de 2008, relativa a la lluita contra determinades formes i manifestacions de racisme i xenofòbia mitjançant el dret penal. En concret, la STC 235/2007 va exigir, a aquest efecte, que es produeixi «*amb enaltiment dels genocides, descrèdit, menyspreu o humiliació de les víctimes*» [F] 6) i «*que la conducta sancionada consistent a difondre opinions que neguin el genocidi fos en veritat idònia per crear una actitud d'hostilitat cap al col·lectiu afectat*» [F] 8).

La **trivialització** consisteix en qualsevol conducta per la qual es minimitzi o resti importància a fets tan greus com

són el genocidi, els delictes de lesa humanitat o els crims de guerra. La trivialització ha de ser *«greu»*.

Finalment, la conducta d'**enaltiment** implica la realització de lloança o enlairament d'actes de genocidi, lesa humanitat o de guerra. El tipus també preveu l'enaltiment **dels seus autors**. En aquest darrer cas, el terme **autor** ha de ser interpretat en sentit ampli o legal, comprensiu de l'autor en sentit ontològic (directe, mediat o coautor), l'inductor i el cooperador necessari (art. 28 CP, en relació amb l'art. 61 CP). Queda fora, en canvi, l'enaltiment del **còmplice**. Cal, a més, que l'enaltiment de l'autor tingui per objecte la seva vinculació a algun acte de genocidi, lesa humanitat o de guerra.

Cal observar que, tot i la doctrina que estableix la STC 235/2007, el nou art. 510.1.c CP no recull la **justificació** d'actes de genocidi, lesa humanitat o crims de guerra, o dels seus autors. No es pot entendre de cap manera que, per ser típics, la negació, la trivialització o l'enaltiment hagin implicar, necessàriament, justificació del delicte o dels seus autors.

Després de la reforma, l'**art. 510.2 CP** continua tipificant conductes que atempten contra l'honor o la dignitat de col·lectius per raons discriminatòries, encara que també (com passa amb l'art. 510.1 CP) amb un **tenor literal més ampli**. El nou precepte es divideix en **dos apartats**.

- El primer (**a**), primer incís, castiga qualsevol conducta d'*«humiliació, menyspreu o descrèdit»* adequada objectivament per lesionar la dignitat d'algun dels grups que preveu l'art. 510.1 CP o d'algun dels seus membres, per algun dels motius discriminatoris necessaris en el tipus. Per a la interpretació dels termes *humiliació, menyspreu o descrèdit* cal ajustar-se a la **doctrina i la jurisprudència sobre els delictes contra l'honor**. El **segon incís de l'apartat** castiga amb la mateixa pena els actes preparatoris que preveu l'art. 510.1.b CP, encara que en aquest cas referits a la conducta que preveu l'incís primer de l'art. 510.2.a CP.
- L'**art. 510.2.b CP** castiga l'**enaltiment o justificació de qualsevol delicte** comès contra un col·lectiu, una part d'aquest o algun dels seus membres per algun dels motius discriminatoris que preveu el tipus. A diferència del

que passa amb l'enaltiment, la justificació implica una valoració positiva de l'acte, així com una certa vocació de despertar en tercers idèntica valoració. Hi ha diverses **diferències** entre aquest supòsit i el que preveu l'art. 510.1.c CP. D'una banda, aquest darrer precepte no castiga la **justificació**, cosa que sí que fa l'art. 510.2.b CP. D'altra, les conductes de l'art. 510.1.c CP van referides a actes de genocidi, delictes de lesa humanitat i crims de guerra, mentre que les de l'art. 510.2.b CP han de tenir per objecte **qualsevol altre delicte** que hagi estat comès per algun dels motius discriminatoris que preveu el tipus. Totes dues conductes poden ser dutes a terme **«per qualsevol mitjà d'expressió pública o de difusió»**.

Quan alguna de les conductes que preveu l'art. 510.2 CP sigui objectivament adequada per **«promoure o afavorir un clima de violència, hostilitat, odi o discriminació»** contra els col·lectius de referència, la pena assignada serà la que preveu l'art. 510.1 CP. Això no és estrany, des del moment que bé podria dir-se que aquests supòsits normalment seran, de fet, de **«foment, promoció o incitació a l'odi, hostilitat, discriminació o violència»** (art. 510.1.a CP). No obstant això, cal notar que, a diferència del que passa en l'art. 510.1.a CP, el tipus agreujat de l'art. 510.2 CP que ara ens ocupa no es refereix al supòsit que la conducta no sigui objectivament adequada per afectar el grup, sinó una part d'aquest o algun dels seus membres. Això es correspon amb l'exigència que la conducta tingui tendència a crear un **«clima»** de violència, hostilitat, odi o discriminació. Per *clima* cal entendre una atmosfera o estat d'opinió propici per a la reproducció de conductes violentes, hostils, d'odi o discriminatòries contra els col·lectius protegits.

B. Tipus agreujats

El nou **art. 510.3 CP** tipifica un tipus agreujat consistent en dur a terme alguna de les conductes que preveuen els apartats anteriors **«a través d'un mitjà de comunicació social, mitjançant Internet o mitjançant l'ús de tecnologies de la informació, de manera que aquell es faci accessible a un nombre elevat de persones»**.

Tenint en compte que alguns apartats de l'art. 510 CP ja exigeixen que la conducta sigui duta a terme **«públicament»** (1a, 1.c) o **«per qualsevol mitjà d'expressió pública»** (2.b), cal entendre que la publicitat de l'art. 510.3 CP es refereix no a qualsevol mitjà de comuni-

cació pública, sinó exclusivament a sistemes objectivament adequats per arribar a un **nombre massiu de persones**. En aquesta sentit, la referència a **Internet** o a l'«ús de tecnologies de la informació» al·ludeix a mitjans com ara webs, blogs, xarxes socials o sistemes tecnològics de comunicació pública similars.

Més dubtosa és, per contra, la referència a un «**mitjà de comunicació social**», que bé podria considerar-se sinònim del terme «**públicament**» (1.a, 1.c) o l'expressió «**per qualsevol mitjà d'expressió pública**» (2.b). En tot cas, l'aplicació de l'art. 510.3 CP exigeix que l'ocupació del medi faci «**accessible**» el fet «**a un elevat nombre de persones**». És el que passa, per exemple, amb mitjans de comunicació com ara la televisió, la ràdio o la premsa escrita. Així doncs, i per exclusió, el caràcter necessàriament «**públic**» de les conductes que preveu l'art. 510.1.a i c, i art. 510.2.b CP s'ha de referir únicament als supòsits de comunicació pública a una col·lectivitat però sense l'ús de mitjans de comunicació massiva. Podrien incloure's en aquesta categoria casos com són ara ponències, conferències, xerrades o mítings polítics per a un auditori col·lectiu i fins i tot ampli, però no massiu.

El nou **art. 510.4 CP** preveu un tipus agreujat per als supòsits en què qualsevol de les conductes que preveuen els apartats anteriors resulti objectivament adequada per alterar la pau pública per tal de crear un sentiment greu d'inseguretat o por entre els integrants del grup. D'aquest nou tipus agreujat es dedueix lògicament que, en contra del que suggeria un sector doctrinal respecte a l'art. 510.2 CP anterior a la reforma, **aquesta idoneïtat no és necessària, en canvi, per al tipus bàsic de provocació a l'odi, hostilitat, discriminació o violència**. N'hi ha prou que la conducta sigui adequada per provocar alteració de la pau o sentiment d'inseguretat, sense que calgui, en canvi, que es produeixi un resultat efectiu de lesió d'aquests interessos.

C. *Pena d'inhabilitació i mesures interdictives*

L'art. 510.5 CP preveu la pena accessòria d'inhabilitació especial per a l'exercici de determinades professions.

L'art. 510.6 CP preveu la **mesura interdictiva** consistent en la possible **inutilització o destrucció judicial** del material resultant de la comissió del delictes o la del mitjà a través del qual hagi estat comès. En el cas que es tracti de mitjans tecnològics, el nou precepte permet el bloqueig de l'accés al servei o la seva interrupció, sempre que s'hi difonguin els continguts a què es refereix l'art. 510 CP de manera «**exclusiva o preponderant**».

D. *Responsabilitat penal de persones jurídiques*

El **nou art. 510 bis CP** preveu la **responsabilitat penal de les persones jurídiques** pels delictes que preveu l'art. 510 CP, d'acord amb les vies d'imputació que preveu l'art. 31 bis CP.

5.6.4. *Escenari anterior a la LO 1/2015*

A. *Delicte de provocació a la discriminació, l'odi o la violència (art. 510.1 CP)*

L'art. 510.1 CP anterior a la LO 1/2015 disposava que: «[e]ls qui provoquin a la discriminació, a l'odi o a la violència contra grups o associacions, per motius racistes, antisemites o altres motius referents a la ideologia, religió o creences, situació familiar, la pertinença dels seus membres a una ètnia o raça, el seu origen nacional, el seu sexe, orientació sexual, malaltia o minusvalidesa, han de ser castigats amb la pena de presó d'un a tres anys i multa de sis a dotze mesos».

A.1. Algunes preguntes

a) Hauria de ser interpretada la «provocació» de l'art. 510.1 CP en correspondència estricta amb l'art. 18.1 CP?

Abans de la LO 1/2015, un dels principals problemes hermenèutics que plantejava l'art. 510.1 CP era l'ús del terme **provocar** per descriure la conducta típica. Amb aquest terme, el legislador estaria fent referència a un concepte, el de la *provocació*, que ja defineix el Codi penal, i al qual l'art. 510.1 CP no pot sostreure's. Una **interpretació sistemàtica de l'art. 510.1 CP amb l'art. 18.1 CP**,²²⁶ permetria concloure que el primer dels dos preceptes tipifica un acte preparatori punible: la provocació a la comissió de delictes de discriminació,

226. D'acord amb el que disposa aquest precepte, «[l]a provocació existeix quan directament s'incita mitjançant la impremta, la radiodifusió o qualsevol altre mitjà d'eficàcia semblant, que faciliti la publicitat, o davant d'una concurrència de persones, a perpetrar un delicte. És apologia, a l'efecte d'aquest Codi, exposar, davant una concurrència de persones o per qualsevol mitjà de difusió, idees o doctrines que exalcin el crim o n'enalteixin l'autor. L'apologia només és delictiva com a forma de provocació i si per la seva naturalesa i circumstàncies constitueix una incitació directa a cometre un delicte ».

d'odi o amb violència contra grups o associacions pels motius que preveu el legislador.²²⁷

Aquesta circumstància menava cap a una **inconseqüència doble**:

- D'una banda, la tècnica legislativa emprada pel legislador en l'art. 510.1 CP obligaria a preguntar-se quins són els delictes en preparació que recull el precepte. Aquest es refereix a la provocació «a la discriminació, a l'odi o a la violència contra grups o associacions [...]». Tot i que el Codi penal no recull els «delictes de discriminació» de manera expressa sota cap rúbrica específica, en absolut no resulta impossible identificar quins són els delictes que podrien ser classificats amb aquesta denominació. Es tracta, a més del que preveu l'art. 510.1 CP, dels que recullen els art. 314 (delicte de discriminació greu a la feina), 510.2 (difusió d'informacions injurioses per motius discriminatoris), 511 (denegació de servei públic per motius discriminatoris), 512 (denegació de servei per motius discriminatoris en el marc d'activitat professional o empresarial) i 515.5 (associació il·lícita promotora de la discriminació) CP. Passa el mateix amb el que podríem denominar delictes que admetin mitjans violents de comissió, que no serien sinó tots aquells per als quals al Codi penal preveu aquesta possibilitat. No obstant això, malgrat l'existència d'algun intent *de lege lata*²²⁸ i d'alguna demanda incriminatòria *de lege ferenda*, la referència

227. BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el derecho penal*, cit., p. 76; REBOLLO VARGAS, R., «Comentario al artículo 510 CP», cit., p. 2426 i s.; CALDERÓN CEREZO, A.; CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *Código penal comentado*, cit., p. 1028; JUDEL PRIETO, A., «Comentario al artículo 510 CP», dins SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.), *Manual de Derecho penal*, PE, II, 3a ed., 2005, p. 637; TAMARIT SUMALLA, J.M., «Comentario al artículo 510 CP», dins QUINTERO OLIVARES, G. (dir.); MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios al Código penal*, PE, III, 5a ed., 2008, p. 937; TAMARIT SUMALLA, J.M., «Comentario al art. 510 CP», dins QUINTERO OLIVARES, G. (dir.); MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, Pamplona, 2009, p. 1967; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal*, PE, 18a ed., 2010, p. 841.

228. COLINA OQUENDO, P., «Comentario al artículo 510 CP», dins RODRÍGUEZ RAMOS, L. (dir.); MARTÍNEZ GUERRA, A. (coord.), *Código penal comentado y con jurisprudencia*, 3a ed., 2009, p. 1364, que, seguint la SAP Barcelona, 3a, de 5 de març de 2008 (primera sentència ferma en el cas de la llibreria Europa), interpreta la provocació a l'odi que preveu l'art. 510 CP com a incitació a la realització d'actes d'odi que poguessin ser constitutius d'un delicte d'injúries.

a la provocació a la comissió de «*delictes d'odi*» resulta molt més problemàtica, atès que aquesta categoria no existeix en el Codi penal espanyol.²²⁹

- D'altra banda, concebut com un delicte de provocació per cometre un delicte de discriminació o amb violència (és a dir, com un acte preparatori), la pena que hi preveu l'art. 510.1 CP (presó d'un a tres anys i multa de sis a dotze mesos) vulneraria de manera evident el principi de proporcionalitat. D'acord amb aquest punt de vista, si la regla general del CP espanyol és que els actes preparatoris punibles (la provocació ho és, d'acord amb el que preveu l'art. 18 CP) siguin castigats amb la pena inferior en un o dos graus a la que s'indica per al delicte corresponent, aquesta regla no es compliria, per exemple, quan el delicte objecte de provocació té indicada una pena lleu. Aquest seria el cas, per exemple, del delicte de danys, castigat amb una pena de multa de sis a vint-i-quatre mesos (art. 263 CP). A més, si el delicte provocat finalment es comet, la provocació esdevindrà inducció, d'acord amb el que preveu l'art. 18.2, par. 2 CP («*[s]i la perpetració del delicte segueix a la provocació, s'ha de castigar com a inducció*»). Així, la desproporció de la pena que preveu l'art. 510 CP resultaria encara més evident. Per exemple, en el cas del delicte de danys esmentat, l'inductor ha de ser castigat, com a màxim, amb la pena prevista per a l'autor del delicte (multa de sis a vint-i-quatre mesos).²³⁰

b) Era prou taxativa la redacció de l'art. 510.1 CP?

La redacció de l'art. 510.1 CP anterior a la Llei 1/2015 plantejava algunes objeccions, a part, que el precepte resulta dubtosament compatible amb alguns dels principis limitadors del *ius puniendi* més elementals en un Estat social i democràtic de Dret.

229. En aquest sentit, BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el derecho penal*, cit., p. 81 i s.; CANCIO MELIÁ, M., «Comentario al art. 510 CP», cit., p. 1275; REBOLLO VARGAS, R., «Comentario al artículo 510 CP», cit., p. 2428.

230. BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el derecho penal*, cit., p. 84 i s.; GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y de la extranjería*, 1997, p. 34.

- Concretament, solia afirmar-se que l'expressió «*provoquin a la discriminació, a l'odi o a la violència*» té un **contingut molt indeterminat**, cosa que resulta difícilment compatible amb el **mandat de determinació de la Llei penal**.²³¹
- Se sostenia, a més, que la referència expressa que l'art. 510.1 CP feia a l'«*antisemitisme*» tampoc no lliga bé amb el principi d'intervenció mínima del dret penal: paradoxalment en un tipus que protegeix precisament el dret fonamental a la no-discriminació, aquesta expressió sembla que dota d'una protecció injustificadament privilegiada (probablement per raons històriques) la comunitat jueva enfront d'altres col·lectius.²³²
- Per fi, es destacava que el precepte preveia una conseqüència jurídica comuna per a la tres modalitats delictives, tot i que el contingut d'injust de les conductes de provocació a (delictes de) discriminació ha de ser, en general, sensiblement inferior al que correspon a les conductes de provocació a (delictes de) violència (homicidi, lesions, delictes contra la llibertat, etc.). Amb això, s'estaria incorrent en una contradicció axiològica que aparentment vulneraria del principi de proporcionalitat.²³³

c) El delicte que preveia l'art. 510.1 CP era un exponent de dret penal d'autor?

Segons el que defensa una part de la doctrina, com que el tenor literal de l'art. 510.1 CP no exigia que la provocació ho fos a actes o delictes de discriminació, odi o violència, sinó només a aquestes tres darreres, d'aquest tenor literal es desprèn que el que ha volgut sancionar el legislador penal és la incitació a tercers perquè mostrin una actitud interna de discriminació, odi o violència envers uns col·lectius minoritari determinats. D'acord amb aquest argument, semblaria que l'art. 510.1 CP prohibeixi literalment la conducta consistent a despertar en tercers una actitud interna de rebuig envers persones d'una altra

231. GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Alternativas*, cit., p. 34.

232. GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Alternativas*, cit., p. 32; BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el derecho penal*, cit., p. 81 i s.; LANDA GOROSTIZA, J.M., *La política criminal contra la xenofobia*, cit., p. 127; DEL ROSAL BLASCO, B., «Comentario al artículo 510 CP», dins COBO DEL ROSAL, M. (coord.), *Derecho penal español, PE*, 2a ed., 2005, p. 1055; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, PE*, cit., p. 840.

233. DEL ROSAL BLASCO, B., «Comentario al artículo 510 CP», cit., p. 1055.

raça o orientació sexual, sense necessitat que aquesta actitud interna acabi traduint-se en la comissió de cap delictes discriminatori o violent. Segons aquesta posició, sense perjudici que des d'un punt de vista moral aquesta incitació, o els sentiments o actituds internes que en siguin l'objecte, puguin ser mereixedors del més sever dels retrets, la seva prohibició sota amenaça de pena podria ser entesa com una mostra de dret penal d'autor protector d'interessos exclusivament morals.²³⁴

A.2. Algunes respostes

a) Sobre els límits del concepte de dret penal d'autor

En el debat sobre si el delictes que preveu l'art. 510.1 CP constitueix o no un exponent de dret penal d'autor, aquells que defensen la primera d'aquestes dues postures solen partir, de manera pràcticament apriorística, de la premissa que la conducta típica (provocació a la discriminació, a l'odi o a la violència contra col·lectius minoritaris) no constitueix, en realitat, un fet, sinó una actitud interna discriminatòria. Certament, si aquesta premissa fos correcta, la tipificació com a delictes de les conductes que preveu l'art. 510.1 CP hauria de ser declarada inconstitucional sens dubte, pel fet de ser contrària al principi de culpabilitat. Però, que aquesta conclusió sigui correcta no és una cosa inqüestionable.

L'aplicació estricta d'aquesta doctrina al delictes que preveu l'art. 510.1 CP ens porta a afirmar que el precepte que ara ens ocupa **no castigava amb pena a qui es limités a mostrar una actitud interna de discriminació, odi o violència envers uns grups minoritaris determinats**. Encara que, certament, les regles més elementals de l'experiència indiquen que qui miri de fomentar en un altre una actitud discriminatòria o d'odi cap a determinats col·lectius ho farà impulsat per una actitud interna xenòfoba, homòfoba, etc., el que tipifica l'art. 510.1 CP no és l'actitud interna de qui dur a terme la provocació, sinó la incitació que d'altres acabin mostrant-la. L'objecte de la prohibició penal no és, per tant, com exigeix el concepte de dret penal d'autor que s'ha exposat més amunt, una personalitat perillosa o una actitud interna immoral, sinó **la realització d'una conducta: fomentar en tercers algunes de les actituds internes de discriminació, odi o violència envers les minories a què es refereix el precepte**.

234. BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el derecho penal*, cit., p. 81; DEL ROSAL BLASCO, B., «Comentario al artículo 510 CP», cit., p. 1056.

D'una banda, l'anomenat ***discurs de l'odi***, entès com a incitació a la discriminació, odi o violència racial, xenòfoba, homòfoba, etc., no queda emparat, per principi, pel dret fonamental a la llibertat d'expressió. En aquest sentit, cal recordar el que s'ha esmentat més amunt sobre els límits del dret a la llibertat d'expressió: les manifestacions innecessàries que atemptin de manera particularment intensa contra l'honor i la dignitat de les persones (p. ex., mitjançant insults greus) o la llibertat (p. ex., mitjançant amenaces), o les que no es limitin a qüestionar teòricament el sistema democràtic, sinó que el posin materialment en perill.²³⁵

235. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., «La libertad de expresión tenía un precio», *RAD*, 6, 2010, p. 1. També la STEDH de 17 de desembre de 2013 (cas Perinçek contra Suïssa), recorda en el seu fonament núm. 46 que els discursos polítics que inciten a l'odi basat en prejudicis religiosos, ètnics o culturals representen un perill per a la pau social i l'estabilitat política dels Estats democràtics. Cal recordar, en aquest sentit, que el discurs del TEDH ha experimentat una evolució pel que fa al tractament que ha donat als diversos casos que han anat succeint-se i que han tingut com a objecte de tractament el discurs de l'odi. En un primer moment, el TEDH va entendre que el discurs d'odi podia ser considerat en els supòsits en què s'estava incitant a la violència; però, posteriorment, va modificar aquesta consideració, va modificar els pressupòsits de la seva pròpia jurisprudència sobre llibertat d'expressió i va reduir el grau de protecció atribuït a l'expressió política; i pot determinar-se l'any 2009 com a punt d'inflexió de tot plegat. Així, en la STEDH de 16 de juliol de 2009, del cas Féret contra Bèlgica –que examinava el supòsit en què els immigrants eren objecte d'insults i vexacions per part del candidat polític Féret–, el criteri d'incitació a la violència va ser considerat irrellevant i es va apreciar que, en el cas de víctimes susceptibles de configurar grups vulnerables o categories sospitoses, el discurs d'odi existeix sense necessitat que hi concorri aquell criteri (formulant tres vots particulars). El TEDH conclou que les condemnes a Féret estan d'acord amb l'art. 10 CEDH, atès que *«el llenguatge emprat pel demandant incitava clarament a la discriminació i l'odi racial, cosa que no pot ser camuflada pel procés electoral. La incitació a l'odi no requereix necessàriament la crida a tal o qual acte de violència ni a cap altre acte delictiu. Els atacs que es cometen contra les persones en injuriar, ridiculitzar o difamar a certes parts de la població i els seus grups específics o la incitació a la discriminació, com en el cas d'actuacions, són suficients perquè les autoritats privilegien la lluita contra el discurs racista davant d'una llibertat d'expressió irresponsable i que atempta contra la dignitat, fins i tot la seguretat, de tals parts o grups de la població. Els discursos polítics que inciten a l'odi basat en prejudicis religiosos, ètnics o culturals representen un perill per a la pau social i l'estabilitat política en els Estats democràtics»*. Aquesta interpretació es consolida posteriorment amb la STEDH de 9 de maig de 2012 (Vejdeland i altres contra Suècia), en la qual ja no hi ha cap vot particular. El TEDH va reconèixer que la propaganda emesa a una escola secundària per diversos escolars en contra de persones homosexuals a les quals es culpava de ser causants de la sida i el VIH tenia continguts inacceptables. En aquesta resolució es destaca la necessitat de protegir un sector de la població amenaçat a conseqüència del discurs de l'odi declarant: *«La incitació a l'odi no necessàriament implica una crida a la violència i a altres actes criminals. L'atac a persones comès mit-*

De l'altra, difícilment pot afirmar-se d'una manera raonable que castigar la realització de manifestacions que atemptin greument contra la dignitat, la llibertat o la seguretat dels individus o dels col·lectius als quals s'adrecen equivaldria, per principi, a sancionar una simple actitud interna moralment reprotxable o una simple expressió ideològica èticament censurable. Posar en perill la dignitat, la llibertat o la seguretat d'un col·lectiu de manera típicament rellevant mitjançant l'expressió de manifestacions xenòfobes o homòfobes és més que mostrar una mera actitud interna de xenofòbia o homofòbia. Des de la perspectiva liberal del dret penal del fet, no és legítim intervenir penalment per sancionar personalitats moralment censurables, com, per exemple, la personalitat racista, l'homòfoba, etc. No és admissible sancionar penalment al racista o a l'homòfob pel sol fet de mostrar una actitud interna de menyspreu envers els qui són d'una altra raça o orientació sexual. No obstant això, res no impedeix a l'Estat intervenir penalment si la personalitat discriminatòria es tradueix en la realització d'actes del món exterior que menyscaben drets fonamentals de l'individu i que, per aquesta raó, no són mereixedors de la cobertura que en un altre cas sí que ofereix el dret fonamental a la llibertat d'expressió.

b) El delicte de provocació discriminatòria com a *delictum sui generis*

Les conseqüències insatisfactòries que deriven del caràcter eventualment accessori de l'element «*provocació*» de l'art. 510.1 CP respecte al concepte que preveu l'art. 18 CP poden ser evitades si no es concep el delicte de provocació de l'art. 510.1 CP com un cas particular de provocació com a acte preparatori punible que recull l'art. 18.1 CP i que preveu específicament la Part Especial del Codi penal, sinó com un ***delictum sui generis* autònom de l'art. 18.1 CP**.²³⁶ D'acord amb aquesta idea, en l'art. 510 CP el legislador hauria volgut tipificar, de manera autònoma de l'art. 18 CP, una conducta diferent,

jançant l'insult, exposant al ridícul o a la difamació de grups específics de la població és prou raó perquè les autoritats combatin frontalment el discurs racista de la llibertat d'expressió exercida en una manera irresponsable».

236. En la jurisprudència, aquesta postura va ser defensada per la IAP Barcelona, 8a, de 5 de setembre de 2012 (cas García Albiol). Sobre el concepte *delictum sui generis* i la seva capacitat de rendiment en la dogmàtica actual, vegeu, per tots, GÓMEZ MARTÍN, V., «La doctrina del "Delictum sui generis": ¿Queda algo en pie?», *RECPC*, 7 (2005), amb àmplies referències bibliogràfiques.

dotada d'un contingut d'injust propi, amb substantivitat pròpia. Resultaria contrària a la voluntat del legislador, per tant, la restricció teleològica del precepte feta pel sector doctrinal que hem apuntat més amunt. La llei pretén castigar la provocació a la discriminació, la violència i l'odi discriminador, no la provocació a la comissió de delictes de discriminació, amb violència o d'odi. D'acord amb aquesta tesi, el delicte d'incitació a l'odi de l'art. 510 CP no seria un delicte de perill abstracte contra béns jurídics individuals (el dret a la igualtat, no-discriminació i dignitat de subjectes concrets), sinó un de lesió d'un bé jurídic mixt individual-col·lectiu: el dret fonamental a la igualtat i la protecció d'un es minories vulnerables determinades davant d'actuacions idònies per iniciar processos agressius i d'hostilitat contra aquestes minories.²³⁷

A.3. Jurisprudència destacable

Les sentències més importants que afecten l'aplicació de l'art. 510 CP centren la seva anàlisi en els límits dels drets constitucionals de llibertat d'expressió i llibertat ideològica o de consciència dels art. 16 i 20 CE. Aquest manual hi dedica un apartat específic en el punt 2.12 «*discurs de l'odi*», que analitza la jurisprudència nacional i internacional més rellevant en aquest sentit.

STS de 12 d'abril de 2011

Absol totes les persones condemnades en el seu dia per la secció 10a de l'Audiència Provincial de Barcelona en sentència de data 28 de setembre de 2009, que els condemnava per delictes de provocació a l'odi, la violència i la discriminació de l'art. 510 CP, per delicte de difusió d'idees que justifiquen el genocidi de l'art. 607.2 CP i per delicte d'associació il·lícita de l'art. 515.5.

237. D'aquesta opinió, LANDA GOROSTIZA, J.M., *La intervención penal frente a la xenofobia*, cit., p. 219; LANDA GOROSTIZA, J.M., *La política criminal contra la xenofobia*, cit., p.134 i s.; LAURENZO COPELLO, P., «La discriminación en el Código Penal de 1995», *Estudios Penales y Criminológicos*, 19, 1996, p. 250 i s. En el mateix sentit es pronuncien les dues sentències dictades en apel·lació respecte al cas de la llibreria Europa: les SAP Barcelona, 3a, de 5 de març de 2008, i 2a, 259/2010, de 26 d'abril. Les resolucions van confirmar la condemna pel delicte de justificació del genocidi (art. 607.2 CP) i van revocar la relativa al delicte que preveu l'art. 510.1 CP, per entendre que, en tot cas, els fets no van ser objectivament idonis per provocar l'inici de processos agressius i d'hostilitat contra les víctimes del genocidi justificat.

La sentència absol els acusats sobre la base dels arguments següents:

- a) No és aplicable l'art. 607.2 CP si la difusió d'idees que justifiquen conductes discriminatòries no va acompanyada del propòsit de destruir totalment o parcialment un grup nacional, ètnic, racial o religiós propi del genocidi, i si no es desenvolupen, o s'haguessin de desenvolupar, mitjançant l'execució de les conductes típiques de l'art. 607.1 CP.
- b) No n'hi ha prou per incórrer en la conducta punible que preveu l'art. 607.2 CP amb difondre idees o doctrines que justifiquin el delictes de genocidi, o que mitjançant afirmacions o opinions favorables simplement el disculpin o el considerin un mal menor. Cal que, a més, per la forma i l'àmbit de la difusió, i pel seu contingut, constitueixin una incitació indirecta a la seva comissió o que, tenint en compte tot això, suposin la creació d'un clima d'opinió o de sentiments que donin lloc a un perill cert de comissió d'actes concrets de discriminació, odi o violència contra els grups o els seus integrants.
- c) L'art. 510 CP requereix una incitació directa a la comissió de fets delictius concrets, és a dir, una provocació segons l'art. 18 CP.
- d) Prevalença del dret de llibertat d'expressió: tal com assenyala Manuel-Jesús Dolz, fiscal del Tribunal Suprem,²³⁸ *«l'opinió majoritària de la Sala, fortament condicionada per la interpretació que fa de la doctrina del Tribunal Constitucional expressada en la sentència 235/2007, s'ha inclinat per entendre que les innegables manifestacions d'aquesta ideologia de l'odi contra el poble jueu i els homosexuals estan emparades pel dret fonamental a la llibertat d'expressió, atès que, segons aquest parer, no hi ha evidències d'actes concrets que posin en perill real el bé jurídic protegit encara que sí que considera que pot haver-se vulnerat el dret a l'honor d'aquests col·lectius, i insinua una reparació per la via civil. El vot particular, per contra, estima que els fets, que ningú no nega, encaixen en els delictes pels quals van ser condemnats en extralimitar-se del dret a la llibertat d'expressió i posar en perill els béns jurídics protegits».*

238. Diari *La Ley*, núm. 7721, de 24 d'octubre de 2011.

Entre els fets provats de la sentència de l'Audiència de Barcelona destacaven els següents:

«[...] O. P. G., major d'edat i sense antecedents penals, en la seva condició de propietari i administrador de l'establiment "Llibreria Kalki", Barcelona, local que tenia arrendat, entre els mesos de gener i juliol de 2003, va procedir a la distribució i venda de tota mena de publicacions en què es disculpen els crims comesos durant la Segona Guerra Mundial pel règim del Tercer Reich de l'Alemanya nazi contra el poble jueu i altres minories, amb exaltació i justificació del règim nazi, com també altres publicacions que inciten a l'eliminació del poble jueu i la finalitat de les quals és generar discriminació, odi i incitar a la violència tant contra el poble jueu, i es propugna la reinstauració de règims totalitaris basats en la supremacia d'una raça disculpant l'extermini o l'exclusió de les altres, propugnant així mateix la discriminació i incitant a l'odi contra altres grups de persones com ara els negres, els homosexuals, els malalts i dementes.»

En els llibres intervinguts per la policia en l'esmentada llibreria es reflectien textos d'aquest estil:

«Preneu les armes amb la mà! Perquè els jueus depreden horriblement a la Pàtria Alemanya.»

«Lluitem per Hitler, per feina i pa. Alemanya desperta! I a Judà, la mort! Poble, al fusell!»

«La creu gammada és la bandera, per a la qual vivim, morim! La portem orgullosos com a màxim guardó, un memento mori és gairebé per als jueus especuladors, criminals, esbirros!»

«Es repeteix una i altra vegada la mitològica falòrnia dels sis milions de víctimes jueves executades en cambres de gas, que ni els seus inventors s'atreveixen a acceptar ja com a plenament versemblant i demostrable, davant l'absència de veritables proves, la impossibilitat de fabricar-les i l'existència de nombrosos testimonis, evidències i demostracions fefaents en contra seu. Encara grups d'activistes i terroristes jueus assassinen o colpegen en carrers foscos i apartats als que opinen el contrari i tenen el valor de dir-ho públicament.»

«Una primera condició s'imposa: eliminar als jueus.»

«Una nació que no elimina els jueus acaba tard o d'hora, sent devorada per ells [...].»

«[...] els jueus s'accentuen certes tares a causa dels nombrosos encreuaments consanguinis, a l'endogàmia: alt percentatge d'individus amb peus plans; tendència a l'encorbament; llavi inferior penjant, orelles

grans; fimosi i parafimosi, i olor conegut científicament com a foetor judaicus (pudor de jueu).»

«Les condicions artificials de vida que ha creat permeten la supervivència d'individus biopsíquicament inferiors que, en altres temps, haurien desaparegut. La medicina, si se li acut, de vegades, salvar... éssers de valor, víctimes d'accidents biològics, més sovint sosté els febles, els tarats i els degenerats, de manera que els permetent viure, cosa que no tindria gaire importància, però també procrear i corrompre les generacions futures.»

«El polític negre que té un transistor, viatja amb avió i es vesteix en una sastreria elegant de Londres s'imagina, amb un infantilisme al qual reconeixem la seva bona fe, que s'ha convertit en el nostre igual. Aquesta puerilitat anima l'oratória utilitzada per estuprar les nostres masses embrutides, i sentim que són gent com nosaltres, que ja menja amb educació i fins i tot es renta les dents. Però encara que la mona es vesteixi de seda [...] No hi ha cap dubte que si nosaltres, els blancs d'Europa, haguéssim d'abandonar totalment l'Àfrica a la seva sort, d'aquí a molt poques generacions tornaria a l'estat primitiu d'on l'hem tret.»

«[...] Lluitem, com a nacionalsocialistes i homes de la SS per una vida conforme a la nostra espècie, contra tota intrusió psíquica estrangera i contra la barreja de les races [...]»

«[...] Aquests nens-nenes, adoptats per marietes i menjafigues, solen acabar ja de nens, adolescents i adults en els llits dels seus pares-mares duplicats, o substituïts per aquests en aquestes direccions.»

«[...] EL MALTRACTAMENT A LES DONES I LES DONES MALTRACTADES. Quin conyàs de pallissa mediàtica que ens estan fotent i ens toca suportar. Del que es tracta és de cantar drets per a unes i amenaces per als altres, que ja viuen acollonits davant la possibilitat que la dona, la putana de torn, la gandula, la concubina i altres companyes sentimentals, s'esquincin les robes, es donin un cop, o que per maltractaments psicològics –com ara dir-li que no té raó o que calli d'una punyetera vegada– vagin a la comissaria on una dona enfistulada les ha d'atendre i el pobre hispanicus mascle o manso, denunciat haurà begut oli i potser fins i tot presó [...] com si les dones fossin negres, deficients, invàlids o subnormals –per decret en aquest cas– incapaçes de ser i de valer-se, pels seus mèrits, condició i vàlua pròpia ... Què pretenen els homenots, feministes, femine-res i els seus mansos, acabar de manera definitiva amb la feminitat?»

«[...] L'homosexualisme és una desviació produïda normalment per una malaltia sexual de la persona [...]»

«[...] Els jueus són una raça tan pestilent, leprosa i públicament perillosa que mereixen ser arrencats d'arrel i destruïts abans fins i tot del seu naixement.»

La sentència esmentada, única fins al moment sobre l'art. 510 CP, fa una interpretació restrictiva del precepte en qüestió. A la sentència hi va haver un interessant vot particular del magistrat Martínez Arrieta en el qual discrepava de la decisió majoritària i exposava abundants arguments basats en fonaments de dret internacional públic per sostenir la seva posició a favor de condemnar els acusats.

STS de 10 de maig de 2011 (cas Blood & Honour)

Segueix una doctrina molt diferent de l'anterior: confirmava la sentència de l'Audiència Provincial de Madrid de 30 de juny de 2010, que condemnava diverses persones que formaven la secció a Espanya del grup internacional Blood & Honour per delictes d'associació il·lícita de l'art. 515.5 CP, és a dir, associar-se per provocar l'odi, la violència o la discriminació.

La sentència diu que Blood & Honour, des del punt de vista de l'ideari, *«enllaça directament amb el nacionalsocialisme de l'Alemanya Hitleriana amb una devoció absoluta envers qui en va ser el màxim representant, promovent tant la superioritat de la raça ària, entesa com a raça blanca, com la inferioritat de les altres races i en particular del mestissatge, i també el rebuig fòbic i la violència envers els immigrants, i la maldat intrínseca de la raça jueva a la qual es presenta com l'enemic invisible que ha de ser combatut, negant activament la comissió del genocidi jueu per part del III Reich alemany»*.

També es declara provat que organitzaven *«concerts en què intervenien grups de música Oi! i RAC, corresponent aquesta última a Rock Against Communism (Rock Contra el Comunisme o Rock Anticomunista), corrent musical nascut a l'empara de la formació política Nacional Front, que reunia un ampli aspecte de nacional-socialistes anglesos, i amb lletres que es caracteritzen per incloure referències a les ideologies nacionalsocialista, feixista i racista amb incitació explícita a la violència contra els immigrants o els jueus, i també es venien discos amb aquesta música»*.

La sentència de l'Audiència, confirmada aquesta vegada pel Tribunal Suprem, declara que hi concorren els requisits materials, a més dels formals, per conceptuar l'organització enjudiciada com una associació amb existència real i efectiva, l'activitat de la qual encaixa plenament en el tipus penal que recull l'art. 515.5 CP 1995, que estableix uns límits al dret d'associació, no considerat en si mateix, però sí en les seves manifestacions, i que resulta estar plenament d'acord amb el que disposa l'art. 16.1 CE, en establir com a límit a les manifestacions de la llibertat ideològica el necessari per al manteniment de l'ordre públic protegit per la llei, i en l'art. 20 CE, com a límit a la llibertat d'expres-

sió, el respecte als altres drets reconeguts en el títol I, els preceptes de les lleis que el desenvolupin i, especialment, el dret a l'honor, a la intimitat, a la pròpia imatge i a la protecció de la joventut i de la infància.

El Tribunal Suprem, en aquesta sentència, seguint la línia de la jurisprudència del Tribunal Europeu de Drets Humans i del nostre Tribunal Constitucional, manifesta que: *«No es tracta d'establir una democràcia militant, que imposi no el respecte sinó l'adhesió positiva a l'ordenament jurídic, i en primer lloc a la Constitució, STC 48/2003, de 12 de març, però sí d'excloure de la garantia que suposa l'article 20.1 de la CE un pretès dret a expressar i difondre una manera determinada d'entendre la història o concebre el món amb l'ànim deliberat de menysprear i discriminar, al mateix temps que formula, persones o grups per raó de qualsevol condició o circumstància personal, ètnica o social, que violen un dels valors superiors de l'ordenament jurídic, com és la igualtat, i un dels fonaments de l'ordre polític i de la pau social, la dignitat de la persona, STC 214/1991, d'11 de novembre».*

STS de 28 de desembre de 2011 (cas Hammerskin)

En la mateixa línia que l'anterior, confirmava la sentència de l'Audiència Provincial de Madrid de 30 de juny de 2010, que condemnava diverses persones que formaven la secció a Espanya de l'associació internacional Hammerskin per delictes d'associació il·lícita de l'art. 515.5 CP, és a dir, associar-se per provocar l'odi, la violència o la discriminació.

El Tribunal Suprem assenyala que l'associació difon el **«discurs de l'odi»** i recorda les STS 372/2011, de 10 de maig, anomenada Skin Heads Blood and Honour España, i 224/2010, de 3 de març, amb relació al terrorisme, però doctrina plenament aplicable a aquest supòsit.

Els condemnats formaven part de l'associació anomenada Hammerskin España, que no estava constituïda legalment, d'ideologia nacionalsocialista, que creu en la supremacia de la raça blanca i la finalitat de la qual és estendre l'odi i la violència com a conseqüència de l'homofòbia, la xenofòbia i l'antisionisme, propagant aquests sentiments entre altres persones a través de l'organització de concerts de música en què intervenen grups que canten cançons les lletres de les quals reflecteixen la ideologia esmentada, amb distribució de discos i publicacions amb aquesta finalitat.

Les lletres de les cançons que s'interpretaven en els concerts tenen, respectivament, com a tema la supremacia de l'home blanc; en contra del comunisme i el sionisme financer; la lluita contra la immigració; la lluita fins a la mort, a semblança de la División Azul; la defensa de la raça ària; la fidelitat a la raça europea; l'enfrontament a la poli-

cia; el poder blanc; en contra del mestissatge racial amb el lema del Ku Klux Klan: «*Hem d'assegurar l'existència de la nostra raça i un futur per als nens blancs*» (el que es coneix com les 14 paraules); l'odi contra el sistema o –amb relació a la penúltima cançó– amb un clar contingut violent contra anarquistes i comunistes i que anima a fer esport, entès com posar un *sharp* contra el terra i apallissar-lo amb les botes i els tirants. L'última cançó citada és l'himne de HSE que comença amb les paraules «*és la fúria del passat, l'orgull d'allò oblidat, el poder de la raça, dos martells i a la caça*».

En els concerts es contractaven els locals i es convocava els assistents pels mitjans, per incitar que hi anés un nombre important de persones. Es procurava que els grups no fossin coneguts, per tal d'evitar suspensions administratives; es cobrava l'entrada i es venien productes als assistents, de manera que, alhora que els permetia obtenir ingressos, es finançava l'organització i els servia per difondre les seves idees.

SAP Barcelona, secció 5a, de 29 de juny de 2012

Fent prevaler la llibertat d'expressió i la llibertat ideològica, es revoca la condemna derivada de sentència del Jutjat Penal núm. 2 de Manresa d'11 de novembre de 2011, que condemnava un exregidor de la localitat de Vic i candidat a les eleccions generals de la formació política Plataforma per Catalunya per delictes de provocació a l'odi, la violència i la discriminació de l'art. 510 CP per haver difós en aquesta població fullets ofensius contra el col·lectiu de ciutadans d'origen magribí, en particular immigrants i persones que professen la religió musulmana.

SAP Barcelona, secció 3a, d'1 de febrer de 2013

Aquesta sentència condemna el president del partit nacional-socialista ENE (Estat Nacional Europeu) per delictes de difusió d'idees que justifica el genocidi de l'art. 607.2 CP, per a la qual cosa es valia de revistes que constituïen l'òrgan d'expressió del partit i que es difonien a través d'Internet. La sentència confirma substancialment la que va dictar prèviament el Jutjat Penal núm. 7 de Barcelona i amplia el relat de fets provats a petició del Ministeri Fiscal per tal d'incloure-hi l'ideari de la formació política esmentada. La sentència va ser comunicada, a instàncies del Ministeri Fiscal, a la Fiscalia General de l'Estat perquè valorés, si esqueia, la il·legalització d'aquest partit polític.

La sentència del Jutjat Penal ja va absoldre els tres acusats del delictes de provocació a l'odi, la violència i la discriminació de l'art. 510 CP, seguint les pautes interpretatives de la secció 2a de l'Audiència de Barcelona, en sentència de 26 d'abril de 2010, i del Tribunal Suprem, en sentència de 12 d'abril de 2011. Aquesta sentència conté una novetat

important: és la primera vegada que es té constància que en aquest tipus de delictes la jutgessa acorda la clausura d'una pàgina web pel fet de considerar-la instrument de la comissió del delicte, tal com sol·licitava el Servei de Delictes d'Odi i Discriminació de la Fiscalia a l'empara del que disposa l'art. 127 en relació amb els art. 8 i 11 de la Llei 34/2002, d'11 de juliol, reguladora dels serveis de la societat de la informació i del comerç electrònic. La Fiscalia hi ha presentat recurs per la inaplicació de l'art. 510 CP.

SAP Barcelona, secció 2a, de 22 juliol de 2014

Dictada en fase d'apel·lació i que confirma la sentència del Jutjat Penal núm. 18 de Barcelona que absolia en un procediment iniciat per la interposició d'una querella presentada per SOS Racisme contra un regidor de l'Ajuntament d'aquesta localitat, actualment alcalde després de les darreres eleccions municipals, per difondre entre la població un fullet amb al·lusions presumptament racistes i xenòfobes dirigides contra el col·lectiu de gitanos romanesos. La sentència dictada per l'Audiència Provincial de Barcelona, encara que confirma la sentència absolutòria del Jutjat Penal, conté un vot particular rellevant efectuat precisament per la magistrada ponent, que, per primera cop a Espanya en una resolució judicial, constitueix una anàlisi magnífica i completa sobre l'article 510.2 CP i en què, a més d'analitzar-ne en profunditat els requisits, s'aporten referències a normes de dret internacional públic i de jurisprudència internacional.

SJP núm. 7 Barcelona de 19 de febrer de 2014

Condemna una persona per delictes de provocació a la violència, l'odi i la discriminació de l'art. 510.1 CP i delicte de difusió d'idees que justifiquen el genocidi de l'art. 607.2 CP com a responsable de la direcció, administració, gestió, control i manteniment de la pàgina web en format de blog personal www.denunciascivicas.com, creada expressament amb la finalitat de difondre de forma massiva i indiscriminada entre tots els usuaris d'Internet que la consultessin (s'hi van comptabilitzar com a mínim 21.240 visites fins al 10 de maig de 2010) documents, imatges, vídeos, notícies i opinions de caràcter ofensiu, denigrant i vexatori contra les persones que professen la religió musulmana, els jueus, els immigrants i les persones afrodescendents, entre altres minories; i de defensar a ultrança la supremacia de la «*raça ària*» sobre les altres, i enfocada a crear entre la població sentiments d'hostilitat, animadversió, agressivitat i tracte desigual injustificat contra aquests col·lectius, i també a difondre idees que pretenen la rehabilitació de règims que han practicat el genocidi contra minories ètniques, racials,

sexuals o religioses, com ho va ser el III Reich a Alemanya els anys trenta i quaranta, justificant els crims genocides comesos i lloant-ne que es facin sobre els creients musulmans.

La pàgina web estava dissenyada de tal manera que, sota el control de l'acusat, els usuaris que la consultaven podien introduir-hi comentaris i opinions d'un contingut tan humiliant com el que esmenta el paràgraf anterior.

SJP núm. 6 Barcelona d'11 de març de 2014

Condemna una persona per delictes de provocació a la violència, l'odi i la discriminació de l'art. 510.1 CP i delictes de difusió d'idees que justifiquen el genocidi de l'art. 607.2 CP. El condemnat era administrador d'una pàgina de la xarxa social Facebook en la qual va inserir comentaris de tipus xenòfob i antisemita amb referències permanents al món del nacionalsocialisme, amb expressions de caràcter ofensiu, denigrant i vexatori contra jueus, immigrants i persones afrodescendents, entre altres minories, i defensava a ultrança la supremacia de la «*raça ària*» sobre les altres, i que estava enfocada a crear entre la població sentiments d'hostilitat, animadversió, agressivitat i tracte desigual injustificat contra aquests col·lectius, i també a difondre idees que pretenen la rehabilitació de règims que han practicat el genocidi contra minories ètniques, racials, sexuals o religioses, com ho va ser el III Reich a Alemanya els anys trenta i quaranta, justificant els crims genocides comesos i lloant-ne que es fessin.

El perfil creat per l'acusat constava de tres parts: una de pública d'accés lliure i il·limitat a totes les persones, atès que no tenia filtres com ara el registre previ amb usuari i contrasenya; una segona part, anomenada d'Amistat, al perfil de la qual només podien accedir persones que fossin acceptades després d'una sola sol·licitud d'amistat i els missatges de les quals s'exposen en un «*mur*», visible per a qualsevol persona que consulti el perfil; i una tercera part privada, d'accés restringit.

En data 26 de juliol de 2012, la part segona del perfil, destinada a recollir els «*amics*» del perfil, comptava 408 seguidors, molts dels quals eren persones físiques, però també un grup de penyes de col·lectius radicals vinculats al futbol, de manera que la seva difusió era molt més gran. I en aquesta data, la part pública del perfil de Facebook de l'acusat, d'accés lliure i indiscriminat al públic en general, tenia fotografies, comentaris i diversos vídeos enllaçats a través de la pàgina web Youtube que homenatjaven la División Azul i els soldats espanyols que van formar part de l'exèrcit alemany de les Waffen SS, i vídeos i enllaços amb imatges de camps de concentració nazis o del III Reich.

SAP Santa Cruz de Tenerife de 7 de març de 2014

- **Supòsit:** publicació en un diari d'un poema amb contingut xenòfob CP.
- **Condemna:** delicte de provocació a l'odi de l'art. 510 CP.
- **Fonaments:**
 - Remissió a la STC 235/2007 en afirmar que l'art. 20.1 CE (llibertat d'expressió) ofereix cobertura a les opinions subjectives i interessades sobre determinats fets històrics, per molt errònies o infundades que resultin, sempre que no suposin un menyspreu a la dignitat de les persones o un perill cert per a la convivència pacífica.
 - Remissió a la STC 214/1991 en declarar que *«la llibertat ideològica i d'expressió no poden emparar manifestacions o expressions destinades a menysprear o generar sentiments d'hostilitat contra determinats grups ètnics, d'estrangers o immigrants, religiosos o socials»*.
 - S'entén que l'autor del poema ha sobrepassat el límit del respecte a la dignitat de tota vida humana ja que hi inclou al·lusions xenòfobes (*«onada negra, onada de salvatges, intrusos invasors»*) i crides a la violència en legítima defensa (*«com canaris ens defensarem», «Comprarem mosquetons, pistoles, fusells i canons i fins i tot un vaixell canoner, amb ells dispararem i aquests intrusos invasors que se'n vagin per on van venir»*).
 - S'interpreta que la intenció de l'autor dels versos és la d'adreçar-se a través d'un mitjà de comunicació de gran difusió als seus conciutadans per fer-los partícips de la necessitat de reaccionar enfront d'una suposada situació d'emergència, la qual cosa va més enllà de la simple expressió d'opinions despectives o humiliants respecte d'un grup social.

SJP núm. 2 Lleida de 16 de novembre de 2006

- **Supòsit:** creació d'un web –que hi roman durant diversos anys– en què s'introdueixen dades i imatges de contingut xenòfob i racista, amb textos i imatges que provoquen a la discriminació i l'odi contra grups per raó de l'ètnia, raça, origen nacional o condició d'emigrant (imatge d'una persona amb estètica *skin* que agredeix un immigrant o un indigent; simbologia nazi i bèl·lica; textos com ara *«La im-*

migració destrueix el teu futur», «sang i foc us mereixeu putes demòcrates de merda»...; s'incita a la lluita en favor dels valors de «Führer» i per una «Nació Europea»; sota el títol «Herois» hi apareixen personatges relacionats amb l'Holocaust nazi, el racisme i la ultradreta espanyola...).

- **Condemna:** delictes continuats contra els drets fonamentals i llibertats públiques de l'art. 510.1 i 2 CP.

SJP núm. 2 Logroño de 2 d'abril de 2004

- **Supòsit:** difusió de pasquins de contingut racista i xenòfob. En un model de pasquí s'indicava: *«estem condemnats a viure amb les escombraries d'immigrants que acabaran per destruir-nos», «moros, sud-americans, països de l'est, pakistanesos, hindús, africans, tota aquesta gentussa té més drets que qualsevol nascut a la Rioja», «lluitarem per defensar-nos encara que sigui amb explosius».* En un altre model es llegia: *«Més habitatges per a immigrants, més treball per a immigrants, més ajudes per a immigrants. Gent de la Rioja autònoms i obrers, cal pagar més impostos, cal pagar més assegurances contra robatoris, atracaments, violacions assassins; nascut a la Rioja, a tu qui t'ajuda?»).*
- **Condemna:** delictes de provocació a la discriminació de l'art. 510.1 CP.
- **Fonament:** en els pasquins es difonen dos missatges: en el primer model, el missatge és clarament racista i xenòfob i incita els receptors a rebel·lar-se contra la presència d'estrangers, i fins i tot convida a fer ús de la violència. En el segon, es critica la concessió d'ajuda social als immigrants, i se'ls injuria.

B. Delicte de negació o justificació del genocidi (art. 607.2 CP)

B.1. Llibertat d'expressió enfront de revisionisme històric

Com és sabut, la **llibertat d'expressió** està inclosa, en la seva condició de dret subjectiu reconegut constitucionalment com a fonamental, en l'**art. 20 CE**. D'acord amb aquest precepte, *«[e]s reconeixen i es protegeixen els drets: a) A expressar i difondre lliurement els pensaments, les idees i les opinions mitjançant la paraula, l'escriptura o qualsevol altre mitjà de reproducció. b) A la producció i a la creació literària, artística, científica i*

tècnica. c) *A la llibertat de càtedra.* d) *A comunicar o a rebre lliurement informació veraç per qualsevol mitjà de difusió*». No obstant això, igual com passa amb qualsevol dret subjectiu, fins i tot fonamental, el dret a la llibertat d'expressió no està exempt de límits.²³⁹ Així ho disposa, de fet, l'art. 20 CE mateix quan en l'apartat 4 disposa que «[a]questes llibertats tenen el límit en el respecte als drets reconeguts en aquest títol, en els preceptes de les lleis que el desenvolupin i, especialment, en el dret a l'honor, a la intimitat, a la imatge pròpia i a la protecció de la joventut i de la infància».

En un esforç de concreció del que disposa aquest precepte, la **jurisprudència del Tribunal Constitucional** ha vingut declarant de forma reiterada que el dret fonamental a la llibertat d'expressió no permet donar cobertura, en tot cas, a manifestacions innecessàries que atemptin d'una manera especialment intensa contra l'honor i la dignitat de les persones (p. ex., mitjançant insults greus) o la llibertat (p. ex., mitjançant amenaces), o que no es limitin a qüestionar teòricament el sistema democràtic, sinó que el posin materialment en perill (p. ex., mitjançant actes de promoció del delicte).²⁴⁰

239. Sobre el caràcter necessàriament limitat de tot dret fonamental, vegeu, per totes, la transcendental STC 206/2007, de 24 de setembre, relativa a intervencions corporals. Fan esment d'aquesta resolució com a punt de referència ineludible pel que fa a limitació de drets fonamentals, entre altres autors, HERRERO-TEJEDOR, F., *La intimidad como derecho fundamental*, 1998, *passim*; HERRERO-TEJEDOR, F., «Intervenciones corporales: jurisprudencia constitucional», *Estudios Jurídicos*, 2004, p. 1890 i s.; MATA LLÍN EVANGELIO, A., *Intervenciones corporales ilícitas: tutela penal*, 2008, p. 61 i s.; PÉREZ MARÍN, M.A., *Inspecciones, registros y otros métodos de investigación en el proceso penal*, 2009, p. 121.

240. En la jurisprudència del Tribunal Constitucional, pel que fa a aquest punt, constitueixen un punt de referència ineludible, entre altres resolucions, les fonamentals STC 214/1991, d'11 de novembre (cas Violeta Friedman) i 176/1995 (cas Makoki). S'hi afirma que «ni la llibertat ideològica (art. 16 CE) ni la llibertat d'expressió (art. 20.1 CE) inclouen el dret a fer manifestacions, expressions o campanyes de caràcter racista o xenòfob, ja que, tal com disposa l'art. 20.4, no hi ha drets il·limitats i això no és contrari únicament al dret a l'honor de la persona o persones directament afectades, sinó a altres béns constitucionals com ara el de la dignitat humana (art. 10 CE), que han de respectar tant els poders públics com els ciutadans mateixos, d'acord amb el que disposen els art. 9 i 10 CE. La dignitat com a rang o categoria de la persona com a tal, del qual deriva i en el qual es projecta el dret a l'honor (art. 18.1 CE), no admet cap discriminació per raó de naixement, raça o sexe, opinions o creences». Ho recorda oportunament LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., «La libertad de expresión tenía un precio», cit. p. 1. També s'ha referit recentment a aquests límits el fiscal coordinador del Servei de Delictes d'Odi i Discriminació de la Fiscalia Provincial de Barcelona AGUILAR GARCÍA, M.A., *Estudio de los problemas que plantea la redacción actual del art. 510 del Código Penal a la vista de las interpretaciones realizadas por nuestros tribunales*, original inèdit, 2011, p. 7, treball que encara no s'ha publicat i del qual he pogut disposar per amable deferència del seu autor.

En aquest context, resulta particularment destacable la problemàtica que plantegen aquelles manifestacions que, en el marc d'una **activitat política o científica**,²⁴¹ poden arribar a constituir un atemptat contra la dignitat dels membres de determinats col·lectius minoritaris, o, fins i tot, una incitació a la discriminació o a l'acció violenta contra aquells col·lectius.

En aquest sentit, és habitual el dubte sobre si el pronunciament d'**expressions provocadores** (*Fighting Words*), el **discurs de l'odi** (*Hate Speech*),²⁴² la **publicació o difusió de material bibliogràfic o publicitari de contingut xenòfob** o les **manifestacions fetes per un polític en l'escalfor d'un acte electoral** poden quedar coberts o no pel dret fonamental a la llibertat d'expressió, o si, per contra, poder ser subsumits en algun dels preceptes que preveu el Codi penal sobre delictes de discriminació o xenofòbia. Pel que fa a aquesta constel·lació de supòsits, només cal recordar que ja hi ha diverses querelles presentades contra alguns actors de l'escena política espanyola per la suposada comissió d'un delictes d'incitació a l'odi racial com a conseqüència d'haver fet discursos hipotèticament xenòfobs.²⁴³

Els mateixos dubtes solen sorgir en l'àmbit de la **llibertat científica** a qui s'enfronta a l'anàlisi d'aquells supòsits en què es produeix la difusió de material històric revisionista sobre l'existència o no d'un genocidi.²⁴⁴ S'han fet córrer rius de tinta entre nosaltres, en aquest sentit, en relació amb el cas de la **llibreria Europa**.²⁴⁵

241. Sobre el conflicte entre llibertat d'expressió i llibertat religiosa, vegeu, per tots, el treball de PÉREZ-MADRID, F., «Incitación al odio religioso o “hate speech” y libertad de expresión», *RGDCDEE*, 19, 2009.

242. L'expressió va ser encunyada per la STEDH de 8 de juliol de 1999, *Ergogdu i Ince* contra Turquia, i emprada per la nostra jurisprudència constitucional per les STC 214/1991 (cas Violeta Friedman), 176/1995 (cas Makoki) o 235/2007. En totes aquestes resolucions es defineix el discurs de l'odi com aquell que conté una càrrega densa d'hostilitat que incita, unes vegades directament i d'altres subliminalment, a la violència per la via de la vexació i que de no està emparat de cap manera pels drets constitucionals de llibertat d'expressió o llibertat ideològica o de consciència. Sobre aquest concepte, AGUILAR GARCÍA, M.A., *Estudio de los problemas que plantea la redacción actual del art. 510...*, cit., p. 7, n. 2.

243. Crida l'atenció d'una manera especial el cas de la querella interposada per l'associació SOS Racisme i la Federació d'Associacions Gitanes de Catalunya (FAGIC) pel repartiment de fullets suposadament xenòfobs a la ciutat de Badalona (Barcelona). La querella ha estat admesa a tràmit recentment mitjançant Acte de data 28 de febrer de 2011. Sobre aquest cas, vegeu AGUILAR GARCÍA, M.A., *Estudio de los problemas que plantea la redacción actual del art. 510...*, cit., p. 1.

244. Sobre el revisionisme o negacionisme com a corrent historiogràfic filonazi, vegeu LANDA GOROSTIZA, J.M., *La política criminal contra la xenofobia*, cit., p. 165.

245. Sobre aquest cas, i sense pretensió d'exhaustivitat, vegeu, per exemple, els treballs de LANDA GOROSTIZA, J.M., «La llamada “mentira de Auschwitz” (art. 607.2 CP) y el “delito

El Codi penal espanyol sol reconduir, fonamentalment, a dos preceptes els supòsits que acaben de ser plantejats: el ja exposat art. 510.1 CP i l'**art. 607.2 CP**. D'acord amb aquest darrer precepte, «[l]a difusió per qualsevol mitjà d'idees o doctrines que neguin o justifiquin els delictes tipificats en l'apartat anterior d'aquest article, o pretenguin la rehabilitació de règims o institucions que emparin pràctiques generadores d'aquells, s'ha de castigar amb la pena de presó d'un a dos anys».

B.2. La STC 235/2007, de 7 de novembre: el cas de la llibreria Europa

Segons el **Tribunal Constitucional**, el dret fonamental a la llibertat d'expressió inclou, com és lògic, el dret a la llibertat de crítica, també quan aquesta crítica pugui desagradar al seu destinatari. Els principis informadors de qualsevol societat democràtica i plural imposarien al destinatari de la crítica un cert deure de tolerància enfront d'aquesta crítica, sota pena de buidar de contingut la **llibertat d'expressió entesa com a llibertat de crítica**.

En paraules de la STC 235/2007, FJ 4: «*Conseqüència directa del contingut institucional de la lliure difusió d'idees i opinions és que, segons hem reiterat, la llibertat d'expressió comprèn la llibertat de crítica, "encara que aquesta sigui aspra i pugui molestar, inquietar o disgustar a qui s'adreça, ja que així ho requereixen el pluralisme, la tolerància i l'esperit d'obertura, sense els quals no hi ha 'societat democràtica'".*²⁴⁶».

de provocación" (art. 510.1 CP) a luz del "caso Varela": una oportunidad perdida para la "cuestión de inconstitucionalidad" (Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona de 16 de noviembre de 1998)», *AP*, 1999, p. 689 i s.; GÓMEZ NAVAJAS, J., «Apología del genocidio y provocación a la discriminación en el Código Penal de 1995 (Algunas reflexiones al hilo de la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona, de 16 de noviembre de 1998)», *La Ley*, núm. 4790, 1999, p. 1 i s.; SUÁREZ ESPINO, M.L., «Inconstitucionalidad del delito de negación de genocidio. Comentario crítico a la Sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de noviembre», *CDP*, 30, 2007, p. 175 i s.; TAJADURA TEJADA, J., «Libertad de expresión y negación del genocidio: comentario crítico a la STC de 7 de noviembre de 2007», *RVAP*, 80, 2008, p. 233 i s.; BILBAO UBILLOS, J.M., «La negación de un genocidio no es una conducta punible (comentario de la STC 235/2007)», *REDC, Revista Española de Derecho Constitucional*, 85, 2009, p. 299 i s. En general, sobre el delictes que preveu l'art. 607.2 CP, vegeu BORJA JIMÉNEZ, E., *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho penal*, Granada, 1999, *passim*.

246. Aquesta tesi pot trobar-se també, entre moltes altres resolucions, a la STC 174/2006, de 5 de juny, FJ 4.

Aquesta és la cobertura que el model democràtic proporciona a la llibertat d'expressió que –malgrat la paradoxa aparent que això representa– fins i tot brinda protecció a la manifestació d'idees contràries al model mateix, és a dir, a la declaració de formes de pensament no democràtiques.

Segons el Tribunal Constitucional: *«Per això mateix hem afirmat rotundament que “és evident que l'aixopluc de la llibertat d'opinió n'hi cap qualsevol, per equivocada o perillosa que li pugui semblar al lector, fins i tot les que ataquen el mateix sistema democràtic. La Constitució –s'ha dit– protegeix també als qui la neguen”. És a dir, la llibertat d'expressió és vàlida no només per a les informacions o les idees acollides amb favor o considerades inofensives o indiferents, sinó també per a aquelles que contrarien, xoquen o inquieten l'Estat o una part qualsevol de la població».*²⁴⁷

De tot això es dedueix lògicament que el model democràtic espanyol no imposa al ciutadà la seva adhesió positiva a aquest model. No és, per tant, una **democràcia militant**. A diferència del que passa amb la realització d'activitats contràries a la Constitució, la mera manifestació d'idees i ideologies queda plenament coberta pel dret fonamental a la llibertat d'expressió, encara que es tracti d'idees antidemocràtiques, és a dir, contràries al model democràtic mateix.

Aquest plantejament l'exposa extensament la STC 235/2007, FJ 4: *«Per circumstàncies històriques lligades al seu origen, el nostre ordenament constitucional se sustenta en la més àmplia garantia dels drets fonamentals, que no poden limitar-se per raó que s'utilitzin amb una finalitat anticonstitucional. Com se sap, en el nostre sistema –a diferència d'altres del nostre entorn– no té cabuda un model de “democràcia militant”, és a dir, un model en el qual s'imposi, no només el respecte, sinó l'adhesió positiva a l'ordenament i, en primer lloc, a la Constitució. Aquesta concepció, sens dubte, es manifesta amb una intensitat especial en el règim constitucional de les llibertats ideològica, de participació, d'expressió i d'informació ja que implica la necessitat*

247. STC 235/2007, FJ 4. En una línia idèntica, anteriorment, 176/1995, d'11 de desembre, FJ 2; STEDH de 24 de febrer de 1997, De Haes i Gijssels contra Bèlgica.

de diferenciar clarament entre les activitats contràries a la Constitució, òrfenes de la seva protecció, i la mera difusió d'idees i ideologies. El valor del pluralisme i la necessitat del lliure intercanvi d'idees com a substrat del sistema democràtic representatiu impedeixen qualsevol activitat dels poders públics tendent a controlar, seleccionar, o determinar greument la simple circulació pública d'idees o doctrines».²⁴⁸

Una qüestió relacionada amb l'anterior, encara que no són exactament coincidents, és la relativa a si el dret fonamental a la llibertat d'expressió inclou el dret a fer manifestacions que posin en dubte l'existència de fets històrics que inqüestionablement van esdevenir-se. Per al Tribunal Constitucional espanyol, aquestes manifestacions de negació de l'evidència no serien sinó opinions subjectives sobre esdeveniments històrics, i, com a tals, quedarien emparades pel mantell del dret a la llibertat d'expressió, en la seva dimensió de **recerca de la veritat històrica**.

En aquest sentit, el Tribunal Constitucional indica que: *«En ocasions anteriors hem conclòs que “les afirmacions, dubtes i opinions sobre l'actuació nazi respecte als jueus i als camps de concentració, per reprovables o tergiversades que siguin –i en realitat ho són pel fet de negar l'evidència de la història– queden emparades pel dret a la llibertat d'expressió (art. 20.1 CE), en relació amb el dret a la llibertat ideològica (art. 16 CE), atès que, amb independència de la valoració que se'n faci, cosa que tampoc no correspon a aquest Tribunal, només es poden entendre com el que són: opinions subjectives i interessades sobre esdeveniments històrics”. Aquesta mateixa perspectiva ha portat al TEDH, en diverses ocasions en què es posava en dubte la col·laboració amb les atrocitats nazis durant la Segona Guerra Mundial, a assenyalar que “la recerca de la veritat històrica forma part integrant de la llibertat d'expressió” i estimar que no li correspon arbitrar la qüestió històrica de fons».²⁴⁹*

248. Vegeu, a més, STC 48/2003, de 12 de març, FJ 7 i 10.

249. STC 235/2007, FJ 4. Vegeu també, en la mateixa línia, STC 214/1991, d'11 de novembre (cas Violeta Friedman), FJ 8; STEDH de 29 de juny de 2004, Chauvy i altres contra França, par. 69; i de 21 de setembre de 2006, Monnat contra Suïssa, par. 57.

Encara que, com s'ha afirmat, el model democràtic de societat imposa en el ciutadà un cert **deure de tolerància** davant de missatges ofensius i fins i tot antidemocràtics, aquest **deure no és de cap manera il·limitat**.

El Tribunal Constitucional es refereix als límits d'aquest deure de tolerància: *«L'àmbit constitucionalment protegit de la llibertat d'expressió no es pot veure restringit pel fet que s'utilitzi per a la difusió d'idees o opinions contràries a l'essència mateixa de la Constitució –i certament les que es van difondre en l'assumpte que ha donat origen a aquesta qüestió d'inconstitucionalitat resulten repulsives des del punt de vista de la dignitat humana constitucionalment garantida–, tret que lesionin efectivament drets o béns de rellevància constitucional. Per a la moral cívica d'una societat oberta i democràtica, sens dubte, no tota idea que s'expressi serà, sense més ni més, digna de respecte. Tot i que la tolerància constitueix un dels “principis democràtics de convivència” als quals al·ludeix l'art. 27.2 CE, aquest valor no pot identificar-se sense més ni més amb la indulgència davant discursos que repel·leixen a qualsevol consciència coneixedora de les atrocitats perpetrades pels totalitarismes del nostre temps. El problema que hem de prendre en consideració és el de si la negació de fets que poguessin constituir actes de barbàrie o la seva justificació tenen el seu camp d'expressió en el lliure debat social garantit per l'art. 20 CE o si, per contra, aquestes opinions poden ser objecte de sanció estatal punitiva per afectar béns constitucionalment protegits».*²⁵⁰

Els tres principals límits del deure de tolerància a discursos ofensius són, segons el Tribunal Constitucional:

- **Respecte per la igualtat (art. 1.1 CE) i la dignitat humana (art. 10.1 CE).**
- **Innecessarietat de l'ofensa** per a l'exposició de les opinions que volen defensar-se.
 - **Incitació directa a la violència** contra els destinataris del missatge.

250. STC 235/2007, FJ 4

En relació amb els dos primers límits, el Tribunal Constitucional indica que: «Tot el que s'ha dit no implica que la lliure transmissió d'idees, en les seves diferents manifestacions, sigui un dret absolut. De manera genèrica, se situa fora de l'àmbit de protecció d'aquest dret la difusió de les frases i expressions ultratjants o ofensives, sense relació amb les idees o opinions que es vulguin exposar, i per tant, innecessàries a aquest propòsit».²⁵¹ Prossegueix el TC afirmant que: «En concret, pel que fa a les manifestacions, expressions o campanyes de caràcter racista o xenòfob, hem conclòs que l'art. 20.1 CE no garanteix "el dret a expressar i difondre una manera determinada d'entendre la història o concebre el món amb l'ànim deliberat de menysprear i discriminar, al mateix temps que formula, persones o grups per raó de qualsevol condició o circumstància personal, ètnica o social, ja que seria tant com admetre que, pel sol fet de fer-se al fil d'un discurs més o menys històric, la Constitució permet la violació d'un dels valors superiors de l'ordenament jurídic, com és la igualtat (art. 1.1 CE) i un dels fonaments de l'ordre polític i de la pau social: la dignitat de la persona (art. 10.1 CE)».²⁵²

Segons la STC 235/2007, FJ 5, «[d]e aquesta manera, el reconeixement constitucional de la dignitat humana configura el marc dins el qual ha de desenvolupar-se l'exercici dels drets fonamentals i en virtut d'això no té cobertura constitucional l'apologia dels botxins, glorificant-ne la imatge i justificant-ne els fets quan això suposi una humiliació de les víctimes».²⁵³ Igualment, hem reconegut que atempten també contra aquest nucli irreductible de valors essencials del nostre sistema constitucional els judicis ofensius contra el poble jueu que, emesos al fil de postures que neguen l'evidència del genocidi nazi, suposen una incitació racista.²⁵⁴ Aquests límits coincideixen, en el que és essencial, amb els que ha reconegut el Tribunal Europeu de Drets Humans en aplicació de l'apartat segon de l'art. 10 CEDH. En concret, considera que la llibertat d'expressió no pot oferir cobertura a l'anomenat "discurs de l'odi", és a dir, a aquell desenvolupat en termes que suposin una incitació directa a

251. STC 235/2007, FJ 4. Vegeu, a més, les STC 204/1997, de 25 de novembre; 11/2000, de 17 de gener, FJ 7; 49/2001, de 26 de febrer, FJ 5; 160/2003, de 15 de setembre, FJ 4.

252. STC 235/2007, FJ 4. Vegeu també STC 214/1991, d'11 de novembre, FJ 8.

253. STC 176/1995, FJ 5.

254. STC 214/1991, d'11 de novembre, FJ 8; 13/2001, de 29 de gener, FJ 7.

*la violència contra els ciutadans en general o contra determinades races o creences en particular».*²⁵⁵

Partint d'aquestes premisses, la STC 235/2007 acaba conclouent que «[d]'acord amb els fonaments jurídics anteriors, **el precepte s'ajustaria a la Constitució si se'n pogués deduir que la conducta sancionada implica necessàriament una incitació directa a la violència contra determinats grups o un menyspreu cap a les víctimes dels delictes de genocidi».**²⁵⁶

B.3. Els vots particulars de la STC 235/2007

La STC 235/2007 **no va ser en absolut unànime**. Van ser formulats *quatre vots particulars*: els emesos pels Srs. Roberto García-Calvo y Montiel, Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, Ramón Rodríguez Arribas i Pascual Sala Sánchez.²⁵⁷ Les línies argumentals sobre les quals descansen aquests quatre vots particulars són, al seu torn, **tres**:

- D'una banda, s'afirma que la negació de fets de tanta gravetat i històricament tan inqüestionables és clarament reveladora que la intenció de qui nega l'evidència d'aquesta manera no és altra que humiliar les víctimes del genocidi i incitar indirectament a la col·lectivitat a la repetició de fets similars. També es posa en relleu que no és únicament que els negacionistes actuessin amb un ànim evident de menysprear aquelles víctimes, sinó que objectivament la negació del genocidi porta intrínseca la humiliació de les víctimes. La negació del genocidi seria, en si mateixa, vexatòria per a les seves víctimes.

255. Vegeu en aquest sentit, la Recomanació (97) 20 del Comitè de Ministres del Consell d'Europa, de 30 d'octubre de 1997, que insta els Estats a actuar contra totes les formes d'expressió que propaguen, inciten o promouen l'odi racial, la xenofòbia l'antisemitisme o altres formes d'odi basades en la intolerància. Igualment, les STEDH de 6 de juliol de 2006, Erbakan contra Turquia; de 4 de desembre de 2003, Gündüz contra Turquia, par. 41; de 8 de juliol de 1999, Ergogdu i Ince contra Turquia.

256. STC 176/1995, FJ 5 i 9. En el mateix sentit es pronuncien, a més, les STC 174/2006, de 5 de juny, FJ 4; 204/2001, de 15 d'octubre, FJ 4; 110/2000, de 5 de maig, FJ 8.

257. Pot trobar-se una exposició resumida d'aquests vots particulars dins RAMOS VÁZQUEZ, J.A., *RP*, 23, 2009, p. 132, n. 65-68.

Aquests arguments s'exposen clarament en els vots particulars formulats pels **Srs. Rodríguez Arribas, Rodríguez-Zapata Pérez, Sala Sánchez i García-Calvo y Montiel**. Segons el vot particular del primer, «[...] no es tracta de castigar el resultat de la investigació d'un historiador guillat que arribés a l'absurda conclusió de la inexistència d'un genocidi universalment contrastat, en aquest cas no hi hauria cap element intencional, i per tant no resultaria punible, sinó de posar límit, mitjançant la sanció penal, a la profusió d'informacions directament encaminades a minimitzar o explicar fets monstruosos de genocidi per trencar la barrera de repugnància social que impedeix la seva temible repetició». Pel que fa al vot particular del Sr. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, es manté que «[e]n efecte, la STC 214/1991 va desenvolupar una teoria revolucionària de la legitimació processal, per concedir-l'hi a la senyora Violeta Friedman, dona jueva supervivent del camp d'extermini d'Auschwitz-Birkenau que reivindicava el seu dret a l'honor i el de tots els jueus enfront d'una posició de negació dels crims del celeberrim doctor Mengele. Afirmem en el F. 8 d'aquella important Sentència que l'article 20.1 CE no garanteix el dret a expressar i difondre una manera determinada d'entendre la Història i el món tendent a menysprear i discriminar persones o grups en un discurs antisemita, racista o xenòfob atès que això viola la dignitat de la persona humana, que és (en l'art. 10.1 CE) un de les fonaments de l'ordre polític i de la pau social». Per fi, en el vot particular del Sr. Sala Sánchez, «[r]esulta clara, doncs, l'existència en el cas aquí examinat l'element tendencial tantes vegades esmentat, que dotava de substantivitat punitiva tant a la conducta de difusió de doctrines negatives dels delictes de genocidi, com als necessaris elements distintius d'aquesta manera delictiva en relació amb la modalitat de provocació definida amb caràcter general en l'art. 18 CP o amb les específiques dels articles 615 i 510 del mateix cos legal, que en últim terme, i com s'ha apuntat abans, podien suposar com a màxim un problema concursal per a la resolució de la Sala a quo no precisava del plantejament de cap qüestió d'inconstitucionalitat». Especialment interessant resulta el vot particular del Sr. García-Calvo y Montiel, en el qual es destaca que el caràcter objectivament ultratrant de la negació del genocidi i la constitucionalitat de l'art. 607.2 en relació amb aquest particular és degut al fet que aquest precepte no castiga la mera negació de fets, sinó de delictes de genocidi: «[e]l precepte pena la negació o justificació "dels delictes",

no la pura negació de fets, aclaparadorament certs, per desgràcia per a la humanitat, en el cas de la destrucció dels jueus europeus. Pròpiament, no està en joc la llibertat d'informació, que no protegeix les falsedats deliberades ("informació veraç", art. 20.1.d] CE). Està en joc la difusió de cert tipus d'idees o doctrines».

S'esmenta, a més, que difícilment pot emparar-se en la llibertat científica com a dimensió de la llibertat d'expressió la negació de fets acreditadament certs. Aquesta circumstància convertiria la negació en una manifestació obertament mentidera, i la mentida no pot quedar coberta per la llibertat d'expressió.

Aquesta postura és defensada, especialment, des del vot particular del Sr. García-Calvo y Montiel: *«les idees i doctrines criminalitzades en l'art. 607.2º CP són les genocides. No es tracta de propagar doctrines simplement adverses a un grup nacional, ètnic, racial o religiós. Tampoc es tracta de la pura negació d'uns fets, com pot ser l'extermini d'uns sis milions de jueus pel règim criminal que va governar el Reich alemany entre 1933 i 1945. El precepte pena la negació o justificació "dels delictes", no la pura negació de fets, aclaparadorament certs, per desgràcia per a la humanitat, en el cas de la destrucció dels jueus europeus. Pròpiament, no està en joc la llibertat d'informació, que no protegeix les falsedats deliberades ("informació veraç", art. 20.1.d] CE). Està en joc la difusió de cert tipus d'idees o doctrines».*

Finalment, el vot particular del Sr. Sala Sánchez defensa que la STC 235/2007 incorre en una important incoherència interna. En el cas de la difusió d'idees que justifiquen el genocidi, el Tribunal Constitucional salva la conformitat del precepte amb la Constitució afirmant que la tipificació com a delicte de la justificació del genocidi seria plenament compatible amb el dret fonamental a la llibertat d'expressió sempre que tal justificació actuï com a incitació indirecta a la comissió d'actes de genocidi. En canvi, la STC 235/2007 no fa el mateix amb la negació.

En paraules del vot particular de referència: «*Vol indicar-se amb això que si “justificació”, com diu la sentència aprovada, equival a “incitació indirecta” a la comissió de delictes de genocidi, de tal manera que així es produiria, “en primer lloc, quan la justificació de tan abominable delictes suposi una manera d’incitació indirecta a la seva perpetració” o quan, en segon lloc, “amb la conducta consistent a presentar com a just el delictes de genocidi es busqui alguna mena de provocació a l’odi envers determinats grups definits mitjançant referència al seu color, raça, religió o origen nacional o ètnic, de tal manera que representi un perill cert de generar un clima de violència i hostilitat que pot concretar-se en actes específics de discriminació” (F. 9), no s’entèn bé com aquesta mateixa interpretació pot resultar inadequada quan es tracta de la conducta consistent en la “negació”. I és que allò que el precepte qüestionat castiga en totes dues conductes –cal no oblidar-ho, legislativament equiparades– no és la simple “negació” en abstracte o la “justificació” consistent en “la proclamació d’idees o posicions polítiques pròpies o adhesió a les alienes” (F. 9), sinó aquestes mateixes “negació” o “justificació” en tant que signifiquin, com acaba de dir-se, la presentació com a just d’un delictes de genocidi en uns termes tals que suposi una incitació indirecta a la seva comissió».*

5.7. Delictes de denegació discriminatòria de prestacions de serveis (art. 511 i 512 CP)

Bé jurídic protegit:

En els tipus penals que recullen els art. 511 i 512 CP, el bé jurídic protegit està constituït pel dret a *no ser discriminat* per raó d’ideologia, religió o creences, la pertinença a una ètnia o raça, l’origen nacional, el sexe, l’orientació sexual, la situació familiar, per raons de gènere, de malaltia o de discapacitat, en connexió amb la proclamació d’igualtat que conté l’art. 14 CE.

Alguns autors consideren que hi ha més d’un bé jurídic implicat en aquests tipus penals (incloent-hi el que preveu l’art. 510 CP), entenent que l’objecte immediat de tutela és la dignitat humana (Portilla Contreras ho afirma basant-se en la STC 176/1995 –que resol el recurs d’empara formulat contra l’Audiència Provincial de Barcelona que condemna un editor per delictes d’injúries greus i d’escarni previst en el

CP anterior com a conseqüència de la publicació a Espanya de l'àlbum *Hitler-SS-*, referint que l'ús de la llibertat d'expressió que negui la dignitat humana se situa fora de la protecció constitucional).

L'art. 511 CP estableix:

«1. Incorre en la pena de presó de sis mesos a dos anys, multa de dotze a vint-i-quatre mesos i inhabilitació especial per a ocupació o càrrec públic per un temps d'un a tres anys el particular encarregat d'un servei públic que denegui a una persona una prestació a la qual tingui dret per raó de la seva ideologia, religió o creences, la seva pertinença a una ètnia o raça, el seu origen nacional, el seu sexe, orientació sexual, situació familiar, per raons de gènere, malaltia o discapacitat.

2. S'apliquen les mateixes penes quan els fets es cometin contra una associació, fundació, societat o corporació o contra els seus membres per raó de la seva ideologia, religió o creences, la pertinença dels seus membres o d'algun d'ells a una ètnia o raça, el seu origen nacional, el seu sexe, orientació sexual, situació familiar, per raons de gènere, malaltia o discapacitat.

3. Els funcionaris públics que cometin algun dels fets que preveu aquest article incorren en les mateixes penes en la meitat superior i en la d'inhabilitació especial per a ocupació o càrrec públic per un temps de dos a quatre anys.

4. En tots els casos s'ha d'imposar, a més, la pena d'inhabilitació especial per a professió o ofici educatiu, en l'àmbit docent, esportiu i de temps lliure, per un temps superior entre un i tres anys al de la durada de la pena de privació de llibertat imposada, si s'escau, en la sentència, atenent proporcionalment la gravetat del delicte i les circumstàncies que concorrin en el delinqüent.»

Característiques:

- És un **delicte especial improp**i, ja que només poden ser subjectes actius del delicte les persones que en el moment de l'acció tenen una condició determinada: el subjecte actiu pot ser un particular (art. 511.1 CP) encarregat del servei públic, o bé un funcionari públic (art. 511.3 CP).
- La controvèrsia pot aparèixer amb relació als casos en què un particular, no encarregat directament d'un servei públic, fa prestacions d'un servei públic, sense fer-ho per ordre de qui se n'encarrega i sense actuar en nom i representació de qui se n'encarrega.

- **Subjecte passiu:** persona a la qual es denega la prestació no obstant això «*tenir-hi dret*» (se n'exclouen els supòsits en què el tracte diferenciat estigui emparat normativament, com, per exemple, en el cas dels estrangers no regularitzats que no tenen reconegudes totes les prestacions del sistema públic sanitari).
- **Prestació:** tota activitat de dació derivada de l'exercici de la funció de prestació pròpia dels sectors qualificats normativament com a públics.
Machado Ruiz (*Discriminación*, 2004) descriu el servei públic com l'activitat de titularitat pública de prestació obligada, per organització pública, per organització o per qualsevol altra fórmula equivalent, que permet la satisfacció regular i contínua de serveis d'interès general i que genera un dret a rebre la prestació.
No hi són inclosos de manera expressa els supòsits en què el servei formalment es presta, però en unes condicions injustificadament inferiors per raons discriminatòries.
- **Concurs amb el delicte de prevaricació** (SAP Palència d'11 de febrer de 1999): en cas que hi concorrin un possible delicte de l'art. 511 CP i un delicte de prevaricació de l'art. 404 CP, es resol com a concurs de lleis aplicant el principi d'especialitat (art. 8.1 CP), en favor del delicte de prevaricació.

D'altra banda, determina l'**art. 512 CP**: «*Els qui en l'exercici de les seves activitats professionals o empresarials deneguin a una persona una prestació a la qual tingui dret per raó de la seva ideologia, religió o creences, la seva pertinença a una ètnia, raça o nació, el seu sexe, orientació sexual, situació familiar, per raons de gènere, malaltia o discapacitat, incorren en la pena d'inhabilitació especial per a l'exercici de professió, ofici, indústria o comerç i inhabilitació especial per a professió o ofici educatiu, en l'àmbit docent, esportiu i de temps lliure per un període d'un a quatre anys*».

Característiques:

- Es tracta d'un delicte el subjecte actiu del qual només poden ser persones que actuïn en el marc d'una activitat empresarial o professional: els professionals, empresaris o els seus delegats (se n'exclou els particulars).

- En SAP València de 23 de febrer de 2010, que confirma SJP núm. 12 València de 30 de juliol de 2009, es condemna una persona per denegar l'accés a una discoteca a un grup de persones amb síndrome de Down. La decisió recull que el fet d'acreditar-se que la condemnada té qualitats humanes només demostra que no va observar el mateix comportament discriminatori en altres ocasions amb discapacitats físics o psíquics, però no se li condemna «*pel que és*», sinó per haver denegat en una ocasió una determinada prestació a persones que tenien hi dret, a causa de la seva discapacitat psíquica.
- S'exigeix que es tracti d'una activitat professional o empresarial, per tant, que s'exerceixi de manera habitual, i se n'exclou l'oferta de béns o serveis aïllada o puntual.
- Es determina un catàleg tancat de motius de la denegació de la prestació que constitueix el delictes.
- En SJP núm. 6 Barcelona, de 13 de març de 2014, confirmada per SAP Barcelona de 8 de juliol de 2014, es condemna al vigilant d'accés a una discoteca que nega l'entrada a diverses persones al·ludint la seva condició de transsexuals. Menció a la STS de 21 de maig de 2001: la decisió de denegar la prestació del servei s'ha de prendre per alguna les raons que exposa el tipus penal.
- L'art. 512 CP no es basa en una prestació sobre la base d'un dret abstracte o poc precís, és conducta típica aquella en què hi ha un dret del particular a una prestació, dret que no pot entendre's com la llibertat genèrica d'adquirir un producte o llogar un pis, sinó com una expectativa concreta (STS de 21 de maig de 2001).
- L'empresari no pot emparar-se en el dret de reserva d'admissió (Llei 11/2009, de 6 de juliol, de regulació administrativa dels espectacles públics i les activitats recreatives, i art. 26 de la Llei 11/2014, de 10 d'octubre, per garantir els drets de lesbianes, gais, bisexuals, transgènere i intersexuals i per eradicar l'homofòbia, la bifòbia i la transfòbia).
- En els supòsits d'arxiu del procediment penal perquè no hi concorren els elements del tipus, com també en els supòsits de sentència condemnatòria, cal remetre'n testimoni a l'Administració per tal que es resolgui l'expedient administratiu que s'hagi obert com a conseqüència dels fets.
- La intenció de discriminar admet prova indiciària i prova directa. Així, en STS de 29 de setembre de 1998 es confir-

ma la condemna a un venedor de cotxes que nega la venda d'un automòbil a una persona manifestant «*jo no venc a morenos com tu, ni a gitanos ni a moros*», que reitera davant els agents de la Guàrdia Civil que «*no venia a gitanos ni a moros*» i que «*era racista*». La intenció de discriminar es deriva en aquest cas, no d'indicis (admetent-se la possibilitat de prova indicària amb relació a aquesta intencionalitat), sinó de prova directa (les declaracions testificals referides a les expressions escoltades tant pel comprador com pels agents de la Guàrdia Civil).

- Pel que fa a la consumació del delictes, aquesta es produeix amb l'acció de denegar la prestació per part del subjecte actiu, encara que, posteriorment, s'accedeixi a la prestació per intervenció de tercers. En STS de 21 de maig de 2001, que confirma SAP Alacant d'11 de juny de 1999, es condemna la denegació d'entrada a un establiment a diverses persones de raça negra, als qui més tard, i després de protestar, sí que se'ls hi permet entrar. S'afirma que es consuma el delictes amb la prohibició d'entrada al local *ad limine* per ser ciutadans de color, encara que posteriorment se'ls permetés accedir a l'establiment.
- En l'àmbit de la responsabilitat civil cal tenir en compte que (SAP Barcelona de 15 de gener de 2010):
 - L'asseguradora del local l'accés al qual ha estat denegat a algú per les raons que esmenta l'art. 512 CP té la qualitat de responsable civil directa malgrat que es tracta d'un delictes dolós, i sense perjudici de l'acció de repetició que pot exercir contra l'assegurat (en virtut de l'art. 76 de la Llei de contracte d'assegurança).
 - L'empresa titular del negoci té la qualitat de responsable civil subsidiària tot i que els qui van actuar dolosament van ser els seus empleats, sense perjudici de l'acció de recuperació contra aquests empleats (en virtut de l'art. 43 de la Llei de contracte d'assegurança).

Supòsit: retirada del carnet d'un gimnàs, per part del director del centre, a dos homes que es fan un petó a la galta en saludar-se com a amics a l'interior de les instal·lacions del centre, i als quals els diu «*no vull marietes en aquest gimnàs*»:

- La justificació objectiva de la retirada del carnet és l'orientació sexual dels clients.
- Art. 10 de la Llei 11/2009, de 6 de juliol, de regulació administrativa dels espectacles públics i les activitats recreatives: l'exercici del dret d'admissió no pot comportar discriminació per raó de gènere o qualsevol altra circumstància personal o social dels usuaris dels establiments i els espais oberts al públic tant pel que fa a les condicions d'accés com a la permanència en els establiments i a l'ús i gaudi dels serveis que s'hi presten.

5.8. Delicte d'associació il·lícita per cometre un delicte discriminatori (art. 515.4 CP)

La LO 1/2015, de 30 de març, modifica la redacció i la ubicació de l'art. 515.5 CP amb relació a les associacions il·lícites que persegueixen cometre un delicte de discriminació de grups o col·lectius determinats.

Art. 515 CP: «Són punibles les associacions il·lícites. Tenen aquesta consideració: [...] 4t Les que fomentin, promoguin o incitin directament o indirectament a l'odi, hostilitat, discriminació o violència contra persones, grups o associacions per raó de la seva ideologia, religió o creences, la pertinença dels seus membres o d'algun d'ells a una ètnia, raça, o nació, el seu sexe, orientació sexual, situació familiar, malaltia o discapacitat».

En la redacció anterior, la tipificació apareixia en el punt 5 amb la redacció següent: «5è. Les que promoguin la discriminació, l'odi o la violència contra persones, grups o associacions per raó de la seva ideologia, religió o creences, la pertinença dels seus membres o d'algun d'ells a una ètnia, raça o nació, el seu sexe, orientació sexual, situació familiar, malaltia o minusvalidesa, o hi incitin».

- La **sanció** per a cada un dels components de l'associació il·lícita (art. 517 i 518 CP) es diferencia segons si es tracta de fundadors, directores i presidents, o de membres actius de l'associació. La pena d'aquests darrers és la mateixa que la prevista per als qui amb la seva cooperació econòmica o de qualsevol altra mena, en tot cas rellevant, afavoreixin la fundació, organització o activitat de l'associació.

- El **bé jurídic protegit** (STS de 25 de novembre de 2008 i de 2 de maig de 2001) està constituït pel dret d'associació com a garantia constitucional, l'ordre públic i la institució estatal mateixa, davant de qualsevol organització que persegueixi fins contraris i antitètics dels de la institució estatal.
- L'**element objectiu** es projecta en els verbs actius de promoure, fomentar i incitar directament o indirectament.
- L'**element subjectiu** estaria constituït per la intenció de menysprear i discriminar persones o grups per raó de qualsevol condició o circumstància personal, ètnica o social.
- No és exigible perquè s'hi doni el tipus penal que la promoció o incitació siguin activitats *programàtiques* de l'associació d'acord amb el seu objecte social, i s'exigeix un enjudiciament global de l'activitat de l'associació amb vista a determinar si aquesta, en la seva actuació pràctica, contradiu el que declaren els estatuts o normes fundacionals internes, possiblement dirigits a ocultar els seus veritables fins.
- Els **requisits que exigeix l'associació il·lícita** de l'art. 515 CP es recullen, entre d'altres, en STS de 19 de gener de 2007:
 - Ha de tractar-se d'una pluralitat de persones associades per dur a terme una activitat determinada.
 - Cal apreciar l'existència d'una organització més o menys complexa en funció del tipus d'activitat prevista.
 - Consistència o permanència; en el sentit que l'acord associatiu ha de ser durador (exclusió de la transitorietat).
 - La finalitat de l'associació ha de correspondre's amb els elements que conté l'art. 515.4 CP (abans 515.5 CP): discriminació, odi o violència contra persones o grups per raó de qualsevol condició o circumstància personal, ètnica o social.
 - En atenció als seus **components**, cal fer la distinció següent (STS de 19 de gener de 2007 amb relació a l'art. 517.2 CP):
 - Membres actius: aquells la participació dels quals en les activitats de l'associació va més enllà de la mera pertinença a l'associació.
 - Directors o presidents: aquells que fan tasques orgàniques i exerceixen càrrecs dirigits i de responsabilitat al si de l'associació.

- La **distinció respecte de la coautoria** és clara, ja que s'hi requereix una permanència mínima, tot i que no cal arribar al nivell d'una organització estable i hi pot córrer en supòsits d'una organització constituïda per a una operació específica (STS de 16 de juliol de 2001).

5.8.1. Relació concursal entre organització criminal i associació il·lícita. Grup criminal

D'acord amb l'art. 570 bis CP una organització criminal és *«l'agrupació formada per més de dues persones amb caràcter estable o per un temps indefinit, que de manera concertada i coordinada es reparteixin diverses tasques o funcions amb la finalitat de cometre delictes, així com de portar a terme la perpetració reiterada de faltes.»*

Segons STS de 25 de maig de 2010, de 16 de desembre de 2013 i de 9 de juliol de 2009, són exigències típiques d'una organització criminal:

- una pluralitat de subjectes (tres persones o més);
- l'existència d'una organització (que no té per què respondre a un esquema jeràrquic i pot ser horitzontal);
- amb vocació de permanència;
- una funcionalitat vinculada a la realització d'una seqüència d'accions criminals.

Per la seva banda, l'art. 570 ter CP exposa que un grup criminal és *«la unió de més de dues persones que, sense reunir alguna o algunes de les característiques de l'organització criminal que defineix l'article anterior, tingui per finalitat o per objecte perpetrar delictes de manera concertada»*. Si es connecten els continguts dels art. 570 bis i 570 ter, cal concloure que no hi ha una definició positiva del grup criminal: si es produeix l'absència d'algun dels elements que configura l'organització criminal, estem davant d'un grup criminal.

La coexistència del delictes d'associació il·lícita amb el delictes d'organització criminal planteja un conflicte de normes quan el supòsit examinat pugui ser qualificat simultàniament d'acord amb el que preveuen els art. 515.1 i 570 bis CP, és a dir, en el supòsit d'associacions il·lícites l'objecte exclusiu i finalitat directa de les quals sigui la comissió d'il·lícits penals, supòsit que coincideix amb els elements que configuren el tipus d'organització criminal que preveu l'art. 570 bis. Aquesta qüestió no es planteja respecte al grup criminal de l'art. 570 ter CP,

atès que la doctrina jurisprudencial que s'ha desenvolupat entorn del tipus d'associació il·lícita exigeix la concurrència de les notes d'existència d'estructura organitzativa i de permanència o consistència de l'acord associatiu, que ha de ser durador; i no purament transitori, per tal d'apreciar-hi l'existència d'associació il·lícita; per tant, no es pot aplicar l'art. 515.1 si no hi concorre algun d'aquests elements, i sí que es pot aplicar el tipus de l'art. 570 ter CP.

Amb relació a la resta dels supòsits d'associació il·lícita que tipifica l'art. 515 CP, entre els quals el de les associacions il·lícites que promouen a la discriminació, l'odi o la violència contra persones, grups o associacions, és a dir, supòsits d'associacions il·lícites la finalitat originària i directa de les quals no és la comissió de delictes, ni s'han constituït especialment amb aquesta finalitat, cal considerar que aquestes conductes delictives presenten característiques diferents a les que configuren el tipus d'organització criminal de l'art. 570 bis CP. En cada supòsit concret cal valorar, doncs, les circumstàncies concurrents per tal d'apreciar l'existència dels elements definidors d'un o altre tipus penal, el que preveu l'art. 570 bis o els que recull l'art. 515 amb relació a l'art. 517 CP.

El legislador ha previst en l'art. 570 quater 2 in fine CP que *«[e]n tot cas, quan les conductes que preveuen els articles estiguin compreses en un altre precepte d'aquest Codi, és aplicable el que disposa la regla 4a de l'article 8»*.

L'aplicació del criteri d'alternativitat és la solució per la qual opta la circular 2/2011 de la Fiscalia General de l'Estat per resoldre el conflicte de normes. De conformitat amb el que disposa l'art. 570 quater CP, resulta justificada de conformitat amb els principis de proporcionalitat i de congruència de la pena resultant després de la resolució del concurs, ja que l'aplicació preferent del criteri d'especialitat enfront del d'alternativitat menaria a privilegiar amb una penalitat menor aquelles agrupacions que tinguin una certa formalitat associativa, amb independència de la gravetat dels delictes que persegueixin, la qual cosa comportaria la conseqüència absurda que es premiaria el desvalor més gran de la conducta criminal que suposa la utilització d'una aparença de legalitat, que normalment serà un factor que afavoreixi el desenvolupament dels fins delictius de l'organització.

Tal com exposa la STS de 12 de desembre de 2013, l'associació il·lícita per cometre un delicte discriminatori de l'art. 515 CP actua com a **tipus residual** respecte de les figures més específiques de l'organització criminal i del grup criminal a què es refereixen els art. 570 bis a 570 quater CP. En aquest sentit, cal fer referència a la STS de 2 de juliol de 2012, que indica (després que els art. 570 bis a 570 quater

tipifiquessin les organitzacions i grups criminals) que «la introducció en el Codi penal dels nous articles del Capítol VI del títol XXII del llibre II (“De les organitzacions i grups criminals”) comporta la reinterpretació dels paràmetres de l’art. 515 CP, fent prevaler la seva consideració d’agrupacions estables que intentin atemptar contra el bé jurídic protegit per aquest delictes; no podent conceptuar-se en una organització criminal la ideació i combinació de funcions entre diversos participants per a la comissió d’un sol delictes».

5.8.2. *Jurisprudència destacable*

STS de 10 de maig de 2011, cas *skinheads Blood & Honour España*

Fets:

- L’associació cultural Blood & Honour es constituïa com la facció espanyola d’una associació amb el mateix nom creada al Regne Unit l’any 1987, que s’engloba dins el moviment *skinhead* (caps rapats) nacionalsocialistes (NS), i els membres de la qual es distingien per dur una vestimenta paramilitar o de camuflatge, amb predomini del negre, botes de combat i caçadores *bomber*. La utilització com a anagrama distintiu de l’emblema de la 3a SS Panzer Divisió Totenkopf de l’Alemanya nazi, consistent en una calavera, així com de les creus celtes i esvàstica, i de les runes.
- Des del punt de vista de l’ideari, el moviment *skinhead* NS enllaça directament amb el nacionalsocialisme de l’Alemanya hitleriana amb una devoció absoluta envers qui en va ser el màxim representant, promovent tant la superioritat de la raça ària, entesa com a raça blanca, com la inferioritat de les altres races i en particular del mestissatge, i també el rebuig fòbic i la violència envers els immigrants, i la maldat intrínseca de la raça jueva a la qual es presenta com l’enemic invisible que ha de ser combatut, negant activament la comissió del genocidi jueu per part del III Reich alemany.
- L’associació Blood & Honour España confeccionava i distribuïa, mitjançant la venda, una revista que pretenia ser bimensual i constituir-se en el mitjà de difusió i promoció de la ideologia *skinhead* nacionalsocialista, i venia organitzant des del primer moment concerts i diferents esde-

veniments a fi d'obtenir la divulgació de la seva ideologia, i també ingressos, procedents de les entrades i de la venda de tot un marxandatge vinculat amb l'associació o amb l'imaginari nacionalsocialista, com ara tovalloles, caçadores, dessuadores, samarretes, gerres de cervesa, carteres, etc., amb l'anagrama Blood & Honour España, la frase «*Heil Hitler*», la imatge d'Adolf Hitler o de Rudolf Hess, les anomenades 14 paraules o signes gràfics referents a la seva ideologia, com ara runes, llibres de contingut nacionalsocialista o que negaven l'Holocaust jueu durant la Segona Guerra Mundial; tot aquest material també es distribuïa a través d'Internet o dels apartats de correus de què disposava l'associació.

- En els concerts intervenien grups de música Oi! i RAC, corresponent aquesta última a *Rock Against Communism* (Rock Contra el Comunisme o Rock Anticomunista), corrent musical nascut a l'empara de la formació política Nacional Front, que reunia un ampli aspecte de nacional-socialistes anglesos, i amb les lletres que es caracteritzen per incloure referències a les ideologies nacionalsocialista, feixista i racista amb incitació explícita a la violència contra els immigrants o els jueus, i també es venien discos amb aquesta música.

Condemna per delicte d'associació il·lícita de l'art. 515.5 en relació amb l'art. 517.2 CP.

Fonaments jurídics:

- Es promou tota una activitat sistemàtica i planificada, a l'empara o recer d'una forma associativa i sota l'aparença d'un discurs artístic i intel·lectual antiglobalització, amb la qual es pretén glorificar els botxins i justificar els seus fets, defensant activament la superioritat de la raça blanca, que substituïria la raça ària, enfront de les altres races que, simplement per això, són inferiors i han de ser menyspreades i fins i tot objecte de violència física per a la seva expulsió del territori europeu, de tal manera que a l'enemic sionista, que es manté com a herència del pensament nacionalsocialista, s'hi suma el treballador immigrant, causa de tots els mals i que ha de ser exterminat fins a l'anihilació.

- No es tracta d'establir una democràcia militant, que imposi no el respecte sinó l'adhesió positiva a l'ordenament jurídic, i en primer lloc a la Constitució, STC 48/2003, de 12 de març, però sí d'excloure de la garantia que suposa l'art. 20.1 de la CE un pretès dret a expressar i difondre una manera determinada d'entendre la història o concebre el món amb l'ànim deliberat de menysprear i discriminar, al temps que formula, persones o grups per raó de qualsevol condició o circumstància personal, ètnica o social, que violen un dels valors superiors de l'ordenament jurídic, com és la igualtat, i un dels fonaments de l'ordre polític i de la pau social, la dignitat de la persona, STC 214/1991, d'11 de novembre.

STS de 12 d'abril de 2011, cas llibreria Kalki

- **Absolució:** per entendre que no s'acredita que hi hagués una estructura, personal i mitjans que permetessin als acusats orientar realment la seva activitat a la realització d'actes concrets de promoció de la discriminació (és a dir, no solament no es pot deduir que la seva ideologia és discriminatòria, sinó tampoc que s'organitzessin per promoure aquesta discriminació, atès que no es descriu una organització estructurada amb mitjans que permetin transformar l'orientació ideològica en promoció de la discriminació).
- **Vot particular del magistrat Sr. Martínez Arrieta:** la conformació penal de l'associació no exigeix una estructura i una organització molt complexes, n'hi ha prou amb l'agrupament de diverses persones que es diferenciï de la individualitat dels membres que el conformen; i tampoc no cal que la banda es mogui en un espai geogràfic ampli (cita de STS de 23 de gener de 2002; de 23 d'octubre de 2006; i de 27 de juny de 2007).

STS de 28 de desembre de 2011, cas Hammerskin

- **Supòsit:** associació anomenada Hammerskin España, d'ideologia nacionalsocialista, que organitza concerts de música en què intervenen grups que canten cançons les lletres de les quals reflecteixen la ideologia esmentada, amb distribució de discos i publicacions. Les lletres d'aquestes

cançons tenen com a tema la supremacia de l'home blanc, en contra del comunisme i el sionisme financer, lluita contra la immigració, la lluita fins a la mort, a semblança de la Divisió Azul, la defensa de la raça ària, la fidelitat a la raça europea, l'enfrontament a la policia, el poder blanc, en contra del mestissatge racial amb el lema del Ku Klux Klan: *«Hem d'assegurar l'existència de la nostra raça i un futur per als nens blancs»* (el que es coneix com les 14 paraules), l'odi contra el sistema o –amb relació a la penúltima cançó– amb un clar contingut violent contra anarquistes i comunistes i que anima a fer esport, entès com posar un *sharp* contra el terra i apallissar-lo amb les botes i els tirants. L'última cançó citada és l'himne de HSE que comença amb les paraules *«és la fúria del passat, l'orgull d'allò oblidat, el poder de la raça, dos martells i a la caça»*.

- **Fets provats:** *«L'associació anomenada Hammerskin Espanya (HSE) la qual no està constituïda legalment, i els components de la qual participen de la ideologia nacional-socialista, creient en la supremacia de la raça blanca i en la discriminació, en conseqüència, d'altres persones per raó de raça, orientació sexual, i nacionalitat, pel qual la seva finalitat és estendre l'odi i la violència com a conseqüència de l'homofòbia, xenofòbia i antisionisme que senten, propagant aquests sentiments entre altres persones a través de la realització de concerts de música en què intervenen grups que canten cançons les lletres de les quals reflecteixen la ideologia esmentada i amb la distribució de publicacions i discs que contenen i difonen aquestes idees [...]*
[...] Per a la propagació de les seves idees consistents en la supremacia de la raça blanca i en la discriminació, en conseqüència, per raó de raça, orientació sexual, i nacionalitat, impulsant amb això l'odi i la violència com a conseqüència de l'homofòbia, xenofòbia i antisemitisme, que comporta la seva ideologia, Hammerskin España té diferents mitjans de difusió, entre els quals hi ha en primer lloc la celebració de concerts de música amb l'actuació de grups que a través de les seves cançons transmeten les idees referides, entre els quals destaca el grup Odal [...] Aquest grup canta cançons amb un clar contingut discriminatori xenòfob i racista, sent un mitjà idoni per a la difusió de les idees de l'organització entre altres persones i per encoratjar-hi sentiments d'odi i de violència [...]

[...] En aquests concerts es produeix pels membres de l'organització la venda als assistents dels productes realitzats per, a més d'obtenir diners per al finançament de l'associació, fer-ne, difondre les seves idees i aconseguir la captació de nous membres, com ara samarretes o altres peces amb símbols de Hammerskin España, d'altres organitzacions anàlogues, dels grups que actuen en els concerts, o de simbologia o lemes de caràcter nazi o racista, CD dels grups musicals o publicacions de l'organització o d'algunes de les denominades "supporters" [...].»

— **Condemna** per delicte d'associació il·lícita de l'art. 515.5 en relació amb l'art. 517.1 CP.

— **Raonaments:**

- Es tracta d'una associació semblant en tot a la que va ser objecte de la STS 372/2011, de 10 de maig, Skin Heads Blood and Honour España, que promou l'odi o la violència, o hi incita.
- És tan palès el «discurs de l'odi» que predica HSE que fins i tot el terme odi apareix proclamat escrit en els artells de la mà d'un dels seus membres.
- Els documents, banderes i altres efectes ocupats en els domicilis dels acusats són explícits en l'enaltiment de la doctrina nacionalsocialista i promouen el racisme i la xenofòbia.

SAP Barcelona de 20 de març de 2014, que confirma la sentència condemnatòria del Jutjat Penal núm. 1 de Vilanova i la Geltrú de 13 de juliol de 2013

— **Fets:** l'Associació Frente Joven Obrero, amb pàgina web on apareixen fotografies que reflecteixen la ideologia nazi del grup i la seva pertinença al col·lectiu *skinhead*, rebutja la immigració i el multiculturalisme, i culpabilitza els immigrants de llevar l'habitatge i la feina als joves espanyols, ser portadors de delinqüència i droga i constituir un perill per a la integritat de la nació. S'hi mostren pasquins amb eslògans com ara «*Els carrers ens pertanyen*», «*Europa blanca*», «*Zona protegida per skinheads, tothom que no sigui bon ciutadà espanyol serà condemnat a abandonar la ciutat*», «*Fora latin kings*», «*Stop immigració*», «*Contra el separatisme, contra la immigració, contra el capitalisme*». Es projecten videocomposicions amb el seu logo on

s'emeten missatges a través de cançons i imatges que inciten a l'odi i a la violència contra els immigrants: «*una bala al teu cap i un puto negre menys*», «*jo odio el latin king, t'escupo a la cara*»; es fan exercicis de defensa en què s'exhibeixen diversos tipus d'armes i emblemes del nazisme, esvàstiques i creus cèltiques.

— **Raonaments:**

- Es distingeix entre el discurs de l'odi i el discurs ofensiu o impopular (dels quals només l'últim està protegit per la llibertat d'expressió, STEDH 97/1999). L'art. 20 CE no garanteix el dret a expressar i difondre una determinada forma d'entendre la història o de concebre el món amb l'ànim deliberat de menysprear i discriminar persones o grups per raó de qualsevol condició o circumstància personal, ètnica o social (STC 214/1991, d'11 de desembre).
- Les postures que evidencien el genocidi nazi suposen una incitació racista (STC 214/1991, d'11 de novembre, i 13/2001, de 29 de gener).
- No cal que s'hagin executat actes de promoció, només cal que l'associació s'hi dediqui (promoure = iniciar, impulsar).
- No és il·lícita únicament l'associació que incita a la discriminació, sinó també la que simplement la promou (STS de 12 d'abril de 2011).
- És irrellevant que els vídeos hagin estat realitzats en la seva totalitat o no per membres de l'associació, ja que l'exhibició de les imatges promou la discriminació, l'odi o la violència independentment de la identitat de l'autor.
- No s'acull l'al·legació de la defensa referent que es tracta de vídeos penjats a Internet únicament per visionat propi, ja que: *a)* tant el web de l'associació com el web Youtube tenien caràcter públic i podien ser visitades per multitud de persones, i *b)* al web de l'associació s'inclouïa un fòrum sense limitació quant a la seva inscripció o registre, la qual cosa l'equiparava, a un fòrum d'accés públic.
- Era coneguda l'existència d'un apartat al web de l'associació on s'inclouïen cartells i pasquins que els usuaris del web podien descarregar i distribuir (amb eslògans com ara «*Europa blanca*», «*Stop immigració*», «*Zona protegida per skinheads*», «*Tothom que no sigui bon ciutadà espanyol serà condemnat a abandonar la ciutat*» i similars) amb activitat de propaganda.

- Es condemna un dels acusats que va signar l'acta de constitució de l'associació, tot i que en l'última època amb prou feines mantenia contacte amb la resta de membres, ja que l'art. 517.1 CP castiga els fundadors de l'associació il·lícita.
 - La conducta que es considera punible és la pertinença a l'associació il·lícita, amb independència de les conductes delictives que l'associació o cadascun dels seus membres de manera individual puguin cometre, ja que es tracta d'un delictes de perill que tracta d'arbitrar una tutela anticipada davant eventuais lesions de béns jurídics (menció a la STS de 19 de gener de 2007).
- **Criteris de determinació de la pena:**
- Temps durant el qual va perdurar l'associació (dos anys).
 - La publicitat que va aconseguir de les seves idees, que va arribar a ser d'escala nacional a la vista dels participants en el fòrum del web de l'associació.

SAP Barcelona de 23 de febrer de 2015, banda White Rebels Barcelona (WRB)

- **Supòsit:**
- Banda integrada per joves *skinheads* d'ideologia nacionalsocialista, la composició de la qual era variable, amb vocació de permanència.
 - La banda es confrontava amb grups ideològicament rivals; buscava objectius seleccionats pel seu origen, raça, ètnia o orientació sexual; difonia proclames de caràcter ofensiu i vexatori contra musulmans, jueus, immigrants i afrodescendents, entre altres minories, i en defensa de la supremacia de la raça ària sobre les altres; i es dirigia a crear entre la població sentiments d'hostilitat, animadversió, agressivitat i tracte desigual injustificat contra aquests col·lectius.
 - Ús de la violència per aconseguir els objectius de la banda.
 - Són confiscats, en poder d'un dels seus membres, documents que estableixen els principis d'acció i donen pautes per a la creació i organització del grup, com també criteris de comportament i mètode de selecció dels candidats per formar-ne part.
 - És confiscat també un document en què es programa una activitat en suport del llibreter Pedro Varela

(empresonat per la difusió d'idees que justifiquen el genocidi).

- Entre les activitats marcades es trobaven actes d'atac a botigues d'immigrants o centres de culte com ara sinagogues, i les «nits de caça» o «caceres» (agressions contra persones a les quals consideren rivals o enemics), amb ús d'armes blanques i instruments perillosos confiscats en els domicilis dels acusats.
 - Membres del grup van agredir un exmembre que va decidir abandonar-lo i freqüentar persones d'ideologia contrària, amb amenaces en persona i a les xarxes socials; i van agredir també a una persona que va anar a ajudar-lo en el moment de ser copejat.
- **Decisió:** condemna per diversos tipus penals:
- Delicte d'associació il·lícita dels art. 515.5 i 517.1 CP en concurs de normes amb l'art. 570 bis CP, resolt d'acord amb l'art. 8.1 CP en relació amb l'art. 570 quater 2 in fine CP (és a dir, amb aplicació de les normes de l'art. 515.5 CP).
 - Delicte comès amb motiu de l'exercici dels drets fonamentals i les llibertats públiques garantits per la Constitució en la modalitat de provocació a la discriminació, l'odi o la violència de l'art. 510.1 CP.
 - Delicte de lesions dels art. 147 i 148 CP, amb concurrència de l'agreujant d'abús de superioritat de l'art. 22.2 CP i de discriminació per motius ideològics de l'art. 22.4 CP, i falta de lesions de l'art. 617.1 CP.
 - Delicte de tinença d'armes prohibides de l'art. 563 CP.
 - Delicte d'amenaces de l'art. 169.1.2 CP, amb concurrència de l'agreujant d'abús de superioritat de l'art. 22.2 CP i de discriminació per motius ideològics de l'art. 22.4 CP.

5.9. Delictes que afecten els sentiments religiosos (art. 522-526 CP)

El **marc constitucional** que es projecta com a base dels tipus penals que preveuen els art. 522-526 CP i que es poden englobar dins el concepte de *delictes que afecten els sentiments religiosos* es correspon amb els art. 16.1 CE i 20.1 CE:

- Art. 16.1 CE: garanteix la llibertat ideològica, religiosa i de culte dels individus i les comunitats sense altra limitació en les seves manifestacions que les necessàries per al manteniment de l'ordre públic protegit per la llei.
- Art. 20.1 CE: recull el dret a la llibertat d'expressió, en virtut del qual una persona té dret a no compartir les creences religioses que els altres poden tenir i a discrepar-ne.

Per fer **efectiva** la protecció que conté l'art. 16 CE, els art. 522-526 CP tipifiquen **dues categories diferents de delicte**:

- Delictes contra els sentiments religiosos (imposició violenta d'actuacions que impedeixen o obliguen a la pràctica religiosa, o pertorbació violenta d'actes de culte o altres manifestacions) (art. 522 i 523 CP).
- Conductes de profanació religiosa o escarni (art. 524 i 525 CP).

5.9.1. Delictes contra els sentiments religiosos (art. 522 i 523 CP)

L'**art. 522 CP** castiga dos supòsits:

- «1r. Els qui per mitjà de violència, intimidació, força o qualsevol altre constrenyiment il·legítim impedeixen a un membre o uns membres d'una confessió religiosa practicar els actes propis de les creences que professin, o assistir-hi.»
- «2n. Els qui pels mateixos mitjans forcin a altri a practicar actes de culte o ritus o a concórrer-hi, o a realitzar actes reveladors de professar o no professar una religió, o a mudar la que professin.»

Bé jurídic protegit: en aquest àmbit cal distingir dos béns jurídics diferents, de manera que, directament, el que el tipus penal protegeix és la llibertat individual de consciència; i, indirectament, està tutelant la institució religiosa a la qual l'individu pertany (en tant que el fet religiós és un fenomen comunitari i institucionalitzat).

Elements del tipus penal: des de la perspectiva del tipus objectiu, el punt de connexió de totes les accions que el precepte preveu el trobem en l'ús de la violència física o moral, i se n'hi poden distingir tres variants:

- L'ús de la violència física o moral per impedir a un membre d'una confessió religiosa practicar o assistir a actes propis de les creences que professa.
- L'ús de la violència física o moral per forçar altres a practicar o assistir a actes de culte o a dur a terme actes reveladors de professar o no professar una religió.
- L'ús de la violència física o moral per forçar altres a canviar la religió que professen.

Pel que fa al **tipus subjectiu**, es tracta d'un delicte dolós que accepta el dol en totes les seves modalitats, excloent-ne la imprudència.

Característiques

- La confessió religiosa que conté el precepte, perquè el precepte s'hi hagi d'aplicar, no exigeix la inscripció en el registre públic creat per l'art. 5 de la Llei de llibertat religiosa.
- En el supòsit que es cometi el delicte contra una pluralitat de persones amb una mateixa acció, no es distingeixen tants delictes com persones lesionades en la seva llibertat de consciència hi hagi; només se'n pot considerar un.
- Es tracta d'un supòsit específic i privilegiat de coaccions, que dóna lloc a un concurs de lleis per criteri d'especialitat de l'art. 8 CP.

L'**art. 523 CP** preveu la interrupció o pertorbació d'actes, funcions, cerimònies o manifestacions religioses: *«El qui amb violència, amenaça, tumult o vies de fet, impedeixi, interrompi o pertorbi els actes, funcions, cerimònies o manifestacions de les confessions religioses inscrites en el corresponent registre públic del Ministeri de Justícia i Interior.»*

Bé jurídic protegit: el tipus penal de l'art. 523 CP tutela tant la llibertat religiosa dels individus com la llibertat religiosa de les confessions, si bé amb la característica que el precepte no cobreix el supòsit de confessions religioses no inscrites en el registre públic.

Elements del tipus: el **tipus objectiu** estaria cobert per totes aquelles accions enfocades a impedir, interrompre i pertorbar determinats actes religiosos de les confessions que gaudeixin de protecció penal.

La interrupció no ha de ser momentània i la pertorbació ha d'assolir un nivell notori de transcendència, i les *«manifestacions»* a què es refereix el precepte poden correspondre's amb processons i altres cerimònies estrictament religioses que se celebren a la via pública.

Amb relació al tipus subjectiu, es tracta d'un delictes dolós que accepta el dol en totes les seves modalitats, excloent-ne la imprudència.

Penalitat

- La pena és més greu –de presó– si l'acció es comet en un lloc de culte que en els altres casos –de multa.
- No s'especifica si s'exclouen del concepte «*lloc de culte*» els que no tinguin caràcter permanent, i d'acord amb la STC de 15 de febrer de 2001 cal interpretar que una de les manifestacions essencials de la llibertat religiosa és la determinació dels llocs de culte.

Problemes concursals: s'aprecia una relació d'especialitat amb l'art. 559 CP (precepte que sanciona l'acció de pertorbació greu de l'ordre públic amb la finalitat d'impedir algú exercir els seus drets cívics); l'art. 169.2 CP (tipus penal que recull l'amenaça no condicional); i l'art. 172 CP (que castiga qui actua per impedir a un altre amb violència allò que la llei no prohibeix).

5.9.2. *Conductes de profanació religiosa o escarni (art. 524 i 525 CP)*

L'art. 524 CP tipifica l'activitat de profanació, i castiga qui: «*en un temple, un lloc destinat al culte o en cerimònies religioses executi actes de profanació en ofensa dels sentiments religiosos legalment tutelats.*»

Bé jurídic protegit: el tipus penal tutela els sentiments religiosos, i un acte de profanació executat en la intimitat o en secret és atípic per falta d'idoneïtat per ofendre sentiments religiosos d'altres.

Elements del tipus penal

El **tipus objectiu** de l'art. 524 CP està integrat per tres elements:

- Cal que s'hi executin actes de profanació (interpretant el verb *profanar* com tractar una cosa sagrada sense el degut respecte o aplicar-la a usos aliens a aquell per al qual va ser creada).
- Aquests actes han de ser executats en el temple, en lloc destinat al culte o en cerimònies religioses; si bé pot ser

aplicat si es tracta d'una cerimònia religiosa celebrada en algun emplaçament que no sigui un temple.

- Els actes han de ser idonis per ofendre i objectivament greus, i no és necessari per a la consumació del delictes que s'hagin vist efectivament lesionats els sentiments d'alguna persona o d'una col·lectivitat.

Des del punt de vista del **tipus subjectiu**, ens trobem davant d'un tipus dolós, que inclou l'ànim d'ofendre els sentiments religiosos (STS de 25 de març de 1993).

Problemes concursals

- Si després de l'acte de profanació es du a terme una acció d'apoderament de la cosa sagrada, cal apreciar-hi un concurs real amb el delictes de robatori o furt que constitueixi la sostracció.
- En el cas que la cosa sagrada sigui destruïda o deteriorada amb l'acte de profanació, entra en joc la figura del concurs ideal amb un delictes de danys.
- Si el delictes de profanació és comès durant un acte o cerimònia religiosa que s'interromp o es pertorba, s'hi poden aplicar les normes de concurs (normalment ideal) amb els delictes que preveuen els art. 523 i 524 CP.

L'**art. 525 CP** tipifica penalment l'ofensa dels sentiments dels membres d'una religió o l'escarni dels qui no professen cap religió o creença. Es castiguen dos supòsits diferents en el precepte: *1r. Escarni públic, de paraula, per escrit o mitjançant qualsevol tipus de document, dels dogmes, creences, ritus o cerimònies, o que vexin públicament als qui els professin o practiquen, per ofendre els sentiments d'una confessió religiosa. 2n. Escarni públic, de paraula o per escrit, dels qui no professen cap religió o creença.*

Bé jurídic protegit: la noma està tutelant d'una manera directa la llibertat de consciència en l'àmbit religiós i, indirectament, també protegeix la dignitat de les confessions religioses, així com els sentiments de les persones que no professen cap religió.

Elements del tipus penal:

L'acció compresa en el **tipus objectiu** permet distingir-ne tres modalitats:

- Escarni del que professa una religió (escarni entès com la mofa, la burla o la ridiculització per ofendre un altre).
 - L'escarni ha de tenir per objecte dogmes, creences, ritus o cerimònies d'una confessió religiosa.
 - L'acció ha de realitzar-se públicament (ha de tenir, per tant, transcendència) encara que no sigui en un lloc sacre.
- Acció vexatòria envers qui professa una religió (en el sentit de tracte molest i perjudicial): l'acció ha de ser pública encara que no sigui en un lloc sacre. Els destinataris de l'acció es caracteritzen per la seva condició de membres o practicants d'una confessió religiosa.
- Escarni públic de qui no professa cap religió.

Amb relació al **tipus subjectiu**, aquest és dolós, amb la presència necessària d'un *animus iniuriandi*.

Problemes concursals

- En el cas que l'escarni o l'acció vexatòria constitueixi al seu torn una injúria, s'aprecia una concurrència normativa amb el delicte d'injúries que es resol amb l'aplicació de l'art. 525 CP en virtut del principi d'especialitat.
- Si es tracta del cas en què l'acció vexatòria va acompanyada d'una agressió, el delicte que estigui constituït per l'agressió concorre en concurs real amb el delicte de l'art. 525 CP.

5.9.3. Jurisprudència destacable

STS de 25 de març de 1993

Confirma la sentència absolutòria entenent que no hi concorre el tipus penal en el supòsit de l'emissió en un programa de televisió musical d'un vídeo on apareixia la figura d'un crucificat amb el cap d'un moltó, i s'argumenta que en la conducta falta la intenció d'ofendre, i que la finalitat de l'emissió és donar a conèixer tendències musicals d'avantguarda.

SAP Valladolid de 21 d'octubre de 2005

No hi concorre si la finalitat de l'acció jutjada és expressar una opinió discrepant amb una creença religiosa: persona que passeja

amb la fotografia de la Mare de Déu i Jesucrist amb la llegenda «*adúltera i bastard*», que explica als transeünts que discrepa del dogma de la virginitat de Maria (la conducta és qualificada d'«*extravagant*», però sense intenció de lesionar sentiments religiosos aliens).

IAP Valladolid de 9 de juny de 2011

Confirmada pel TS: no concorre en l'obra *La revelació* de Leo Bassi en què el còmic es disfressava de Papa telepredicador («*no creure en els dogmes d'una religió i manifestar-ho públicament entra dins de la llibertat ideològica i d'expressió*»). *S'interpreta que s'imita el Papa de l'Església Catòlica, parodiant-lo però sense que contingui elements denigrants o humiliants*

IAP Madrid de 26 de juny de 2007

No hi concorre en el programa de televisió que informa sobre els dogmes de fe d'una creença religiosa, i d'aspectes adjacents com ara el seu finançament.

SJP núm. 8 Madrid de 8 de juny de 2012

No hi concorre en el programa de televisió que va emetre un fragment d'un curtmetratge realitzat per Javier Krahe (*La cristofagia*) en el qual una persona manipula un crucifix, separa la imatge de Crist de la creu, posa la imatge en una plata amb llit de patates, l'unta de mantega i la introdueix en el forn; amb un diàleg entre Javier Krahe i el presentador del programa en què es descriu la situació. Raonaments de l'absolució:

Es tracta de l'emissió d'un programa d'entreteniment, desvinculat de qualsevol pràctica religiosa i que no s'adreça específicament als fidels d'una confessió, sinó al públic en general.

La intenció era tractar la publicació d'un producte discogràfic que la productora va considerar un tema d'actualitat.

Les imatges i opinions no tenen el sentit ofensiu que exigeix el tipus penal, es tracta de l'ús de la sàtira com a recurs artístic per fer crítica social i mostrar l'oposició de l'autor a determinats models. El sentit del curtmetratge és satíric, provocador i crític, però no té la naturalesa de burla tenaç que constitueix l'escarni.

5.9.4. Resolucions destacables amb relació a la llibertat religiosa quan entra en contradicció amb altres drets i llibertats

STEDH d'1 de juliol de 2014 (cas SAS contra França, demanda contra l'Estat de França per la llei de prohibició d'ús del burca i el nicab als espais públics)

Segons la sentència, la llei francesa no vulnera els art. 8 (dret al respecte a la privacitat), 9 (dret al respecte a la llibertat de pensament o religió) ni 14 (prohibició de discriminació) de la Convenció Europea de Drets Humans.

Arguments:

- La finalitat de la llei francesa és el respecte a la convivència comuna (el vel integral impedeix la interacció entre les persones).
- L'Estat francès té un marge d'apreciació ampli per aplicar la norma (la sanció adoptada està entre les més lleugeres que podien considerar-se, ja que es tracta d'una multa de 150 euros com a màxim, amb la possibilitat que el jutge decideixi que s'hagi de fer un curs de ciutadania juntament amb la multa o en substitució de la multa).
- Altres STEDH anteriors que declaren la legalitat de normes que afecten elements religiosos:
 - Cobriment del cap amb un mocador en institucions educatives de Turquia (STEDH 46/2004).
 - Obligació de retirar un element de vestimenta amb connotació religiosa en un control de seguretat (ST d'11 de gener de 2005, Phull contra França).
 - Obligació d'aparèixer amb el cap descobert a la foto d'identificació destinada a documents oficials (STEDH d'11 de juny de 2007, Mann Singh contra França).
- Posicions diverses enfront de la postura de prohibició general de l'ús del burca o nicab:
 - Opinió de Thomas Hammaberg –excomissionat de Drets Humans en el Consell d'Europa– (*Derechos humanos en Europa: la complacencia no tiene lugar*, Edicions del Consell d'Europa, 2011 p. 44-48): la prohibició pot agreujar l'alienació de dones oprimides a les societats europees i no es correspon amb els valors europeus (diàleg multicultural i respecte als drets humans).

- Recomanació núm. 5 de política general de l'ECRI, de 16 de març de 2000: es recomana als Estats membres en els quals les comunitats musulmanes estan assentades i viuen en una situació de minoria que assegurin que no siguin discriminades pel que fa a les circumstàncies en què organitzen i practiquen la seva religió.
- Assemblea Parlamentària del Consell d'Europa, Resolució 1743 (2010) i Recomanació 1927 (2010): les conseqüències de la prohibició poden ser el confinament de les dones a casa seva.
- La STS de 14 de febrer de 2013 anul·la la sentència del TSJ de Catalunya que va considerar ajustada a dret l'ordenança municipal de l'Ajuntament de Lleida que limitava o prohibia l'accés a espais o dependències municipals de servei públic a persones amb vel integral. Arguments: els drets fonamentals (en aquest cas, el dret relatiu a la llibertat d'expressió, religió i culte) només poden limitar-se mitjançant una llei; no es demostra que l'ús del vel integral afecti interessos de pau social, seguretat pública o ordre públic; no es pot limitar una llibertat constitucional basant-se en la suposició que les dones que usen el vel integral ho fan sota amenaça; i generaria una discriminació contra les dones que l'empren, la qual cosa és contrària a l'objectiu d'integració social dels immigrants.

STEDH20/09/94, cas de l'Associació Otto Preminger contra Àustria

Supòsit: l'associació austríaca Otto Preminger, que gestionava una sala de projeccions cinematogràfiques a Innsbruck, va anunciar als mitjans de comunicació que hi projectaria la pel·lícula *El concili de l'amor (Das Liebeskonzil)*, dirigida per Werner Schoeter, basada en una obra de teatre de la fi del s. XIX per la qual el seu autor, Oskar Panizza, va ser condemnat per delictes de blasfèmia. En la publicitat s'avançava un extracte de la pel·lícula en què s'indicava que no era apta per a menors de 16 anys; i s'advertia un caràcter agressiu contra els dogmes i les figures sagrades de l'Església catòlica: presentava el Déu cristià com un idiota senil i impotent, Jesucrist com un fill malcriat i la Mare de Déu com una descarada.

Decisió: es considera ajustada a la legalitat la decisió de l'autoritat judicial austríaca de segrestar i confiscar la pel·lícula entenent

que el dret a la llibertat d'expressió ha estat extralimitat en el seu exercici (el tribunal austríac precisa que la indignació és legítima quan procedeix d'un acte capaç d'ofendre els sentiments religiosos d'una persona normal amb una sensibilitat religiosa també normal). Vot particular de tres magistrats dissidents.

Raonaments:

- La llibertat d'expressió (art. 10 del Conveni Europeu de Drets Humans) empara la possibilitat de manifestar crítiques de confessions o dogmes religiosos, però hi ha l'obligació d'evitar tant com sigui possible l'ús gratuït d'expressions ofensives per als altres, atemptatòries dels seus drets i que, a més, no contribueixen de cap manera a enriquir el debat públic capaç d'afavorir el progrés en els assumptes propis del gènere humà.
- El respecte als sentiments religiosos dels creients (art. 9 del Conveni Europeu de Drets Humans, llibertat religiosa) ha estat violat per l'exhibició d'imatges profanadores d'objectes de veneració religiosa (imatges que són considerades com una *«malèvola violació de l'esperit de tolerància que ha de caracteritzar una societat democràtica»*).

STEDH de 4 de novembre de 2003, cas contra Turquia

Supòsit: l'autoritat judicial turca imposa al dirigent d'una secta islamista una pena de dos anys de privació de llibertat i una multa de 600.000 lliures turques per atacar, en un programa de debat d'una televisió privada, el sistema imposat a Turquia per Kemal Atatürk (el kemalisme, sistema polític instaurat el 1923 que fa de la laïcitat de l'Estat un principi constitucional decisiu) i defensar la pretensió d'instaurar un règim basat en la Xaria (la llei islàmica).

Decisió: s'aprecia una desproporció en la reacció de Turquia i s'estima que aquest Estat no hauria d'haver sancionat, de manera que Turquia va incomplir el compromís de respectar la llibertat d'expressió.

Raonaments:

- En l'emissió, unes opinions es contrapesaven amb les altres.
- La proposta d'introduir la Xaria no anava acompanyada de cap referència a l'ús de la força.

- El debat pluralista ha de permetre les veus diferents i dissidents.

ST de 13 de febrer de 2003, Refah Partisi (Partit de la Prosperitat) i altres contra Turquia

Supòsit: l'autoritat judicial turca imposa un sanció al Refah Partisi per haver declarat que tenia la intenció d'establir un sistema multijurídic i d'instaurar la llei islàmica, deixant planejar el dubte sobre la seva posició pel que fa a l'ús de la força per tal d'accedir al poder i de romandre-hi.

Decisió: es considera la sanció ajustada a la legalitat,

Raonaments:

- La sanció respon a una «*necessitat social imperiosa*».
- Tot i que el marge d'apreciació dels Estats ha de ser estret en matèria de dissolució de partits polítics, i que el pluralisme de les idees i dels partits és inherent a la democràcia, l'Estat implicat pot impedir la realització d'un projecte polític incompatible amb el Conveni Europeu per a la Protecció dels Drets Humans i les Llibertats Fonamentals, abans que sigui posat en pràctica mitjançant actes concrets que poden comprometre la pau civil i el règim democràtic al país.

STEDH de 3 de novembre de 2011, cas Lautsi contra Itàlia

Supòsit: demanda contra Itàlia per permetre que en una escola pública s'exhibeixi un crucifix.

Decisió: es condemna Itàlia per violació de l'art. 9 del Conveni Europeu de Drets Humans (llibertat de pensament, consciència i religió).

Raonaments:

- El CEDH garanteix tant la llibertat positiva com la negativa.
- Les aules han d'afavorir la tolerància i el pluralisme.
- Principi de neutralitat dels Estats: el deure de neutralitat i d'imparcialitat de l'Estat és incompatible amb qualsevol poder d'apreciació pel que fa a la legitimitat de les conviccions religioses o de les seves modalitats d'expressió.

STEDH de 23 de setembre de 2010, cas Schüth contra Alemanya

Supòsit: en aplicació dels principis fonamentals de l'Església catòlica, que consagra els llaços indissolubles del matrimoni, una paròquia catòlica acomiada la persona que té contractada com a organista i músic perquè es va separar de la seva esposa i dos anys després va tenir un nou fill amb una altra dona. L'autoritat judicial alemanya va considerar que l'acomiadament s'ajustava a la legalitat perquè la paròquia no podia continuar tenint contractat el treballador sense perdre la seva credibilitat pel que fa al caràcter obligatori de les seves prescripcions religioses i morals, i perquè la seva activitat estava en estreta relació amb la missió de proclamació de l'Església.

Decisió: el TEDH conclou que l'Estat alemany no va proporcionar al treballador la protecció necessària i es va violar l'art. 8 del Conveni (dret al respecte a la vida privada i familiar de cada persona); la llibertat de manifestar la seva religió o les seves conviccions no pot ser objecte de més restriccions que les que constitueixen legalment mesures necessàries en una societat democràtica per a la protecció dels drets i llibertats dels altres.

Raonaments:

- El treballador, en signar el contracte laboral, va acceptar un deure de lleialtat envers l'Església catòlica que limitava fins a cert punt el seu dret al respecte de la seva vida privada; aquestes limitacions contractuals estan autoritzades pel Conveni si són acceptades lliurement.
- No obstant això, no pot interpretar-se la signatura del contracte com un compromís personal de viure en abstinència en cas de separació o divorci, ja que aquesta interpretació afectaria el cor mateix del dret al respecte a la vida privada de la persona; a més, aquest treballador no estava sotmès a obligacions de lleialtat elevades.

STEDH de 27 de juny de 2000, cas Cha'are Shalom contra França

Supòsit: les autoritats franceses deneguen a una associació religiosa jueva ortodoxa un permís administratiu especial per accedir als escorxadors i fer sacrificis rituals d'animals d'acord amb les prescripcions de la seva religió.

Decisió: la mesura adoptada per les autoritats franceses no constitueix una interferència desproporcionada sobre el dret a la llibertat religiosa ni representa un tracte discriminatori envers l'associació religiosa.

Raonaments:

- El sacrifici ritual d'animals constitueix una manifestació essencial de la religió jueva.
- Es justifica els Estats estableixin condicions restrictives per a la concessió de permisos en aquesta matèria en aplicació dels principis que impedeixen causar sofriment innecessari als animals i l'interès general a mantenir un control sobre les condicions d'higiene en el processament de la carn.
- Els membres de l'associació religiosa poden obtenir fàcilment a França productes carnis certificats per una altra associació jueva ultraortodoxa ubicada a Bèlgica.

6. REFERÈNCIA ESPECIAL A LES VÍCTIMES

6.1. Una classe especial de víctimes?

Els delictes d'odi consisteixen a tenir una conducta definida legalment com a delicte mitjançant la qual l'autor expressa odi o discriminació envers un grup social. Una **característica essencial d'aquesta mena de delictes és que la víctima és seleccionada per l'autor com a conseqüència d'una adscripció social que la vincula a un grup determinat**. Aquesta adscripció, que deriva del seu origen nacional o ètnic o d'altres circumstàncies relacionades amb la seva identitat, com ara el gènere o l'orientació sexual, és la que converteix la víctima en un objectiu atractiu per a l'autor. La victimització, en tant que experiència sempre condicionada socialment, no pot ser compresa adequadament sense tenir en compte aquest element. Igualment, cal reconèixer que el **grup social** al qual, des de la percepció social que condiona la conducta de l'autor, està vinculada la víctima directa **és també destinatari del missatge discriminatori i pot considerar-se d'alguna manera víctima indirecta del fet**.

La investigació criminològica sobre els delictes d'odi ha assenyalat que un element intrínsec a aquesta experiència de victimització és el missatge intimidatori, per al qual les característiques individuals de la víctima no són rellevants en comparació del significat social que la víctima mateixa té. L'objecte de l'agressió per odi no és el que la víctima és individualment, sinó el que representa.²⁵⁸ Segons alguns enfocaments, les idees de jerarquia i dominació són inherents a la victimització per odi, atès que la violència s'exerceix com a expressió de l'actitud social hegemònica que perpetua la subordinació de certs grups i és una violència «*punitiva*» que fa la funció de recordar als

258. Vegeu en aquest sentit GARLAND, J., «Difficulties in defining hate crime victimization», *International Review of Victimology*, vol. 18 (1), 2011, p. 25-37.

membres d'aquests grups la posició que els correspon en la societat.²⁵⁹ Aquesta perspectiva ha estat discutida amb l'argument que respon a certes formes de victimització per odi, com la de caire racista, però que no s'adequa a la violència i els abusos que tenen com a objecte a persones amb discapacitat, ancianes o sense llar, en què el fet de ser seleccionades com a objectius d'accions delictives té a veure amb el fet mateix de la seva vulnerabilitat i que responen en més gran manera a la imatge social de la «víctima ideal».²⁶⁰

Segons posa de manifest la Fundació Rais,²⁶¹ dedicada a l'atenció a persones sense llar, cap delictes no és inofensiu per a qui el pateix, però una **característica diferencial dels delictes d'odi és que representen una manifestació clara del rebuig a la identitat de la víctima**. El missatge subjacent d'aquest tipus de delictes és que «*no ets digne o digna del meu respecte per qui ets o pel que representes*». Qui pot mantenir-se indiferent en vista d'aquest missatge? En aquest sentit, **els delictes d'odi generen més mal que un delictes de caràcter ordinaris i incrementen la sensació de vulnerabilitat, en la mesura que la víctima no pot fer gaire cosa per canviar la característica per la qual l'agressor ha decidit cometre el delictes**.

I afegeix aquesta fundació que més enllà dels danys de caràcter físic que potencialment poden provocar alguns tipus de delictes d'odi per la naturalesa de l'agressió, l'impacte més important té a veure amb les **conseqüències psicològiques d'aquests delictes**. En tot cas, no hem identificat cap estudi que hagi recollit informació sistemàtica sobre les conseqüències físiques d'aquest tipus de delictes, independentment del col·lectiu afectat. Els símptomes més habituals observats en persones que n'han patit són **ansietat, depressió i por que es torni a repetir**. Així, per exemple, els resultats d'una investigació duta a terme pel Leicester Centre for Hate Studies (Chakraborti, Garland i Hardy, 2014) posen de manifest que el 91% de les persones entrevistades víctimes d'algun delictes d'odi, per motius diferents, informaven que la por d'alguna manera havia afectat la seva qualitat de vida. De fet, van observar que un 46% de persones amb problemes de

259. Així PERRY, B., *The victims of hate crime*, Londres, Greenwood Publishing Group, 2009.

260. Vegeu GARLAND, «Difficulties in defining hate crime victimization», cit.

261. RAIS FUNDACIÓ, *Los delitos de odio contra las personas sin hogar*, Rais Fundació, 2015.

http://hatento.org/wp-content/uploads/2014/10/informe-diagnostico.pdf?utm_source=Empleados_RAIS_2015&utm_campaign=a7c0625835-informeHatento5_26_2015&utm_medium=email&utm_term=0_2c34d19c82-a7c0625835-103534249.

salut mental i un 38% de persones transgènere que havien estat víctimes de delictes d'odi havien tingut pensaments suïcides després de patir aquestes experiències.

Els delictes d'odi es caracteritzen per causar un impacte profund en la víctima, però no solament sobre la víctima immediata, sinó també sobre el grup amb el qual la víctima s'identifica, ja que suposen una amenaça dirigida a atemorir i acovardir el col·lectiu al qual pertany, i això afecta molt directament tant a la cohesió de la comunitat com a l'estabilitat social.

Cal distingir entre la victimització per odi i el risc de victimització inherent a uns grups socials determinats. Aquesta teorització parteix de la constatació que el risc de victimització no es distribueix de manera uniforme entre la població, sinó que hi ha circumstàncies com ara l'edat o l'estil de vida que determinen diferències rellevants. Les persones amb discapacitat i la població immigrant són dos col·lectius sobre els quals hi ha un risc diferencial de victimització, segons aprecia la investigació criminològica. Per això, aquestes persones són qualificades com a víctimes de risc. En una mesura menor s'ha detectat un risc diferencial en persones que pertanyen a certes minories ètniques o religioses, així com en la població homosexual masculina en certs àmbits, com ara l'escolar, el penitenciari o el militar.

Les **persones amb discapacitat psíquica o cognitiva** presenten un risc de victimització que se situa molt per sobre de la població general, fins al punt que alguns estudis indiquen que tenen entre quatre i deu vegades més probabilitats de victimització que la resta de persones. Les causes que s'apunten d'aquest risc tan elevat tenen a veure, segons alguns estudis, amb les relacions de dependència respecte dels cuidadors, les limitacions comunicatives o la conducta conformista, aspectes que no tenen relació amb la dinàmica dels delictes d'odi sinó amb el fet de ser objectius fàcils. Però hi ha estudis que vinculen el risc diferencial de victimització amb la motivació pròpia dels delictes d'odi. La victimització per odi pot afectar tant les persones amb discapacitat psíquica o cognitiva com les que estan afectades per una discapacitat física o sensorial.

A més de víctimes de risc, les persones amb discapacitat són especialment vulnerables pel que fa a la victimització. Respecte a les persones amb discapacitat psíquica o cognitiva cal superar els prejudicis pels quals es considera que són persones que tenen una capacitat de patiment psíquic menor. Per contra, s'ha arribat a constatar fins i tot que l'experiència de ser víctima pot tenir un impacte greu sobre el seu estat mental, amb manifestacions de depressió o ansietat que incideixen en la seva vida quotidiana i en la relació amb les persones del seu

entorn. Els sentiments d'indefensió i de pèrdua de confiança poden ser particularment negatius per a la vida social d'aquestes persones, atesa la dificultat que tenen per comunicar-se i demanar suport.

D'altra banda, diversos estudis han revelat que les **persones immigrants**, de manera especial les que presenten trets físics no europeus, són víctimes de més delictes contra béns jurídics personals que la població autòctona. L'Enquesta nacional de victimització dels EUA de 2006 va palesar diferències racials o ètniques en el delictes de robatori: si la mitjana de robatoris és de 2,9 per 1.000 habitants, en el cas de la minoria afroamericana la ràtio s'eleva a 3,8 i en els hispans a 4,9.²⁶² En aquesta i en altres enquestes s'ha constatat que la diferència augmenta a mesura que s'incrementa la distància cultural i racial amb la població majoritària del país receptor. L'elevat risc de victimització de les persones immigrants ha estat explicat pel fet que tenen un estatus jurídic diferenciat respecte al de la població nacional, o per factors relacionats amb l'estil de vida o per les seves característiques ètniques diferents a les de la majoria que fan més fàcil la seva identificació. Aquestes explicacions es veurien confirmarien pel fet que la victimització més gran es dona entre les persones que estan en una situació il·legal i entre els homes que fan més vida al carrer. Agressions, amenaces i vandalisme són els delictes que més solen cometre's per motius racistes.²⁶³

A Europa destaca l'Informe EU-MIDIS de 2009, promogut per la FRA, en el qual es va analitzar la discriminació i la victimització de diverses minories en vint-i-set Estats europeus, entre els quals hi ha Espanya. La mitjana de l'índex de victimització en tots els col·lectius que aquest estudi examina és del 24% en el període de dotze mesos, molt per sobre de la població autòctona, si es comparen aquests resultats amb els de les enquestes de victimització fetes als diferents països. Així, per exemple, l'última gran enquesta europea de victimització, feta el 2005 a divuit països mostrava una mitjana d'un 14%.²⁶⁴ En totes les tipologies delictives analitzades, el grup minoritari amb més prevalença és el subsaharià (el 33%), seguit de prop pel col·lectiu gitano (32%). Segons manifesten les víctimes, les agressions sovint tenen relació amb motius racistes. L'enquesta posa en relleu també el baix índex de denúncia. Entre el 57% i el 74% dels delictes d'agressions i amenaces no van ser denunciats a la policia, tot i que una gran part d'aquests fets

262. Vegeu KARMEN, A., *Crime victims. An introduction to Victimology*, Belmont, 7a ed., 2010.

263. Vegeu SALISBURY, H.; UPSON, A., *Ethnicity, victimization and worry about crime: findings from the 2001/02 and 2002/03 British Crime Surveys*, Londres, Home Office 2004.

264. Vegeu VAN DIJK, J., et al., *The Burden of crime*, 2005.

van ser qualificats com a seriosos per les víctimes (entre el 60% i el 75%). Encara més minsa va resultar la taxa de denúncia en els casos d'assalt greu, en què són denunciats a les autoritats tan sols entre un 10% i un 30% dels casos.

També s'ha apreciat que es dona una vulnerabilitat especial en les persones immigrants, atès que l'experiència de victimització interacciona amb els factors d'estrès propis del fet migratori. La victimització amb motivació racista pot provocar un malestar psíquic, emocional i social considerable, i sovint aquests efectes no són reconeguts adequadament pels professionals. El missatge d'exclusió social o de caràcter degradant propi de la victimització racista danya l'autoestima i els vincles socials de la víctima, i això pot agreujar-se si a més es troba aïllada i no rep suport per part del seu entorn.

La formulació criminològica i jurídica dels delictes d'odi com a categoria conceptual remet al problema de la construcció de la victimitat. La definició dels delictes d'odi pressuposa una selecció de les víctimes les característiques de les quals fan que siguin creditores d'una protecció penal especial, la qual cosa condueix a la problemàtica de la «víctima ideal» o de les «*jerarquies de víctimes*». Per aquesta raó, alguns autors adverteixen que els grups de víctimes susceptibles de rebre la protecció especial esmentada no haurien de limitar-se a aquells que arrossegueu una tradició històrica de discriminació o que tenen el suport de grups organitzats disposats a lluitar pels seus interessos, com, per exemple, homosexuals, dones o minories ètniques o religioses. Segons aquesta concepció, la victimitat pròpia dels delictes d'odi hauria de definir-se a partir de les notes *vulnerabilitat* i *diferència* en comptes de centrar-se en les idees d'identitat i pertinença a un grup.²⁶⁵ D'aquesta manera, les persones sense llar poden ser considerades víctimes d'atacs «*d'odi*» en la mesura que els atacs expressin un rebuig de la seva diferència o una reafirmació de la seva vulnerabilitat. Allò que caracteritza l'agressió a una persona sense llar, una persona amb discapacitat o un immigrant sense papers com a delicte d'odi no és pròpiament l'abús de la seva vulnerabilitat com a mitjà per facilitar a l'autor la comissió del delicte, sinó que l'agressor concebi la seva acció precisament com una forma de fer palesa a la víctima la seva vulnerabilitat.²⁶⁶

265. Vegeu, en aquest sentit, CHAKRABORTI, N.; GARLAND, J., «Reconceptualizing hate crime victimization through the lens of vulnerability and difference», *Theoretical Criminology*, núm. 16 (4), 2012, p. 499-514.

266. D'altra banda, hi ha altres autors que alerten de la necessitat de posar límits a la selecció dels col·lectius de víctimes susceptibles de la protecció especial pròpia dels delictes d'odi. Per exemple, les conductes hostils contra pedòfils protagonitzades per

6.2. Victimització primària: l'impacte diferencial de la victimització per odi

La investigació criminològica mostra que les agressions físiques, l'assetjament verbal i les amenaces per telèfon o mitjançant Internet són les formes més freqüents de delictes d'odi denunciats a la policia. És menor la freqüència amb què es produeixen una altra classe de fets, com ara atacs a habitatges, actes de vandalisme, robatoris o col·locació de signes o eslògans d'odi en llocs pròxims al lloc de residència o de treball de les víctimes.

És habitual reconèixer que en aquesta classe de fets hi ha un **percentatge elevat de delictes que no són coneguts oficialment**, atesa la resistència de les víctimes a denunciar-los. La baixa taxa de denúncia pot explicar-se per diverses raons, com ara la falta de consciència de la víctima del caràcter delictiu del fet patit, la desconfiança en la policia i en el sistema judicial, o les barreres lingüístiques o culturals. En aquesta mena de delictes, la desconfiança és un element important que cal tenir en compte, atès que en gran part es basa en una percepció que identifica els policies, jutges i fiscals com a representants de la majoria social en nom de la qual es va cometre el delicte i perpetuadors dels prejudicis racistes, homòfobs o discriminatoris, per la qual cosa no és fàcil que les víctimes creguin que seran sensibles a les seves necessitats.

Per conèixer i mesurar la dimensió real dels delictes d'odi cal tenir en compte també que les enquestes de victimització normalment no recullen preguntes específiques sobre aquests delictes o sobre la motivació discriminatòria o d'odi de les agressions, amenaces o altres delictes convencionals. A més, hi ha poques enquestes específiques. L'instrument més consolidat en l'àmbit espanyol, l'Enquesta de seguretat pública de Catalunya, no inclou referències d'aquest tipus.

Concepte: entenem per *victimització primària* el dany físic, psíquic, emocional o material derivat directament o indirectament d'un fet delictiu. En els delictes d'odi, l'impacte directe es produeix sobre la persona que pateix l'agressió o l'acte amb motivació discrimina-

persones o grups moguts per actituds d'exclusió social o de caça de bruixes contra aquestes persones –que han despertat la lògica preocupació de molts liberals i defensors dels drets humans especialment davant els actes de represàlia que sovint han tingut com a destinataris persones merament sospitoses de possibles abusos sexuals contra menors– no podrien ser entesos pròpiament com a delictes d'odi, ja que el col·lectiu de pedòfils no pot ser considerat un grup que fa una activitat social com a expressió de la seva diferència (Mason). Els atacs a aquestes persones no serien, per tant, ni menys ni més greus pel fet d'estar motivats per una hostilitat cap a aquest grup.

tòria, però pot haver-hi una victimització reflexa, que afecta altres membres del col·lectiu al qual pertany, que poden sentir-se intimidats com a conseqüència del missatge d'odi inherent a l'acte.

Pel que fa a l'impacte directe, la investigació victimològica ha examinat si hi ha evidències que els delictes d'odi danyen més que altres delictes. Segons alguns estudis, la motivació discriminatòria o *d'odi* afegiria un patiment addicional per a la víctima. Una anàlisi d'Iganski i Lagou elaborat a partir de l'enquesta britànica de victimització revela que moltes víctimes de delictes d'odi pateixen un impacte emocional més gran que les víctimes de delictes similars sense aquesta classe de motivació. Tanmateix, això no pot afirmar-se en tots els casos, cosa és important de tenir en compte per evitar respostes jurídiques o institucionals estereotipades basades en presumpcions i que no s'adeqüen a l'heterogeneïtat i diversitat de les situacions reals. Per això, aquests autors defensen la conveniència d'un agreujament de la pena per als delictes amb motivació discriminatòria o d'odi, però rebutgen que s'apliqui d'una manera generalitzada i sistemàtica. Davant d'un model legislatiu que es caracteritza per la rigidesa de les penes, com és l'espanyol, aquests autors adverteixen que una necessària discrecionalitat judicial pot actuar com a garantia que la pena sigui proporcional a l'afectació concreta al bé jurídic.

Estudis basats en entrevistes en profunditat o mitjançant tècnica de grups focals a víctimes d'aquests delictes han revelat que la major part d'aquestes víctimes **expressen haver experimentat por**. La por es concreta en el temor de la revictimització o que puguin patir danys familiars o persones properes. Altres respostes emocionals són semblants a les que es donen en víctimes de delictes consistents en agressions físiques o sexuals, com ara ràbia, impotència, tristesa o depressió. Algunes víctimes han revelat que l'experiència els ha fet adoptar canvis de comportament i conductes d'evitació. Aquestes alteracions de la seva vida diària poden consistir a canviar de domicili, disminuir la participació en activitats socials o prendre mesures de seguretat per a l'autoprotecció o per protegir membres de la seva família. Alguns estudis realitzats als EUA posen de manifest el potencial de conflicte que comporten aquests delictes en revelar que algunes víctimes temen els efectes que pot tenir la seva preparació per a possibles represàlies i la disposició més gran a utilitzar armes per a la seva defensa.

En comparació de víctimes d'altres delictes sense motivació discriminatòria, les víctimes de delictes d'odi mostren **més propensió a patir por, nivells elevats de depressió, ansietat, pèrdua de confiança, insomni i reducció dels nivells de benestar**. Per comprendre aquest impacte diferencial del delicte d'odi cal tenir en compte la dimensió social inherent a la victimització. A tall d'exemple, per a una

persona que pateix un atac racista pel fet de ser d'origen subsaharià, el delicte no significa únicament l'agressió en si mateixa i les lesions que pugui haver provocat, sinó el recordatori dolorós de l'herència cultural de discriminació i estigmatització que han patit les persones del mateix grup social. Una cosa semblant passa respecte a persones d'ètnia gitana, homosexuals o transsexuals.

Un fenomen que observen alguns estudis és el de la **multivictimització**. Aquest fenomen reflecteix que alguns col·lectius no només presenten un risc més alt de ser l'objectiu d'accions delictives, sinó que solen estar afectats per diverses formes de victimització, com ara agressions, amenaces, agressions sexuals o atacs al patrimoni. Això planteja la problemàtica de la revictimització i també els efectes psíquics i socials que pot tenir sobre les víctimes la repetició d'atacs en les seves diverses manifestacions, que incrementen els seus sentiments de vulnerabilitat, indefensió i desemparament.

Estudis de caràcter etnogràfic han revelat que a més dels danys físics, psíquics i emocionals, la victimització produïda pels delictes d'odi té una dimensió social i afecta de manera diferent els diversos individus. Les víctimes d'atacs racistes experimenten processos de pèrdua i deteriorament de la identitat personal en el seu context domèstic i de veïnat, i això inclou un efecte de «*desposseïssió de rol*». La victimització afecta l'activitat quotidiana de les persones que han patit aquests atacs, i altera i danya els rols socials fins i tot en l'àmbit domèstic.

Un estudi de victimització dut a terme entre colombians residents a Catalunya el 2010 va mostrar una victimització elevada, que se situa en una prevalença d'un 27% en deu mesos i un 57% en cinc anys. Les xifres són més altes que les de la població general que reflecteix l'Enquesta de seguretat pública de Catalunya, que se situen entre un 15% i un 19% en un any. La victimització afecta tots els àmbits examinats: delictes patrimonials, relacionats amb els vehicles i de caràcter personal. Un fet destacable és que per a moltes persones migrants, especialment dones, el lloc de treball és una font de risc de victimització de caràcter personal. La motivació racista o discriminatòria és un factor rellevant en el risc diferencial que pateix la població migrant respecte a agressions, amenaces i delictes violents i de caràcter sexual. Segons aquest estudi, la taxa de denúncia és només d'un 25%, molt per sota de la que sol aparèixer en enquestes a la població general, la qual cosa confirma la invisibilitat de la victimització a immigrants i l'escàs contacte d'aquests amb les institucions.²⁶⁷

267. Vegeu TAMARIT, J., et al., «La victimización de migrantes. Una encuesta a colombianos en Cataluña», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, vol. 10 (13).

6.3. Victimització secundària: les necessitats especials de protecció de les víctimes en el procés penal

La investigació victimològica ha revelat que hi ha un tracte objectivament discriminatori contra la població immigrant per part del sistema de justícia penal. Un estudi realitzat a Espanya per M. Calvo va trobar que **les persones migrants participen en el procés penal més com a denunciats que com a denunciants**, però això no es correspon amb l'elevada victimització que pateixen.²⁶⁸ El sistema estaria reproduint d'aquesta manera l'estereotip social que associa l'immigrant a la condició d'infractor i no a la de víctima. Això no implica afirmar que per part de les autoritats judicials s'adoptin decisions amb voluntat discriminatòria, atès que hi ha indicis que el funcionament normal del sistema ja genera discriminació. En són dos exemples la presó provisional i la conformitat. La valoració de l'arrelament social de l'imputat fa que la població immigrant, especialment la que no té residència legal, suporti una taxa d'empresonament molt més alta que la població autòctona. D'altra banda, la conformitat és una mostra de com les diferències culturals i les barreres socials i lingüístiques comporten unes dificultats de comprensió del funcionament del sistema la conseqüència de les quals és la imposició de penes més greus en comparació de les que pateix la població autònoma.

Les persones amb discapacitat pateixen les conseqüències de les barreres comunicatives i d'accés pròpies del sistema de justícia penal. En ocasions, els serveis d'atenció a les víctimes no tenen en compte les necessitats especials d'aquestes persones.

La Llei 14/2014, de 10 d'octubre, del Parlament de Catalunya, denominada normalment Llei contra l'homofòbia, introdueix una referència a la victimització secundària en les definicions, i l'entén com el *«maltractament addicional exercit contra lesbianes, gais, bisexuals, transgènere o intersexuals que es troben en algun dels supòsits de discriminació, assetjament o represàlia com a conseqüència directa o indirecta dels déficits de les intervencions dutes a terme pels organismes responsables, i també per les actuacions d'altres agents implicats»*.

268. Vegeu CALVO, M.; GASCÓN, E.; GARCÍA, J., *El tratamiento de la inmigración en el ámbito de la Administración de Justicia*, 2004. http://www.unizar.es/sociologia_juridica/inmigracion/InmiInf.pdf.

La prevenció de la victimització secundària ha estat un dels objectius de la Directiva europea d'octubre de 2012. L'art. 7.1 disposa que els Estats membres han de vetllar perquè a les víctimes que no entenguin o no parlin la llengua del procés penal de què es tracti se'ls faciliti, si així ho sol·liciten i d'acord amb el seu estatut en el sistema de justícia penal pertinent, interpretació gratuïta, almenys durant les entrevistes o les preses de declaració en els processos penals, davant les autoritats d'instrucció i judicials, fins i tot durant els interrogatoris policials, i interpretació per la seva participació activa en les vistes orals del judici i qualsevol audiència interlocutòria. D'altra banda, l'art. 22 estableix que els Estats han de garantir que les víctimes rebin una avaluació puntual i individual, d'acord amb els procediments nacionals, per determinar les necessitats especials de protecció i si podrien beneficiar-se, i de quina manera, de mesures especials en el curs del procés penal, pel fet que siguin particularment vulnerables a la victimització secundària o reiterada, a la intimidació o les represàlies. Aquesta avaluació individual ha de tenir en compte especialment les característiques personals de la víctima, el tipus o la naturalesa del delicte i les circumstàncies del delicte.

En aquest context, la Directiva fa referència a les víctimes dels delictes d'odi en assenyalar que cal prestar una atenció especial a les víctimes afectades per un delicte motivat per prejudicis o per motius de discriminació. De manera més concreta l'art. 22.3 disposa: «*Referent a això, han de ser objecte de consideració les víctimes de terrorisme, delinqüència organitzada, tràfic de persones, violència de gènere, violència en les relacions personals, violència o explotació sexual i delictes per motius d'odi, així com les víctimes amb discapacitat*».

La Directiva i la seva adaptació al dret intern per part de l'Estatut de la víctima exigeixen de les autoritats judicials una actitud atenta a les particularitats del cas concret, que permeti superar la concepció tradicional sobre el paper d'aquestes autoritats judicials com a mers òrgans d'aplicació de la llei. Per a això, han de tenir un paper fonamental les avaluacions individuals, l'abast de les quals pot adaptar-se en funció de la gravetat del delicte i del grau de dany aparent sofert per la víctima. La individualització implica la necessitat de prendre decisions basades en la detecció de les necessitats de la víctima, una receptivitat respecte als resultats dels informes tècnics criminològics o d'altres professionals i, en darrer terme, una disposició per trobar la decisió més adequada que permeti oferir protecció a les víctimes que en necessitin i preservar les garanties del procés.

6.4 Victimització terciària

La victimització terciària consisteix en l'impacte causat per la intervenció del sistema penal sobre algunes persones que no han estat víctimes del delicte que ha suscitat la intervenció. Les persones que pateixen aquests efectes són sobretot els condemnats com a responsables del delicte. El concepte de victimització terciària suposa prendre consciència del sofriment que es deriva del recurs a la justícia penal, que en part és inherent a la seva existència mateixa, però que comporta manifestacions d'aflicció addicional o suplementària sobre el condemnat o sobre terceres persones que no són responsables del fet delictiu, com, per exemple, els familiars o persones properes, sovint persones en situació de risc o especialment vulnerables a la victimització, com ara els menors d'edat.

Alguns dels **col·lectius afectats pels delictes d'odi són particularment sensibles a la victimització terciària**. Ha estat examinada la situació de les persones migrants, especialment d'aquelles que estan en situació irregular, i els efectes discriminatoris que hi pugui tenir el procés d'expulsió. També cal tenir en compte la victimització dels homes homosexuals en l'àmbit penitenciari, com a conseqüència de l'homofòbia present a la subcultura carcerària. Una altra forma de victimització és la que pateixen les persones amb discapacitat psíquica que són condemnades a penes privatives de llibertat com a conseqüència d'una valoració de la imputabilitat deficient per part del sistema de justícia penal; n'és una mostra l'àmplia problemàtica psiquiàtrica existent als centres penitenciaris, produïda parcialment per l'empresonament, però, en gran mesura, derivada d'una situació prèvia que no s'ha detectat i tractat adequadament.

6.5. **Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeu i del Consell, de 25 d'octubre de 2012, per la qual s'estableixen normes mínimes sobre els drets, el suport i la protecció de les víctimes de delictes**

La Directiva 2012/29, del Parlament i del Consell, de 25 d'octubre, estableix unes **normes mínimes sobre els drets, el suport i la protecció de les víctimes de delictes** que superen els estàndards que va fixar la Unió Europea mitjançant la Decisió marc 2001/220/JAI, de 15 de març. Aquesta norma obliga a revisar les le-

gislacions dels Estats membres i exigeix un examen acurat que permeti saber quines són les peculiaritats «*nacionals*» i de quina manera són compatibles amb les noves directrius europees. La Directiva se centra fonamentalment en el desenvolupament dels drets de la víctima en l'àmbit del procés penal, tot i que aborda també de manera parcial aspectes de caràcter extraprocessal.

La Directiva declara en l'art. 1.1 que la seva finalitat és garantir que les víctimes de delictes rebin informació, suport, protecció i puguin participar en processos penals. El contingut substancial de la Directiva apareix dividit en tres capítols: el capítol 2 regula els drets d'informació i suport; el capítol 3 està dedicat al dret a la participació en el procés penal; i el capítol 4, a la protecció de les víctimes, posant un accent particular sobre aquelles que necessiten una protecció especial.

Respecte al **dret a la informació**, la Directiva estableix que les víctimes han de ser informades sobre els seus drets des del primer contacte amb l'autoritat competent per rebre'n la denúncia (art. 3). També preveu el dret a rebre informació del seu cas, si ho volen (art. 4), la qual cosa porta implícita el dret a no ser informat, si aquesta és la voluntat de la víctima. Com a aspecte innovador, reconeix el dret a ser informat del fet que el processat o condemnat és posat en llibertat.

Pel que fa als **drets de participació**, la Directiva reconeix el dret a ser escoltat (art. 9), com també el dret a entendre i a ser entès (art. 6), que dóna lloc a una regulació detallada de les prestacions que han de satisfer els serveis d'interpretació i traducció. Un aspecte innovador són els drets que estableix en cas de no-persecució (art. 10), de manera que la víctima pugui demanar una revisió d'aquesta decisió i que sigui informada del dret a fer aquesta petició. La Directiva és respectuosa amb les diferències dels sistemes nacionals respecte a les formes admeses de participació en el procés penal, però estableix unes exigències comunes mínimes respecte al dret a rebre informació sobre la seva causa (art. 6), dret a ser escoltat (art. 10), dret a una revisió de la decisió de no continuar el procediment (art. 11), dret a la justícia gratuïta (art. 13), dret al reemborsament de despeses (art. 14) i dret a la restitució de béns confiscats en el procés (art. 15).

Un aspecte important que cal tenir en compte pel que fa als drets processals de les víctimes és que el seu reconeixement no pot estar condicionat al fet que la víctima tingui reconegut estatut de part en el procés penal, la qual cosa constitueix un repte important en el cas espanyol, atès que les àmplies facultats que el sistema penal espanyol atribueix a les víctimes i a altres ciutadans per actuar com a part processal ha fet que s'entengués que bàsicament aquesta és la manera mitjançant la qual han de ser exercits els seus drets.

Pel que fa al **dret a l'assistència**, la Directiva estableix el dret d'accés gratuït i confidencial als serveis de suport a les víctimes que puguin cobrir les necessitats d'informació, assessorament, suport emocional i, quan sigui possible, psicològic, a través d'entitats públiques o privades (art. 7 i 8). A més, introdueix el dret d'accés a serveis de justícia restaurativa competents i segurs segons els principis de voluntarietat i confidencialitat, amb un mandat de prevenir els riscos de victimització secundària que puguin haver-hi per a la víctima (art. 12).

L'aspecte en què la Directiva és més ambiciosa és el que toca als **drets de protecció de les víctimes**, que ha estat objecte d'un desenvolupament més ampli, molt més enllà del que preveu la Decisió marc de 2001. La Directiva reconeix el dret a la protecció enfront de la victimització secundària i la revictimització, per tal que s'adoptin mesures relatives a la presa de declaracions i per evitar el contacte amb l'infractor (art. 19 i 20). Preveu també el dret a la protecció de la intimitat (art. 21) i una avaluació individual de les víctimes per establir quines són les necessitats especials de protecció en el procés penal en cada cas, mitjançant prova anticipada i evitació de contacte visual amb l'imputat (art. 22 i 23).

La Directiva incideix, a més, en aspectes fonamentals per a una bona praxi que permeti satisfer els drets i les necessitats de les víctimes, com ara la necessitat que els **Estats garanteixin una formació adequada dels professionals** que han d'entrar en contacte amb víctimes (art. 25), la coordinació dels serveis que presten atenció a les víctimes per millorar pel que fa al fet que puguin veure efectivament respectats els seus drets (art. 26).

Un dels aspectes que reben menys atenció és el tocant a la **reparació**, en què la Directiva reconeix el dret a obtenir una indemnització a càrrec de l'infractor en el procés penal (art. 16), però no entra en aspectes relatius a les formes de reparació del dany ni als sistemes d'indemnització pública, que ja han estat bordats anteriorment per altres normes de la UE i del Consell d'Europa. Els aspectes referents al dret a la reparació queden sistemàticament vinculats al capítol de participació, com passa amb la justícia restaurativa, la restitució de béns o el dret a obtenir una decisió relativa a la indemnització, que són concebuts en funció de les exigències del procés penal.

La Directiva opta per un **enfocament individualitzador**, que obliga a revisar els plantejaments predominants fins al moment en la concepció de les necessitats de les víctimes i el disseny i aplicació de les fórmules legislatives i les pràctiques adequades per donar satisfacció als interessos de les víctimes mateixes. El principi d'individualització parteix d'un fonament victimològic. La diversitat de les víctimes, de les

seves experiències, vivències i reaccions emocionals desaconsella adoptar fórmules generalitzadores i exigeix una concepció flexible de la resposta. Això, **de vegades, requereix un canvi cultural per part de les autoritats judicials i dels professionals** que han de contactar amb les víctimes i obliga a centrar-se en la detecció de les necessitats individuals. El paradigma que s'obre pas es basa en la idea de la vinculació entre l'exercici dels drets i la identificació de les necessitats. D'aquí la importància de la tasca de formació i sensibilització de les persones que tenen algun paper relacionat amb l'atenció de les víctimes.

La idea d'individualització es manifesta diverses vegades al llarg de la Directiva. El segon paràgraf de l'art. 1.1 adverteix als Estats que les víctimes han de ser tractades de manera respectuosa i sensible, individualitzada, professional i no discriminatòria. En relació amb els drets d'informació, indica que les comunicacions amb les víctimes han de tenir en compte les seves «*circumstàncies personals*» (art. 3.2) i exigeix a les autoritats competents que avaluin si les víctimes necessiten interpretació o traducció (art. 4.7). Així mateix concep l'accés als serveis de suport en funció de les «*necessitats específiques*» de les víctimes i dels seus familiars (art. 8.3), per la qual cosa reclama als Estats una atenció especial a les «*necessitats específiques de les víctimes que hagin patit danys considerables a causa de la gravetat del delicte*» (art. 9.2). Tal com passa amb els serveis de suport, la concepció dels serveis de justícia restaurativa (art. 12) es fonamenta en l'«*interès de la víctima*» (art. 1.a), i no en una visió estereotipada que condiona la validesa de les pràctiques restauratives a la tipologia delictiva o a altres consideracions abstractes que no siguin la valoració de les circumstàncies del cas concret.

La Directiva adopta un plantejament obert a la pretensió d'abraçar totes les víctimes, sense distincions respecte a la forma de victimització o la tipologia legal segons la qual sigui definida per les legislacions penals nacionals. Això és conseqüent amb el principi d'individualització, en virtut del qual són les característiques del cas concret i les circumstàncies de la víctima concreta les que determinen la manera com poden garantir-se efectivament els seus drets. No obstant això, la redacció de la Directiva, particularment el llarg preàmbul, inclou referències a diversos col·lectius de víctimes respecte als quals el legislador ha volgut mostrar una sensibilitat o una atenció especial a la seva problemàtica.

El **preàmbul fa referència a les víctimes de delictes d'odi** i afirma que tendeixen a patir una taxa elevada de victimització secundària, intimidació o represàlies (par. 57). Per això adverteix que cal posar una cura especial a l'hora d'avaluar si estan exposades a aquests riscos. En relació amb les avaluacions individuals, la Directiva precisa que han

de ser tingudes en compte les característiques personals de la víctima, com ara l'edat, el sexe, la identitat o l'expressió de gènere, l'ètnia, la raça, la religió, l'orientació sexual, l'estat de salut, la discapacitat, l'estatut de resident, les dificultats de comunicació, la relació amb l'infractor o la dependència d'ell, i l'experiència anterior, si és que ha patit altres delictes. També esmenta la necessitat de valorar la naturalesa i les circumstàncies del delicte, i es refereix expressament, a tall d'exemple, al fet de si es tracta d'un delicte per motius d'odi, prejudicis o discriminació.

Les **avaluacions individuals** són una de les novetats que aporta la Directiva respecte a la Decisió marc anterior. Això respon al fet que el delicte no produeix el mateix impacte sobre totes les víctimes i que les necessitats de cada víctima són diferents. Per això ha de ser una valoració de cada cas concret i de les circumstàncies de la víctima i la seva relació amb l'infractor la que determini quines de les mesures de protecció que preveu la Directiva s'han d'adoptar. En aquest sentit, el mandat de la Directiva consisteix a obligar els Estats a fer les reformes legals i prendre les decisions necessàries perquè l'adopció d'aquestes mesures sigui possible. La voluntat de prestar atenció a les necessitats de les víctimes s'expressa també en la rellevància que s'atribueix al consentiment de la víctima a l'hora de garantir el seu dret a la informació, que inclou tant el dret a rebre-la com a no rebre-la. El consentiment és també una de les garanties fonamentals que estan establertes en relació amb la participació de les víctimes en els programes de justícia reparadora. Tots aquests aspectes són aplicables a les víctimes de delictes d'odi i, per això, resulta necessari que els professionals puguin tenir coneixement dels resultats de la investigació victimològica respecte a les diverses maneres com es poden veure afectats per les conseqüències del fet delictiu, en forma de victimització primària, secundària o terciària, segons el desenvolupament posterior.

La Directiva, seguint el criteri que ja han establert altres normes internacionals i nacionals, assumeix que la qualificació d'una persona com a víctima és independent del fet que hagi estat identificada, detinguda, acusada o condemnada la persona responsable del fet delictiu, i també de la relació que pugui haver-hi entre una persona i l'altra. Amb això es vol fer palès que les necessitats de les víctimes són en gran mesura independents de les respostes social i de l'Estat contra el victimari, i que en els supòsits en què aquest no pugui ser trobat, jutjat o condemnat, per les raons que siguin, les institucions també estan compromeses amb les víctimes i amb els seus drets.

Un altre aspecte de la Directiva que resulta nou si es tenen en compte les pràctiques existents en molts països, és el relatiu al fet que el dret de les víctimes a rebre suport no pot estar condicionat al fet que

aquestes denunciïn el fet delictiu (art. 8.5). El suport a la víctima no es fonamenta en un pagament que l'Estat fa a aquesta per la seva col·laboració amb la justícia, sinó que emana d'un dret originari vinculat a deures de solidaritat i a un deure de prevenció i protecció per part de l'Estat. Els serveis de suport han de funcionar de manera autònoma respecte al procés penal, i han d'estar a disposició de la víctima abans, durant i després del procés, si cal.

6.6. L'Estatut espanyol de la víctima del delicte, aprovat per Llei 4/2015, de 27 d'abril

6.6.1. *Importància de la Llei 4/2015*

Mitjançant la Llei 4/2015, el Parlament espanyol ha aprovat l'Estatut de la víctima del delicte, pel qual s'introdueixen i desenvolupen en el dret intern les previsions de la Directiva esmentada. L'Estatut no fa referència explícita a les **víctimes dels delictes d'odi**, a diferència del que passa amb altres tipus de victimització, com, per exemple, les víctimes de violència de gènere (art. 7.3). Com a única mostra d'una atenció singular cal destacar l'**art. 23.2**, el qual, en regular l'avaluació individual de les víctimes per tal de determinar quines són les seves necessitats especials d'atenció, indica que **s'han de valorar especialment les circumstàncies individuals** de les víctimes d'una sèrie de delictes, entre els quals hi ha els que es cometen per «*motius racistes, antisemites o altres referents a la ideologia, religió o creences, situació familiar, la pertinença dels seus membres a una ètnia, raça o nació, el seu origen nacional, el seu sexe, orientació o identitat sexual, malaltia o discapacitat*». A diferència del que està previst en relació amb les víctimes menors d'edat, aquesta referència no implica una presumpció de l'existència d'aquestes necessitats. El sentit de la norma no és altre que el de cridar l'atenció de les autoritats judicials respecte al fet que poden haver-hi més riscos per a les víctimes d'aquesta classe de delictes, sense predeterminar la decisió sobre si cal adoptar en cada cas concret alguna de les mesures de protecció que preveu la llei.

6.6.2. *Drets de les víctimes en la Llei 4/2015*

D'altra banda, la Llei 4/2015 desenvolupa diversos aspectes que poden tenir una incidència especial sobre les víctimes d'aquests

delictes. L'art. 3 de la Llei preveu els diversos drets, que poden sistematitzar-se distingint els àmbits següents:

- a) El dret a la informació, que es desenvolupa en el títol I (drets bàsics), concretament en els art. 5 i 7.
- b) El dret a la participació en el procés penal, que es desenvolupa en el títol II.
- c) El dret a la protecció, que es desenvolupa en el títol III.
- d) El dret al suport (o assistència), que es desenvolupa en l'art. 10 i en el capítol I del títol IV.
- e) El dret d'accés a serveis de justícia restaurativa, amb les garanties que preveu l'art. 15.

A més d'aquests drets que es desenvolupen al llarg de la Llei, l'art. 3.1 declara el dret a rebre un **tracte respectuós, professional, individualitzat i no discriminatori des del primer contacte amb les autoritats i funcionaris**, tant en l'àmbit processal com en l'extra-processal, que aquí queda concretat en els serveis d'assistència i de justícia restaurativa. Igualment preveu expressament una fase *«post-processal»*, en aquells casos en què el contacte de les víctimes amb aquesta classe de serveis es produeixi després de la conclusió del procés. La Llei es refereix a un *«temps adequat»*, concepte indeterminat del qual no cal no pot deduir-se cap efecte pel que fa a la possible limitació dels drets esmentats, malgrat que no es pot descartar que el contacte es produeixi molt temps després que hagi conclòs el procés penal, com, per exemple, en un procés restauratiu iniciat en fase d'execució d'una pena a una pena privativa de llibertat de llarga durada.

A. Drets bàsics

A.1. Dret a la informació

- El capítol I, consagrat als drets bàsics, dedica una atenció especial al **dret a la informació**, que ja és reconegut per la Declaració Internacional de 1985, la Decisió marc europea de 2001 i la Directiva de 2012. El seu caràcter bàsic és evident, atès que és condició prèvia per exercir altres drets i respon a una necessitat bàsica de la víctima, com és la possibilitat de saber quines són les conseqüències d'un fet que l'afecta personalment i d'exercir-ne un control. El dret a la informació ha estat concebut des de la

Decisió marc de 2001 en la seva doble dimensió de dret a rebre o no rebre informació, segons quina sigui la voluntat de la víctima, cosa que fins llavors no havia estat reconeguda explícitament en el dret espanyol respecte a les víctimes, excepte en l'àmbit sanitari, mitjançant la Llei 41/2002, de 14 de novembre, reguladora de l'autonomia del pacient i de drets i obligacions en matèria d'informació i documentació clínica.

- Un aspecte que en la pràctica ha de cuidar-se especialment en relació amb les víctimes de delictes d'odi és el **dret a entendre i ser enteses**. En la concepció i regulació d'aquest dret es manifesta una de les preocupacions habituals respecte a la situació de les persones que es veuen obligades a contactar amb autoritats i funcionaris, particularment del sistema de justícia penal, i pateixen els efectes de les barreres de caire lingüístic o de les inèrcies burocràtiques per les quals acaben rebent una comunicació estereotipada, no personalitzada i difícilment comprensible. Amb l'ús del llenguatge oficial, legal o propi de l'argot forense, el sistema transmet a les víctimes un missatge de distància incompatible amb el suport que la Llei vol garantir. Per això, l'art. 4.a estableix que les comunicacions amb les víctimes, orals o escrites, *«s'han de fer en un llenguatge clar, senzill i accessible, d'una manera que tingui en compte les seves característiques personals i, especialment, les necessitats de les persones amb discapacitat sensorial, intel·lectual o mental o la seva minoria d'edat»*. L'èxit en l'aplicació d'aquesta norma i altres d'una naturalesa semblant depèn en gran manera de les habilitats personals dels diferents actors, per la qual cosa és molt important la tasca de formació i sensibilització que preveu el capítol II del títol II. Davant d'aquest repte pot ser necessari elaborar recomanacions de bones pràctiques. L'Estatut és sensible a la problemàtica de les víctimes amb discapacitat visual o auditiva i a la necessitat que tenen de mesures que permetin superar les barreres de tipus sensorial, per la qual cosa estableix un mandat a les autoritats i a les oficines d'assistència a les víctimes perquè facilitin el suport necessari que els permeti fer-se entendre mitjançant interpretació en les llengües de signes reconegudes legalment i mitjans de suport a la comunicació oral de persones amb discapacitat auditiva i sordce-

gues. La referència a les autoritats s'ha d'entendre que afecta tant les policials com les judicials.

- Un aspecte fonamental que preveu la Directiva és el **dret de les víctimes a estar acompanyades per una persona de la seva elecció**, dret que, segons l'art. 4.c, es garanteix a les víctimes des del primer contacte amb les autoritats i funcionaris. Aquest dret es fonamenta en la necessitat de suport que tenen les víctimes atès els sentiments de solitud, comunicació, desconfiança i desemparament que solen produir-se quan han de participar en diligències en seus policials o judicials. L'elecció de l'acompanyant és una mesura que permet garantir que el suport sigui el més adequat en cada cas, a elecció de la víctima, sense que hagi haver-hi necessàriament cap relació familiar amb ella, com és lògic si es té en compte la dificultat que això podria suposar en els casos de victimització intrafamiliar.
- Una altra garantia adreçada a vèncer les dificultats de comunicació que incrementen els sentiments de desconfiança i desemparament és el **dret a la traducció i interpretació** que preveu l'art. 9. La norma inclou el dret a ser assistit gratuïtament per un intèrpret que parli una llengua que la víctima compregui, a la traducció gratuïta de resolucions i d'informació essencial per exercir els seus drets de participació, i a ser informada de la data, hora i lloc en què s'ha de celebrar el judici. La referència a una llengua que compregui té el sentit lògic d'evitar una norma que seria de molt difícil compliment si es pretengués atendre totes les persones en la seva pròpia llengua, de manera que l'obligació de les autoritats d'esforçar-se per trobar un intèrpret o fer una traducció acaba allà on la víctima sigui capaç de comprendre una llengua de més fàcil accés. En tot cas, no pot ignorar-se que l'art. 9 resulta molt exigent amb l'Administració, que, en el context de globalització i de presència creixent de persones de molt diverses nacionalitats, ha de superar la situació que partia d'una idea de llengua oficial que comportava la presumpció que el ciutadà que contactava amb l'Administració estava obligat a entendre el castellà o, com a molt, altres llengües oficials en alguns territoris. La pràctica del suport a víctimes en diversos països europeus ja ha portat a superar la mentalitat limitadora de drets pròpia de la llengua oficial en pro d'un interès per facilitar l'accés de les víctimes i com-

pensar-les pel dany sofert pel delicte i pel que pot comportar haver de contactar amb el sistema de justícia.

A.2. Dret a la participació

El títol II de la Llei 4/2015 està dedicat a la regulació de la participació de la víctima en el procés penal. Primer de tot cal tenir en compte la peculiaritat que suposa, en el context europeu, la possibilitat que tenen les víctimes a Espanya de ser part en el procés penal, mitjançant l'acusació particular, a més de la possibilitat d'exercir les accions civils, la qual cosa està per sobre del llindar mínim de drets de la Directiva. Per això, pel que fa a la Llei 4/2015 primordialment és **desenvolupar una sèrie de drets de les víctimes que no han optat per ser part en el procés**. Això és un important avenç si es té en compte que la possibilitat de personar-se com a part requereix la contractació d'un advocat, cosa que representa una limitació de tipus econòmic, i el sistema de justícia gratuïta que s'ha desenvolupat afaforeix només certs tipus de víctimes, entre els quals no hi ha les víctimes de delictes d'odi.

- L'art. 12 de l'Estatut disposa l'**obligació de l'Administració de Justícia de comunicar la resolució de sobreseïment a les víctimes directes** denunciants, com també a la resta de víctimes directes la identitat i el domicili de les quals siguin coneguts. També es preveu la comunicació a les víctimes indirectes en cas de mort o desaparició de la víctima directa. A més, es reconeix a les víctimes el dret a recórrer la resolució de sobreseïment, sense que sigui necessari per a això que s'hagin personat anteriorment en el procés.
- Un dels aspectes més discutits de l'Estatut ha estat el **dret de participació de les víctimes en l'execució**. Concretament, se'ls reconeix la possibilitat de recórrer una sèrie de resolucions malgrat no ser part en la causa, amb l'únic requisit que hagin sol·licitat prèviament que les resolucions els siguin notificades. Les resolucions objecte de recurs, d'acord amb el que preveu l'art.13.1, són:
 - a) La interlocutòria per la qual el jutge de vigilància autoritza la classificació del penat en tercer grau abans que s'extingeixi la meitat de la condemna (segons el

que preveu l'art. 36.2 CP), quan la víctima ho és per alguns delictes que poden tenir més afectació per a les víctimes, entre els quals s'inclouen homicidi, lesions, delictes contra la llibertat, contra la llibertat i indemnitat sexual, i contra la integritat moral.

- *b)* La interlocutòria per la qual el jutge esmentat acordi que els beneficis penitenciaris es refereixin al límit de compliment de condemna i no a la suma de les penes imposades (d'acord amb el que preveu l'art. 78.3 CP), en els delictes indicats anteriorment o comesos al si d'un grup o organització criminal.
- *c)* La interlocutòria per la qual es concedeix al penat la llibertat condicional, quan es tracti dels delictes esmentats anteriorment, sempre que la pena imposada sigui de més de cinc anys de presó.
- *d)* A més, l'art. 13.2 de la Llei atorga a les víctimes legítimació per sol·licitar que, en cas que s'hagi acordat la llibertat condicional del penat, quan el delicte objecte de condemna pugui suposar un perill per a la víctima, se li imposin al penat regles de conducta que siguin necessàries per garantir la seva seguretat. En aquest sentit cal tenir en compte les regles de conducta que preveu l'art. 83.1 CP segons la nova regulació de la suspensió de l'execució de la pena i de la llibertat condicional que la LO 1/2015 de reforma del Codi penal preveu. Entre aquestes mesures hi ha la prohibició d'aproximació a la víctima o la prohibició de contacte amb certs grups o organitzacions, que poden constituir mesures oportunes amb relació a la problemàtica dels delictes d'odi. També es reconeix legítimació a les víctimes per facilitar al jutge o al tribunal qualsevol informació que resulti rellevant per resoldre sobre l'execució de la pena imposada, les responsabilitats civils del delicte o el comís (art. 13.2.b).

- La Llei 4/2015 preveu també el dret al reemborsament de despeses, devolució de béns, justícia gratuïta i les modalitats per a l'exercici dels drets de participació respecte a víctimes de delictes comesos en altres Estats de la Unió Europea.

A.3. Dret a la protecció

La major part de la Llei 4/2015 es dedica a regular diversos aspectes del dret a la protecció de les víctimes en el procés penal que integren el títol III. La importància d'aquest aspecte deriva de la necessitat de protegir les víctimes de les conseqüències que pot comportar-los la participació en el procés judicial, la qual cosa porta el legislador a fer també modificacions rellevants en la Llei d'enjudiciament criminal.

Com a precedent, a partir de la Llei 14/1999, de 9 de juny, de reforma de la LECrim, el jutge pot adoptar mesures que impedeixin la confrontació visual directa entre l'acusat i el testimoni, si aquest és menor d'edat o incapac (art. 455). Igualment es prohibeixen, com a regla general, els acaraments entre testimoni i acusat. Posteriorment, la LO 8/2006, de 4 de desembre, va establir que qualsevol declaració d'un menor es pot fer davant d'experts i sempre en presència del fiscal, a més dels representants legals, llevat que hi estiguin imputats (art. 433). També es preveu que el jutge pugui acordar la gravació de la declaració. Aquesta norma va introduir a més un paràgraf a l'art. 448 LECrim, pel qual es disposa que la declaració dels testimonis menors d'edat es dugui a terme evitant la confrontació visual amb l'inculpat, per a la qual cosa cal utilitzar qualsevol mitjà tècnic que faci possible la pràctica d'aquesta prova. Mitjançant aquesta Llei orgànica, orientada en general a la protecció de la víctima, es va reformar la Llei de responsabilitat penal del menor, l'art. 4 de la qual va incloure una sèrie de drets de les víctimes, que, cal recordar-ho, en molts d'aquests supòsits són menors d'edat.

El col·lectiu dels menors d'edat ha rebut en general més atenció que el de les persones amb discapacitat tant en el desenvolupament normatiu com en la seva aplicació. N'és una bona mostra la Circular 3/2009 de la Fiscalia General de l'Estat (FGE) sobre protecció dels menors víctimes i testimonis, que reclama un ferm compromís dels fiscals en la protecció dels menors al si del procés penal i fixa un seguit de criteris d'actuació. Aquesta mateixa tendència s'ha posat de manifest en la Directiva 2012/29, en què les persones amb discapacitat psíquica o cognitiva havien quedat fora del nucli de víctimes beneficiàries de l'estàndard més exigent de protecció, sense quedar abraçades per la presumpció d'especial vulnerabilitat i sense que pugui ser aplicada als Estats l'obligació de disposar de mesures pròpies del nivell més alt de protecció. No obstant això, no pot oblidar-se que la Directiva fixa un llindar de drets mínims, de manera que els Estats que estableixin un nivell més elevat de protecció de les persones amb discapacitats d'aquesta classe, equiparat al dels menors d'edat, no incompleixen la

Directiva i hi poden anar més enllà en el desenvolupament dels drets. Així ho fa en diversos aspectes la LEVID, la qual, en comptes de referir-se al concepte «*incapaç*», recorre a l'expressió «*persona amb discapacitat necessitada de suport per a l'exercici de la seva capacitat jurídica*», seguint el criteri adoptat en la LO 1/2015 de reforma del Codi penal.

La versió de la Llei 4/2015 aprovada finalment eleva la protecció de les persones amb discapacitat necessitades de protecció, respecte a les previsions inicials que feia el Projecte de llei i més enllà del llinar mínim que estableix la Directiva. Això no suposa una equiparació plena amb l'estatut de les víctimes menors d'edat. L'equiparació es produeix tan sols en alguns aspectes, entre els quals destaca la previsió de la possibilitat d'adoptar les mesures addicionals pròpies del llinar màxim de protecció que preveu la Directiva per als menors, quan siguin necessàries per limitar, tant com sigui possible, els perjudicis que la investigació o el judici puguin causar a la víctima. Aquestes mesures addicionals poden consistir en l'enregistrament per mitjans audiovisuals de les declaracions prestades en la fase d'investigació i la seva posterior reproducció en el judici i que la declaració sigui rebuda per mitjà d'experts (art. 26.1). També preveu la possibilitat de nomenar un defensor judicial de la víctima, perquè la representi en la investigació i en el procés penal, quan estimin que els representants legals de la víctima menor d'edat o amb capacitat judicialment modificada tinguin un conflicte d'interessos amb la víctima mateixa, o quan aquesta no estigui acompanyada o estigui separada dels qui exerceixin la pàtria potestat o càrrecs tutelars (art. 26.2). Així mateix en el procediment d'avaluació de les necessitats de protecció, l'art. 24.2 indica que si les víctimes són menors o persones amb discapacitat necessitades d'una atenció especial cal que es tinguin en compte les seves opinions o interessos, i assimila aquestes persones als menors en l'advertència sobre la necessitat d'impedir la difusió d'informacions que puguin facilitar-ne la identificació, en nom de la protecció de la seva intimitat (art. 22).

Més enllà del que preveu respecte als menors d'edat i a les persones amb discapacitat, la Llei 4/2015 introdueix certes previsions relatives al procediment per elaborar l'**avaluació individual**, que s'ha de fer segons les característiques personals de la víctima, la naturalesa del delictes, la gravetat dels perjudicis causats i les circumstàncies del delictes (art. 23).

La valoració de les necessitats de la víctima i la determinació de les mesures de protecció correspon al jutge d'instrucció durant la fase d'investigació del delictes, al jutge o al tribunal que hagi de sentenciar durant la fase d'enjudiciament (art. 24), i també al fiscal investiga-

dor en el curs de les diligències d'investigació previstes (art. 773.2 de la Llei d'enjudiciament criminal).

Una limitació important de la Llei és que no es fa referència a la manera com poden participar els professionals especialitzats en el procés d'avaluació de les necessitats individuals, la qual cosa dependrà del desenvolupament reglamentari i dels acords entre l'Administració de Justícia i l'Administració que tingui la competència sobre els equips tècnics de suport a l'Administració de Justícia o els serveis especialitzats de suport a la víctima.

L'art. 23.2 de la Llei, quan es refereix a la naturalesa del delictes, i també a la gravetat dels perjudicis causats a la víctima i el risc de reiteració del delictes, estableix una llista de tipologies delictives **les necessitats de protecció** de les quals s'han de **valorar especialment**; entre d'altres, la llista inclou els delictes comesos per motius racistes, antisemites o altres referents a la ideologia, religió o creences, situació familiar, la pertinença dels seus membres a una ètnia, raça o nació, el seu origen nacional, el sexe, orientació o identitat sexual, malaltia o discapacitat. Això no implica una presumpció de vulnerabilitat en aquests casos, però la Llei reclama dels jutges una atenció especial a la problemàtica que puguin tenir aquestes víctimes, a la possible relació que puguin tenir amb els imputats, prenent en consideració si aquests pertanyen a un grup amb ideologia i actituds que puguin fer témer intimidació o represàlia, o l'impacte psíquic que hagi pogut tenir el delictes per a la víctima. A l'hora de valorar les necessitats de les víctimes cal tenir en compte les que elles mateixes hagin manifestat i la voluntat que expressin (art. 24.2).

A.4. Dret al suport

Un aspecte en el qual l'Estatut hauria pogut ser més ambiciós és la regulació dels serveis especialitzats de suport a la víctima. La Llei dedica un capítol dins de les disposicions comunes a les **oficines d'assistència a les víctimes** i incorpora un aspecte clau de la normativa: l'accés als serveis no es condicionarà a la presentació prèvia de denúncia (art. 28.3), la qual cosa obliga a revisar alguna de les normes i pràctiques existents a Espanya, especialment en àmbits com ara el de la violència de gènere. No obstant això, no posa l'accent en un aspecte fonamental com és la garantia d'accessibilitat. La facilitat d'accés afecta sobretot certs col·lectius de víctimes que tenen menys contacte amb aquests serveis a causa de barreres culturals i socials, com passa sovint amb les víctimes dels delictes d'odi. Per això, la pràctica de les institu-

cions ha d'estar especialment atenta a les dificultats d'accés pel que fa als espais, horaris d'atenció o adaptació a les circumstàncies lingüístiques i culturals de les víctimes.

L'art. 28 de la Llei regula les **funcions de les oficines d'assistència** a les víctimes de delictes. El precepte estableix una distinció de les víctimes en dues classes. El número primer inclou les funcions que constitueixen el contingut mínim de la prestació assistencial. L'art. 28.2 al·ludeix a una altra classe de prestacions que tan sols tindrien com a beneficiàries a aquelles víctimes respecte a les quals es determina que hi ha una necessitat, després d'una valoració prèvia de les seves circumstàncies personals que tingui especialment en compte el que preveu l'art. 23.2, que es refereix particularment a les víctimes menors d'edat, amb discapacitat, amb relació de dependència respecte del suposat autor del delicte i amb factors especials de vulnerabilitat.

L'art. 28.1 preveu els **continguts mínims** que ha de tenir amb caràcter general el suport a les víctimes. En la redacció d'aquest apartat el legislador s'ha limitat essencialment a reproduir el contingut de l'art. 9.1 de la Directiva, amb algun aspecte, però, que n'ha quedat fora i ha passat a l'art. 28.2, com ara l'assistència psicològica. En general, es tracta de prestacions limitades a una primera intervenció, relatives sobretot a informació o assessorament. Les prestacions són les següents:

- a) **Informació general sobre els drets de les víctimes i, en particular, sobre la possibilitat d'accedir a un sistema públic d'indemnització.** Cal entendre que entre aquestes informacions hi ha la relativa a la possibilitat de denunciar el fet delictiu i a la manera com cal fer-ho, si no és que ja ho han fet, i de mostrar-se part en el procés penal en els termes que preveu la Llei. La informació sobre indemnitzacions públiques ha de referir-se a les ajudes que preveu la Llei 35/1995, a més d'altres drets que preveu la legislació especial sobre terrorisme, violència de gènere o altres normes de caràcter autonòmic.
- b) **Informació sobre els serveis especialitzats** que puguin prestar assistència a la víctima, en vista de les seves circumstàncies personals i de la naturalesa del delicte de què pugui haver estat objecte. Un aspecte de gran importància a la pràctica és el criteri que han de seguir les oficines a l'hora de seleccionar els serveis objecte d'informació. Com que la Llei no distingeix entre serveis públics i privats, és clar que no han de distingir-se per via interpre-

tativa, de manera que no hi ha cap fonament per restringir la informació a recursos de caràcter públic.

- c) **Suport emocional.** Atès el caràcter de prestacions de primera intervenció que s'ha conferit a l'art. 28.1, cal tenir present que aquest suport emocional ha de diferenciar-se del «*suport o assistència psicològica*» a què es refereix l'art. 28.2, reservat a les víctimes amb necessitats especials d'atenció.
- d) **Assessorament sobre els drets econòmics relacionats amb el procés,** en particular sobre el procediment per reclamar la indemnització dels danys i perjudicis soferts i el dret a accedir a la justícia gratuïta. L'al·lusió al procés cal interpretar-la com una referència implícita al procés penal, tot i que l'assessorament ha d'incloure també informació sobre la possibilitat de reclamar per la via civil. El dret a l'assessorament va més enllà de la mera informació, la qual cosa suposa la necessitat que les oficines disposin de professionals especialitzats, amb titulació en Criminologia o Dret, que puguin facilitar a les víctimes assistència d'aquesta mena.
- e) **Assessorament sobre el risc i la forma de prevenir la victimització secundària o reiterada, o la intimidació o represàlies.** Aquesta mena d'assessorament pressuposa també que les persones que han de prestar-lo han de tenir una formació adequada i, en concret, la necessitat que tinguin coneixements sobre prevenció terciària de la victimització, és a dir, la que afecta els comportaments que poden adoptar les persones que han estat víctimes del delicte, per tal de reduir el risc de revictimització. Hi ha països en què les entitats de suport a víctimes també tenen programes de protecció de testimonis que els ofereixen suport davant els riscos per a la seva seguretat i per al seu benestar psíquic en cas que hagin de declarar en un procés penal.

L'art. 28.2 inclou els serveis següents que les oficines poden prestar, prèvia valoració de les circumstàncies particulars de les víctimes:

- a) **Suport o assistència psicològica.** Aquesta prestació la preveu el punt 9.1.c de la Directiva, que, a diferència d'altres continguts mínims, només obliga els Estats a prestar

el servei «*quan se'n disposi*». El legislador espanyol ha optat per preveure aquest dret només respecte a les víctimes amb necessitats especials de protecció. Un dubte que es planteja és si té sentit que les mateixes oficines prestin l'assistència psicològica, atès que la seva durada és llarga, o si més aviat la seva funció hauria de ser garantir que l'assistència es dugui a terme, per part d'entitats especialitzades o de recursos ja existents en la comunitat. La Llei 4/2015 deixa oberta aquesta possibilitat.

- b) **Acompanyament a judici.** Aquesta forma de suport té un gran sentit i algunes oficines ja l'han estat duent a terme amb les víctimes més vulnerables abans de l'aprovació de la Llei. L'oportunitat d'aquest suport requereix valorar la situació de la víctima i els recursos de suport que pugui tenir en el seu entorn immediat. Tot i que la Llei només fa referència al judici, no pot descartar-se la possibilitat que l'acompanyament es pugui fer extensiu a altres declaracions judicials o actes que suposin un risc per a la víctima. Aquesta és una funció per a la qual les entitats de suport a les víctimes podrien disposar d'equips de voluntaris que puguin actuar, amb la formació necessària i en contacte amb els professionals.
- c) **Informació sobre els recursos psicosocials i assistencials disponibles** i, si la víctima ho sol·licita, derivació a aquests recursos. No es entén gaire quin sentit pot tenir la referència específica a aquesta mena d'informació, que podria haver-se inclòs en la referència que fa l'art. 28.1.b a la informació sobre serveis especialitzats disponibles.
- d) **Les mesures especials de suport que puguin resultar necessàries quan es tracti d'una víctima amb necessitats especials de protecció.** Aquesta clàusula oberta reclama dels serveis de suport a víctimes una planificació i un coneixement dels recursos propis i existents a la comunitat respecte als diversos grups de persones a què es refereixen en general aquestes necessitats. En aquest sentit, cal tenir en compte la previsió que fa l'art. 9.3.a de la Directiva sobre refugis que puguin oferir protecció a víctimes que es troben sota intimidació o que corren risc de represàlies, com ara els existents per a víctimes de tràfic de persones o de violència de gènere. També cal tenir presents les necessitats de suport i acompanyament en casos de menors d'edat o de persones amb discapacitat. Cal va-

lorar d'una manera especial els casos en què aquestes persones pateixen victimització per part de persones del seu entorn, o en els quals no els donen suport, la qual cosa obliga a les oficines a actuar en coordinació amb les entitats que assumeixen les funcions de guarda i tutela i complementar les possibilitats de suport que els poden oferir, per tal de garantir que aquestes víctimes puguin exercir drets com és el d'anar acompanyats de persones de la seva elecció de tal manera que això els pugui aportar un suport eficaç en funció de les seves necessitats.

- e) **Derivació a serveis de suport especialitzats.** Igualment, aquesta possibilitat sembla supèrflua tenint en compte el que preveu l'art. 28.1.b, i, per tant, pot ser interpretar com una advertència sobre la importància que pot tenir per a aquesta classe de víctimes una tasca més activa de les oficines a l'hora de derivar casos a serveis especialitzats en víctimes amb necessitats singulars.

6.7. Reparació

Entre els drets de les víctimes, el dret a obtenir una reparació ocupa un lloc central. La concepció tradicional entén que aquest dret s'esgotava en l'acció que els perjudicats per un delictes poden exercir davant els tribunals per obtenir, per la via de la responsabilitat civil *ex delicto*, una compensació econòmica a càrrec de les persones criminalment responsables del delictes o d'altres persones que preveu el Codi penal. L'evolució de la sensibilitat social envers les víctimes ha portat a una concepció més àmplia de la reparació, en dos sentits. D'una banda, mitjançant la creació de sistemes de reparació econòmica a càrrec de fons públics. Aquest sistema vol evitar que l'obtenció d'una indemnització per part de la víctima estigui condicionada al fet que l'autor del delictes hagi estat identificat, jutjat i condemnat i que sigui econòmicament solvent.

A Espanya aquest sistema es concreta en la **Llei 35/1995**, que estableix ajudes a les víctimes de delictes violents i contra la llibertat sexual, i la **Llei 29/2011** de reconeixement i protecció integral de les víctimes del terrorisme, que preveu unes indemnitzacions econòmicament més elevades per a aquesta mena de víctimes.

D'altra banda, el dret a la reparació ha evolucionat en el sentit que es reconeix la necessitat d'atendre necessitats derivades del dany psíquic produït per la victimització i la insuficiència dels mecanismes

de compensació econòmica d'aquesta classe de mal, com ara la indemnització per danys morals. La justícia restaurativa ha sorgit, doncs, com un conjunt de respostes que miren de proveir justícia per a les víctimes del delicte, no en sentit punitiu, sinó reparador. El procés restauratiu més conegut a Espanya és la mediació, però hi ha altres formes més complexes, com ara les que es basen en els models de *conferencing* o dels cercles de pacificació, que permeten satisfer més àmpliament les expectatives de justícia restaurativa respecte als tres actors implicats en la victimització: l'infractor, la víctima i la comunitat. Cal no oblidar que la dimensió comunitària té un paper fonamental en la percepció social del fet delictiu i en el procés de victimització i una trobada restaurativa de caràcter judicial menada per un facilitador imparcial pot contribuir a restaurar els vincles socials de confiança.

En relació amb la víctima, cal tenir en compte, però, que els beneficis d'un procés restauratiu no poden entendre's limitats al resultat reparador que pugui derivar-se'n, sinó que en bona part consisteixen en el fet permetre-li participar de manera directa en un assumpte que l'afecta, la qual cosa pot aportar-li beneficis en termes de «*justícia procedimental*». Segons alguns estudis, sovint les víctimes valoren més aquesta aportació que la reparació material i altres resultats que hagin pogut aconseguir-se.²⁶⁹

En relació amb els **delictes d'odi** s'han plantejat en ocasions certs dubtes respecte a la **viabilitat dels processos de justícia restaurativa**. Una dificultat rau en la situació de desigualtat entre agressor i víctima. Aquesta circumstància representa un obstacle important que cal tenir en compte, atès el risc que el procés pugui causar danys a la víctima i reproduir la relació de dominació, tot i que, alhora, és una oportunitat per a la transformació, especialment si el que es planteja no és una pura mediació entre víctima i infractor sinó un procés més complex, en el qual intervinguin membres de la comunitat. En els delictes d'odi cal tenir en compte el model reparador de tipus transformatiu, que vol evitar que el procés serveixi per reproduir els prejudicis i els rols socials que estan en l'arrel del conflicte. El paper de la comunitat en el procés ha d'enfocar-se a reforçar la posició de la víctima i a generar una transformació cap a unes relacions socials igualitàries i no discriminatòries que tinguin efectes sobre l'agressor, la víctima i les persones del seu entorn.

Hi ha exemples de pràctiques restauratives dutes a terme en diversos països en relació amb delictes d'odi, com ara les de Minneso-

269. Vegeu TAMARIT SUMALLA, J.M. (coord.), *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Granada, Comares, 2012.

ta (EUA) en un cas de tensions racials produïdes al si d'una escola; o a Israel i els territoris ocupats, en conflictes interreligiosos; o a diverses zones de Londres (Regne Unit), tant en l'àmbit escolar com en el comunitari; o a Oregon (EUA). Alguns autors citen com a exemple de procés restauratiu per delictes d'odi a gran escala l'experiència duta a terme a Ruanda mitjançant tribunals locals de base indígena (*gacaca*). Un estudi sobre víctimes que han participat en processos restauratius posa en relleu que aquests processos contribuir a superar els estereotips socials i les pors que són a la base de molts delictes d'odi. En aquest sentit, són una bona resposta per a casos que no estan en el màxim nivell de gravetat des del punt de vista de la justícia penal, però que són expressió de conflictes profunds que poden ser el germen de possibles delictes futurs més greus. L'estudi mostra la naturalesa «fluida» dels delictes d'odi i com conflictes de poca gravetat conformen el que s'anomena «*espectre del delicte d'odi*», atès que les raons de fons d'aquests conflictes i les dels que poden desencadenar delictes més greus són comunes.²⁷⁰ En aquest sentit, les intervencions de tipus restauratiu poden tenir efectes positius per a les víctimes i també per a la prevenció d'aquests delictes.

Per les raons esmentades, és recomanable que les autoritats judicials facilitin la derivació de casos a programes de justícia restaurativa quan el cas hagi entrat en el circuit de la justícia penal. Igualment és important que aquests programes siguin promoguts per les administracions competents, per les institucions educatives i per les entitats socials, prestant una atenció particular a l'àmbit escolar, com a forma de respondre a conflictes i conductes d'odi.

La **Llei 4/2015, de l'Estatut de la víctima** del delicte, dedica l'art. 15 als «serveis de justícia restaurativa». El precepte preveu una remissió a un reglament per determinar la forma com les víctimes han de poder accedir a serveis de justícia restaurativa. Aquesta referència inicial al desenvolupament reglamentari pot sorprendre si es té present quins han de ser l'objecte i la finalitat de la regulació jurídica dels processos restauratius. Com que és tracta de processos extrajudicials caracteritzats pel diàleg informal, la Llei hauria de limitar-se a indicar quins elements fonamentals haurien de tenir aquests programes i quines condicions cal exigir a les persones que hagin d'actuar com a facilitadors. L'aspecte més important que cal regular és el relatiu als efectes sobre el sistema penal, i això s'ha de fer per llei, de manera que quedin plasmades en la llei processal penal, en el

270. Vegeu GAVRIELIDES, T., «Contextualizing Restorative Justice for Hate Crime», *Journal of Interpersonal Violence*, 27 (18), 2012, p. 3624-3643.

Codi penal i, si escau, en la llei penitenciària, les decisions que poden adoptar jutges, fiscals o òrgans competents en matèria d'execució penal i els criteris per a prendre-les. Més enllà d'aquestes qüestions, l'impuls i l'aplicació adequada de programes de justícia restaurativa no requereix una mentalitat reglamentista, sinó un suport institucional i pressupostari als professionals, de manera que puguin desenvolupar bones pràctiques basades en l'actualització del coneixement sobre les pràctiques restauratives.

Com que amb la Llei 4/2015 s'introdueix per primer cop una regulació legal de la justícia restaurativa a Espanya, el legislador ha sentit la necessitat d'incloure-hi elements que no fan referència pròpiament als drets referits, com són la prestació de consentiment de l'infractor, el reconeixement dels fets per part de l'infractor o la possibilitat de revocació del consentiment per part tant de la víctima com de l'infractor. L'art. 15 conté, a més, una referència a la finalitat dels serveis de justícia restaurativa, que seria, des de la perspectiva dels interessos de la víctima, la d'obtenir una reparació moral i material adequada dels perjudicis derivats del delictes. El sentit de l'expressió legal convida a entendre que el legislador ha optat pel model de justícia reparadora que es basa en el resultat, en detriment del model que se centra en la «*trobada*» o el procés.

L'art. 15 de la Llei 4/2015 adopta en principi una concepció oberta respecte a la justícia restaurativa, d'acord amb l'esperit de la Directiva 2012/29. A part dels requisits previstos, que corresponen bàsicament als que enuncia la norma europea, com a restricció generalitzadora només introdueix l'al·lusió al fet que «*no estigui prohibida per la llei per al delictes comès*», qüestió que s'explica pel propòsit del legislador de no qüestionar la prohibició de la mediació penal en la LO 1/2004, de violència de gènere. Així doncs, no hi ha una exclusió general de la possibilitat d'accedir a programes restauratius en supòsits com el de les víctimes menors d'edat, tenint en compte que hi són incloses explícitament en l'àmbit d'aplicació de la llei per mor de l'art. 1, a més del precedent que suposa l'existència de pràctiques de mediació en l'àmbit de la justícia juvenil, en el qual, en moltes ocasions, la víctima és també menor d'edat. Cal que l'execució de pràctiques restauratives amb víctimes menors tingui en compte la singularitat i les necessitats especials d'aquestes víctimes, essencialment la possibilitat que participin en el procés persones que puguin donar-los suport.

Entre els requisits que preveu l'art. 15 de la Llei 4/2015 destaca que l'infractor hagi reconegut els fets essencials dels quals deriva la seva responsabilitat. Actualment, aquesta és una exigència dels pro-

grames restauratius executats en alguns països i respon a diversos objectius. D'una banda, en la mesura que s'imposi com a requisit per a la derivació i la suspensió corresponent del procés penal, garanteix el respecte a la presumpció d'innocència, en el sentit que el jutge o el fiscal no paralitzarien el procediment a l'espera del resultat del procés restauratiu si el denunciador nega la part substancial dels fets o nega haver-hi participat. D'altra banda, el reconeixement del fet és inherent a l'assumpció de responsabilitat de l'infractor i, per tant, és una condició necessària de la reparació moral que el procés restauratiu pot aportar a la víctima, dimensió a la qual s'al·ludeix a l'encapçalament del precepte esmentat.

6.8. Principals serveis d'atenció a víctimes de delictes d'odi i discriminació a l'Estat i a Catalunya

A continuació s'exposen, sense ànim exhaustiu i merament a tall d'exemple, alguns serveis d'atenció i orientació a víctimes de delictes d'odi i discriminació que ofereixen tant les administracions públiques com col·lectius o organitzacions no governamentals que disposen d'oficines específiques amb aquesta finalitat.

6.8.1. Serveis prestats per les administracions públiques

A. Administració de l'Estat

A.1. Ministeri de l'Interior

En la seva pàgina web hi ha un apartat específic per a delictes d'odi, amb informació sobre què és un delicte d'odi, pautes per denunciar-lo, prevencions enfront de delictes d'odi, estadístiques i enllaços externs d'interès.

Dades de contacte:

Telèfon gratuït:

Guàrdia Civil 900 100 062

Polícia Nacional 900 100 091

Web: <http://www.interior.gob.es/es/web/servicios-al-ciudadano/delitos-de-odio>

A.2. Ministeri de Sanitat, Serveis Socials i Igualtat: Servei d'Assistència a les Víctimes de Discriminació per Origen Racial o Ètnic

És un servei que fa funcions d'assessorament, mediació i assistència a l'hora de formular denúncies, queixes o reclamacions per discriminacions sofertes.

La titularitat d'aquest servei estatal correspon al **Consell per a l'Eliminació de la Discriminació Racial o Ètnica**. Es tracta d'un òrgan col·legiat de l'Administració General de l'Estat adscrit a l'Institut de la Dona i per a la Igualtat d'Oportunitats, però s'incardina en la seva estructura jeràrquica (<http://www.igualdadynodiscriminacion.org/home.do>), entre les funcions del qual hi ha la de prestar assistència independent a les víctimes de discriminació racial, i també la realització d'estudis i informes i la formulació de recomanacions amb caràcter independent.

El servei d'assistència a les víctimes de discriminació racial es presta, sobre la base d'un contracte públic, per mitjà d'una xarxa d'organitzacions no governamentals especialitzades (ACCEM, CEAR, Creu Roja Espanyola, Fundació Cepaim, Fundació Secretariat Gitano, Moviment contra la Intolerància, MPDL, Red Acoge), la qual cosa permet disposar d'oficines d'atenció presencial a totes les comunitats autònomes. A la pàgina web del servei consten totes les oficines que l'integren, ordenades per províncies.

A més de l'atenció presencial, el servei és accessible per via telefònica i telemàtica.

Dades de contacte:

Telèfon gratuït: 900 203 041

Adreça electrònica: info@asistenciavictimasdiscriminacion.org

Web: www.asistenciavictimasdiscriminacion.org

B. Catalunya

B.1. Xarxa d'Oficines d'Atenció a la Víctima

És un servei gratuït que ofereix atenció, suport i orientació a les víctimes i persones perjudicades per un delictes, i punt de coordinació de les ordres de protecció de les víctimes de violència domèstica i de gènere que adopten els òrgans judicials a Catalunya.

Aquestes oficines depenen de la Direcció General d'Execució Penal a la Comunitat i de Justícia Juvenil i tenen com a finalitat oferir a les víctimes informació i suport perquè puguin exercir els drets que els reconeix la legislació vigent, i una atenció integral per potenciar la recuperació personal i reduir la victimització.

Amb aquest servei es pretén:

- Promoure els drets de les víctimes i potenciar l'aplicació i desenvolupament del marc normatiu.
- Fer de pont entre les víctimes i les instàncies judicials que intervenen en el procés.
- Prestar una atenció integral que eviti la revictimització, minimitzi les seqüeles i potenciï la recuperació psicosocial.

El servei ofereix:

- Assessorament i informació.
- Suport emocional i atenció psicològica.
- Derivació i coordinació amb els recursos de la xarxa comunitària.

Dades de contacte:

Hi ha oficines a Barcelona, Lleida, Girona, Tarragona i Tortosa. Les dades es poden consultar a:

<http://sac.gencat.cat/sacgencat/AppJava/organigrama.jsp?codi=17174&jq=200001>

B.2. Àrea per a la Igualtat de Tracte i No-Discriminació de Persones Lesbianes, Gais, Transsexuals i Bisexuals (Secretaria de Família del Departament de Benestar Social i Família)

És l'òrgan coordinador de les polítiques LGBTI a Catalunya que mitjançant la Comissió Interdepartamental i el Pla d'actuació de polítiques LGBTI, coordina, planifica, supervisa i avalua les polítiques LGBTI.

Els seus objectius són atendre les persones que pateixin, hagin patit o estiguin en risc de patir discriminació o violència per raó de l'orientació sexual, la identitat de gènere o l'expressió de gènere, per tal de donar-hi respostes adequades, àgils i properes i coordinades amb les necessitats de les persones, i també d'oferir tot el suport ne-

cessari a les persones que vulguin presentar una queixa formal o una denúncia administrativa davant l'Administració, i fer-ne el seguiment.

El servei el presten, amb recursos propis de la Generalitat, els serveis municipals i les entitats territorials especialitzades en les diferents matèries. L'Àrea LGBTI coordina totes les demandes i fa l'acompanyament corresponent.

Dades de contacte:

Telèfon d'assessorament: 935 517 717

Urgències: 112, 012

Adreça electrònica: arealgbt.bsfc@gencat.cat

Web: permet presentar una denúncia a través de l'enllaç «Informació sobre com fer una denúncia de fets contra les persones LGBTI» http://benestar.gencat.cat/ca/ambits_tematicos/lgtb/

B.3. Mossos d'Esquadra

A cada comissaria de Mossos d'Esquadra hi ha:

- Una **oficina de relació amb la comunitat (ORC)**, que té per objectiu facilitar un contacte permanent i estable amb la ciutadania a la qual els policies han de servir, atesa per diversos agents. A cada oficina es fan sovint trobades amb col·lectius i organitzacions de persones de diferents races, ètnies, religions, col·lectius LGBT, etc., la qual cosa genera una relació de confiança amb l'objectiu de propiciar un flux d'informació i d'interès per a la seva seguretat.
- Un **Grup d'Atenció a les Víctimes (GAV)**, la missió específica del qual és l'atenció a les víctimes i fer seguiments de victimització específica. Es tracta de grups més especialitzats que, en un principi, estaven focalitzats en l'atenció de conflictes relacionats amb la violència de gènere i domèstica, però que ara han ampliat la seva atenció a totes les víctimes de delictes d'odi i discriminació.

Dades de contacte:

Urgències: 112

Dades de cada comissaria:

<http://sac.gencat.cat/sacgencat/AppJava/organigrama.jsp?codi=13760&jq=200047>

Adreça electrònica: mossos.delictes.odi@gencat.cat

És una adreça de correu electrònic a la qual qualsevol persona pot enviar informació sobre un fet del qual tingui coneixement, expressar queixes o formular peticions d'informació. No serveix per presentar denúncies; per fer-ho la persona ha d'adreçar-se a qualsevol comissaria de Mossos d'Esquadra.

B.4. Fiscalia

Cadascuna de les quatre fiscalies provincials que integren la Fiscalia de la Comunitat Autònoma de Catalunya disposa d'un fiscal delegat per a la tutela penal del principi d'igualtat i contra la discriminació. A Barcelona rep el nom de Servei de Delictes d'Odi i Discriminació.

La Fiscalia és un òrgan constitucional de l'Estat que pot rebre denúncies de la ciutadania i obrir diligències d'investigació per esclarir fets constitutius d'infracció penal i per identificar-ne els autors, i que exerceix, si s'escau, les accions penals corresponents. A més, exerceix en la persecució dels delictes motivats per odi o discriminació les funcions que constitucionalment i legalment té encomanades, promou l'acció de la justícia en defensa de la legalitat, dels drets dels ciutadans i de l'interès públic tutelat per la llei, d'ofici o a petició dels interessats, alhora que vetlla per la independència dels tribunals i procura davant d'aquests la satisfacció de l'interès social.

Dades de contacte:

— Fiscalia Provincial de Girona

Adreça: pl. Josep Maria Lidon Corbí, 1. Girona

Telèfon: 972 942 562

— Fiscalia Provincial de Lleida

Adreça: c/ Canyeret, 1. Lleida

Telèfon: 973 705 840

— Fiscalia Provincial de Tarragona

Adreça: av. President Lluís Companys, 10. Tarragona

Telèfon: 977 920 100

— **Fiscalia Provincial de Barcelona:** disposa de dos serveis:

a) Servei de Delictes d'Odi i Discriminació:

Adreça: Ciutat de la Justícia, Edifici F, planta 11. Gran Via de les Corts Catalanes, 111. Barcelona

Telèfon: 933 656 474

Adreça electrònica: fiscalia.odidiscriminacio.barcelona@xij.gencat.cat

b) Servei de Protecció i Tutela de Víctimes en el Procés Penal:

és un servei d'informació a les víctimes sobre l'estat del seu procediment i d'orientació a víctimes de delictes. Ofereix també protecció a víctimes i testimonis a instàncies d'un fiscal o bé a través d'institucions penitenciàries en excarceracions de presos de risc alt o molt alt.

Adreça: Ciutat de la Justícia, Edifici I, planta 6. Gran Via de les Corts Catalanes, 111. Barcelona

Telèfon: 935 548 648

B.5. Ajuntament de Barcelona: Agència pels Drets Civils i la No-Discriminació

L'Agència ofereix serveis d'informació, atenció, assistència i assessorament jurídic per a la defensa dels drets de les persones que poden ser discriminades per raó de raça, ètnia, gènere, orientació sexual i identitat de gènere, origen o pertinença cultural, pràctiques religioses, estat de salut, diversitat funcional, edat i/o situació econòmica.

La prestació d'aquests serveis es fa de manera presencial mitjançant dues oficines:

a) Oficina d'Atenció de l'Agència pels Drets Civils i la No-Discriminació.

Dades de contacte:

— **Adreça:** c/ Ferran, 32. 08002 Barcelona

— **Telèfon:** 934 132 000

— **Adreça electrònica:** atenciodrets@bcn.cat

— **App:** properament serà operativa l'app de l'oficina, en sistema Android, per facilitar la informació i la denúncia d'accions susceptibles i tipificades com a vulneració de drets.

b) **Oficina d'Afers Religiosos.**

Dades de contacte:

- **Adreça:** c/ Comerç, 44.
- 08003 Barcelona
- **Telèfon:** 932 564 342
- **Adreça electrònica:** oar@bcn.cat

B.6. Ajuntament de Sabadell: Comissió de la Convivència

El novembre de 2004 es crea a Sabadell (Barcelona) la Comissió de la Convivència amb l'objectiu de treballar per a la prevenció i l'actuació transversal contra la violència de caràcter discriminatori, d'odi i d'hostilitat que en aquell moment s'estava produïa de manera alarmant a la ciutat, de la mà d'alguns grups violents organitzats.

La Comissió està formada per representants de tots els partits polítics presents al consistori, sindicats, entitats veïnals i ciutadanes, cossos de seguretat (Policia Nacional, autonòmica i local), familiars de víctimes de la violència d'extrema dreta, el Síndic Municipal de Greuges, el Col·legi d'Advocats de Sabadell, representants de la comunitat gitana, del col·lectiu de lesbianes, gais i transsexuals, representants del col·lectiu d'immigrants, i personal de l'Ajuntament especialitzat en convivència, joventut, educació i drets civils

La Comissió de la Convivència és un instrument ciutadà de seguiment i d'intervenció directa en els casos d'agressions o discriminació per raó de xenofòbia, racisme i/o homofòbia. És també un òrgan de participació, consulta i assessorament de l'Ajuntament per facilitar la detecció i la solució d'aquelles situacions de conflicte que puguin alterar la convivència de la ciutat de Sabadell.

Un dels elements clau en la seva lluita contra els delictes d'odi ha estat el treball coordinat i en xarxa amb altres agents socials i judicials, i en especial els convenis de col·laboració amb el Col·legi d'Advocats, que els han permès disposar d'una **llista d'advocats formats especialment** en l'àmbit penal dels delictes d'odi i discriminació per tal de poder acompanyar en el procés judicial les víctimes d'aquestes agressions.

També hi ha convenis de col·laboració concertats amb SOS Racisme, amb la Fundació Secretariat Gitano i amb el Moviment contra la Intolerància per mantenir, en tots els casos, un canal de comunicació, coordinació, intercanvi d'informació i formació que faciliti l'avenç conjunt cap a l'eradicació d'aquesta xacra social.

Serveis que ofereix

- **Telèfon de la convivència (937 453 257):** s'hi reben trucades relatives a qualsevol acte o comportament intolerant o violent envers persones o col·lectius, i que permeten activar el protocol d'atenció a les víctimes de violència.
- **Protocol d'atenció a les víctimes de la violència racista, xenòfoba o homòfoba:** inclou assistència jurídica, psicològica i mèdica per a les víctimes. Està vinculat al conveni que es manté amb el Col·legi d'Advocats de Sabadell. Per contactar-hi: telèfon **937 451 953**, o adreça electrònica **convivencia@ajsabadell.cat**.
- **Oficina de Drets Civils:** és el servei municipal d'informació i orientació per a la defensa dels drets de les persones, especialment el dret a la igualtat i a la no-discriminació per raó d'edat, ideologia, religió o creença, pertinença a una ètnia o nació, gènere, orientació sexual, malaltia o capacitats diferents.

Dades de contacte:

Telèfon: 937 453 301

Adreça electrònica: dretscivils@ajsabadell.cat

Web: <http://www.sabadell.cat/ca/2013-03-25-12-49-19/odc>

B.7. Ajuntament de Terrassa

a) Servei de Ciutadania i Drets Civils. Programa de Drets i Llibertats

Promou la difusió dels drets civils i humans i els seus mecanismes de garantia, principalment contra la discriminació per raó d'orientació sexual, identitat de gènere, d'origen, de religió o creences, informant i assessorant la ciutadania i treballant en xarxa amb altres agents de la ciutat.

Permet accedir al formulari de consulta i queixa contra qualsevol discriminació, mitjançant l'enllaç:

<https://aoberta.terrassa.cat/tramits/ferTramit.jsp?id=4401>

Dades de contacte:

Adreça: Carretera de Montcada, 596. 08223 Terrassa

Telèfon: 937 315 982

Adreça electrònica: ciutadania@terrassa.cat

Web: <http://www.terrassa.cat/ca/ciutadania>

Horari: de dilluns a divendres de 9.00 a 14.00 h; dimecres també de 16.30 a 19.00 h (El 2015, tancat per festes locals els dies 2 d'abril i 6 de juliol)

b) Servei de Joventut i Lleure Infantil

Ubicat a la Casa Baumann, ofereix als joves informació en diferents àmbits i també disposa de serveis d'assessorament com ara el Servei Jove d'Assessorament en Diversitat Sexual (servei d'atenció confidencial per a joves lesbianes, gais, bisexuals, transsexuals i intersexuals per part d'una professional especialista en identitat de gènere i diversitat sexual. També atén menors d'edat).

Dades de contacte:

Adreça: Avinguda Jacquard, 1. 08222 Terrassa

Telèfon: 937 848 390

Adreça electrònica: joventut.lleure@terrassa.cat;

Web: <http://casabaumann.cat/index.php/qui-som>

Horari: de dilluns a dijous de 9 a 14 h i de 16 a 19 h; divendres de 9 a 14 h

Més informació: Facebook: <https://www.facebook.com/CasaBaumann>; Twitter: casabaumann.cat

c) Servei de Polítiques de Gènere

S'encarrega de vetllar per la inclusió de la igualtat de gènere en totes les normatives i accions que duen a terme els serveis i organismes de la corporació, de prestar assessorament, informació, orientació i atenció a totes les dones sobre els seus drets, i especialment a les dones que pateixen violència masclista. Atén persones del gènere femení majors d'edat i menors amb permís familiar a partir dels 17 anys, i ofereix el servei específic següent:

Servei d'Informació a la Diversitat Afectiva i Sexual: és un punt d'acompanyament a dones lesbianes, bisexuals, transsexuals, *queers* i intersexuals per aclarir dubtes i sentiments, i per orientar i acompanyar les seves famílies. També treballa amb la resta d'agents socials, especialment el professorat d'educació primària i secundària, per a la prevenció de l'homofòbia i per la normalització de la diversitat sexual. I du a terme accions i campanyes a la ciutat per normalitzar l'homosexualitat femenina i per incloure la diversitat afectiva i sexual i les qüestions de gènere en la societat, treballant pels valors del respecte a la diferència.

Dades de contacte:**Adreça:** Carrer Nou de Sant Pere, 36. 08221 Terrassa**Telèfon:** 937 397 408**Adreça electrònica:** polgenere@terrassa.cat**Web:** <http://www.terrassa.cat/ca/dona>**Horari:** de dilluns a dijous de 8.30 a 14.30 h i de 16.00 a 19.00 h; divendres de 8.30 a 14.00 h i de 16.00 a 18.00 h. (El 2015, tancat per festes locals els dies 2 d'abril i 6 de juliol)**Més informació:**Facebook: <http://ca-es.facebook.com/people/Regidoria-Polítiques-de-Gènere/100001629728485>**6.8.2. Serveis prestats per organitzacions socials****A. *Consell de Víctimes de Delictes d'Odi i Discriminació (COVIDOD)***

El COVIDOD es va crear al començament de l'any 2014, a partir d'una iniciativa de Moviment contra la Intolerància, que fa més de vint anys que es dedica a l'atenció de víctimes. Va proposar agrupar, d'acord amb la Directiva europea de víctimes del delicte, els qui pateixen delictes de racisme, xenofòbia, antisemitisme, islamofòbia, antigitanisme, homofòbia, misogínia, disfòbia, sexisme, aporofòbia, totalitarisme, negrofòbia, transfòbia i altres formes d'intolerància.

El Consell de Víctimes també agrupa ONG que presten servei i donen suport directe a les víctimes, de manera que es genera una xarxa descentralitzada que arriba a tot Espanya. Igualment, també ha impulsat comissions d'experts jurídics, educadors, psicòlegs, periodistes i activistes que assumeixen els objectius del Consell i treballen voluntàriament en favor de les víctimes.

Entre els seus objectius hi ha el de prevenir l'aparició i combatre les diverses manifestacions d'intolerància, discriminació i delictes o crims d'odi; reclamar polítiques de prevenció criminal, impulsar una acció integral que inclogui els àmbits d'educació, comunicació, esport i cultura. Igualment vol vertebrar i estendre territorialment el moviment de solidaritat amb la víctima i treballar per una llei de protecció integral contra els delictes d'odi. També impulsa la sensibilització i mobilització ciutadana, la solidaritat amb col·lectius vulnerables, persones i comunitats diverses, i insta les autoritats a complir o fer complir, millorar o modificar la normativa que persegueix el delicte d'odi i discriminació, així com la prevenció i monitorització.

El Consell disposa d'una **Oficina de Solidaritat per a l'atenció a víctimes de delictes d'odi**:

Dades de contacte:

Telèfon: 901 101 375

Adreça electrònica: covidod@gmail.com e intolerancia@terra.com

B. *Aporofòbia. Persones sense llar*

B.1. Observatori Hatento. Observatori de delictes d'odi contra persones sense llar

L'Observatori Hatento pretén unir les forces, el coneixement i els recursos de diverses organitzacions d'**atenció a persones sense llar** i de defensa dels drets humans per generar un coneixement fiable sobre els delictes d'odi que es cometen contra les persones que estan en una situació d'exclusió social extrema i poder actuar-hi en contra.

A l'Observatori hi col·laboren diverses organitzacions que presten serveis de diferent naturalesa a persones sense llar.

Dades de contacte:

Telèfon: 911 108 984

Adreça electrònica: info@hatento.org

Web: <http://hatento.org/>

B.2. Fundació Rais

RAIS Fundació és una entitat d'iniciativa social, no lucrativa, independent i plural d'àmbit estatal creada el 1998. Treballa de manera activa a la Comunitat de Madrid, Comunitat Valenciana, Andalusia, Catalunya i Regió de Múrcia, i al País Basc a través de l'Associació RAIS Euskadi. El seu principal objectiu és lluitar contra l'exclusió social i donar resposta a les necessitats de les persones més desfavorides, especialment de les persones sense llar.

Dades de contacte:

Telèfon: 911 108 984

Adreça electrònica: delitosdeodiopsh@raisfundacion.org

Web: www.raisfundacion.org

B.3. Assís. Centre d'Acollida

És una associació de voluntariat que treballa al districte de Sarrià-Sant Gervasi de Barcelona amb l'objectiu de facilitar i motivar processos d'inclusió social de persones en situació de sense llar, fomentant la promoció de la persona i la sensibilització ciutadana respecte a la situació que pateixen.

Dades de contacte:

Adreça: c/ Isaac Albéniz, 14-28. 08017 Barcelona

Telèfon oficina: 932 520 568

Horari: de dilluns a dijous de 8.30 a 17 h; divendres de 8 a 15 h

Telèfon Atenció Social: 932044586

Horari: de dilluns a divendres de 8.30 a 15 h; dissabtes de 8.30 a 13 h.

Adreça electrònica: assis@assis.cat

Web: www.assis.cat

C. *SOS Racisme Catalunya*

L'organització humanitària SOS Racisme Catalunya disposa del Servei d'Atenció i Denúncia per a les Víctimes de Racisme i Xenofòbia (SAID), de caràcter gratuït, per donar resposta a les persones, grups i col·lectius que hagin estat víctimes de fets i comportaments racistes i/o xenòfobs, com també per informar-los dels seus drets i de les possibilitats que tenen per evitar que siguin vulnerats, amb una perspectiva inclusiva en l'àmbit social. La finalitat del SAID és, per tant, la restitució dels drets i de la dignitat de les persones que han estat víctimes d'actes racistes i/o xenòfobs.

L'objectiu prioritari del SAID és donar resposta a les discriminacions racistes i xenòfobes, per a la qual cosa ofereix una atenció integral individualitzada a les víctimes en funció de la seva situació social, laboral i personal. Aquesta atenció integral s'emmarca en els àmbits següents:

- Resolució i gestió del conflicte per les vies que siguin adequades:
 - intervenció directa;
 - mediació;
 - assessorament jurídic;

- denúncia jurídica;
 - denúncia per vies administratives, etc.
- Atenció personal (acompanyament i suport psicològic).
 - Atenció social (acompanyament i suport social).
 - Incidència social: en el cas que es consideri adient, interlocució amb els òrgans polítics i responsables de l'àmbit on es produeix el conflicte.

Dades de contacte:**Adreça:** Rambla de Santa Mònica, 10, 1er pis. 08002 Barcelona**Telèfon:** 934 126 012**Adreça electrònica:** denuncia@sosracisme.org*D. Observatori contra l'Homofòbia*

L'Observatori contra l'Homofòbia (OCH) ofereix un servei d'atenció a les víctimes d'homofòbia-lgbtifòbia. Està enfocat a qualsevol persona que hagi patit una agressió o discriminació per motius d'orientació sexual i/o d'identitat o expressió de gènere.

Les víctimes de la violència homòfoba (*lgbtifòbia*) poden dirigir la seva reclamació o denúncia a l'OCH a través de l'aplicació en línia de què disposa el seu web. Un cop estudiat el cas, es posen a la seva disposició i els ofereixen l'oportunitat d'assessorar-los per presentar denúncia davant els Mossos d'Esquadra o el jutjat de guàrdia, o qualsevol altra actuació formal o denúncia administrativa, davant el Síndic de Greuges.

L'OCH, sempre d'acord amb la víctima, pot derivar a altres serveis, com ara el Servei d'Atenció Integral de la Generalitat o entitats que ofereixen servei de suport psicològic.

El servei d'atenció a la víctima de l'OCH és gratuït i està atès per voluntaris capacitats en temàtica LGBTI i contra l'homofòbia i per advocats i advocades.

Dades de contacte:**Telèfon:** 932 172 669 (atén 24 h deixant missatge; atenció personalitzada dijous i divendres de 17 a 19 h)**Adreça electrònica:** och.observatori@gmail.com**Adreça:** c/ Verdi 88, local. 08012 Barcelona**Web:** <http://observatori-contra-homofobia.blogspot.com.es/p/inici.html>**Twitter:** @ocl_h

E. *Centre d'Informació per a Treballadors Estrangers (CITE)*

El CITE és un servei impulsat pel sindicat CCOO de Catalunya que porta vint-i-nou anys assessorant les persones immigrades en matèria d'estrangeria i sobre els seus drets socials i laborals. Des de l'any 2012, hi ha incorporat també la informació sobre mobilitat internacional de treballadors, amb la creació del Servei de Mobilitat Internacional de Treballadors (SMIT).

Des del CITE s'ofereix, de manera gratuïta:

- Assessorament i orientació sobre la Llei d'estrangeria.
- Tramitació de permisos de treball, de residència, de reagrupament familiar.
- Primera acollida i coneixement de l'entorn.
- Orientació sobre l'aprenentatge del català.
- Assessorament sobre mobilitat internacional de treballadors i treballadores.

Dades de contacte:

Adreça: Centre d'Informació per a Treballadors Estrangers (CITE) Via Laietana, 16, 1r.

Telèfon: 93 481 27 20

Adreça electrònica: cite-central@ccoo.cat

Web: www.ccoo.cat/cite

E. *Associació ACORD*

És una associació sense ànim de lucre constituïda l'any 2000 que presta assessorament, *Counselling*, orientació i recursos per a dones lesbianes, bisexuals i transsexuals.

Presten el seu servei actualment a les ciutats de Barcelona, Terrassa, Barberà del Vallès, Rubí, Santa Coloma de Gramenet, Sitges, Castelldefels i Cerdanyola del Vallès, i properament a Sitges i Sant Adrià de Besòs.

Dades de contacte:

Adreça electrònica: info.acord@acordlgtb.org

Web: <http://www.acordlgtb.org/>

7. COM PREPARAR UN CAS EN LA INVESTIGACIÓ I EN L'ENJUDICIAMENT?

7.1. Identificació dels delictes d'odi i acreditació de la motivació

Els delictes d'odi esdevenen el recurs dels qui anhelan destruir la pluralitat i la diversitat, i convertir la llibertat en por, i la cohesió i la convivència en fractura. Aquest tipus de fets constitueixen un atac directe als principis de llibertat, de respecte a la llibertat de les persones i als drets que els són inherents, i, en definitiva, als mateixos fonaments i pilars de l'Estat social i democràtic de dret.

La investigació d'aquesta tipologia de delicte ha de ser detallada i minuciosa i ha de fer aflorar la veritable motivació del fet.

A vegades, quan un investigador policial, un fiscal o un jutge d'instrucció aborden l'estudi d'un cas d'odi i discriminació, la motivació discriminatòria és evident i no planteja problemes per ser detectada, per exemple, quan els fets constitutius del delicte impliquen l'ús de paraules o símbols que fan palesa aquesta motivació i la víctima pertany a un col·lectiu minoritari, o quan l'acusat admet que el delicte va ser motivat pels seus prejudicis racistes, xenòfobs, homòfobs, etc.

Però moltes altres vegades la motivació discriminatòria no és òbvia i, com que es tracta de conductes que es defineixen per la seva motivació, la naturalesa de delicte d'odi pot quedar emmascarada si, arran de la investigació policial o judicial, no arriben a detectar-se dades o indicis que revelin aquesta motivació com a origen i causa de l'acció criminal. Això vol dir que, en un nombre indeterminat de vegades, agressions a persones concretes, danys dolosos en béns propietat de tercers o fins i tot baralles menors en llocs públics, com ara bars, discoteques o, en general, centres d'esbarjo, que s'esdevenen en circumstàncies d'índole molt diversa, oculten, en realitat, actuacions l'origen

de les quals rau sentiments d'odi o d'animadversió respecte de col·lectius definits per qualsevol de les raons a què ens estem referint.

En altres casos, la raó que aquestes conductes no arribin a coneixement dels òrgans encarregats de la investigació i persecució penal, o no siguin degudament catalogades, cal buscar-la en la decisió mateixa dels que han estat perjudicats pel delicte, que opten per no denunciar-lo a causa de la seva situació o de les seves circumstàncies personals. En aquest sentit, cal recordar la incidència que pot tenir en la víctima la seva pròpia sensació de vulnerabilitat, la por a futures represàlies, la desconfiança que pot haver-hi en sectors determinats respecte de l'actuació de les forces policials, o la inseguretat derivada de la situació d'irregularitat a casa nostra amb el risc inherent d'expulsió administrativa.

Les dificultats en la identificació dels il·lícits que ens ocupen demanen dels investigadors policials, fiscals i jutges d'instrucció una atenció especial per detectar –quan hi concorrin– en el curs de les investigacions aquest rerefons discriminatori i aquest tipus de motivacions que atempten contra la dignitat i la igualtat de les persones.

La clau per a qualsevol investigació és respondre les set preguntes d'or: què, on, quan, com, amb què, per què i qui ho va fer. La detecció i investigació efectives i l'enjudiciament exitós de delictes d'odi comença des del primer moment, amb el coneixement del fet o *notitia criminis*. L'èxit depèn en gran mesura dels coneixements i les accions empreses pel primer agent de policia que té coneixement dels fets i inicia les primeres diligències al lloc de l'escena dels fets i fa les primeres entrevistes a la víctima i als testimonis presencials, entre d'altres. El mateix es pot dir del jutge d'instrucció o del fiscal que rep al seu jutjat o oficina de Fiscalia una denúncia per fets motivats per discriminació.

Els senyals o indicadors que apunten a la comissió d'un delicte d'odi es basen en fets objectius, circumstàncies o accions de l'agressor que, d'una manera independent o en conjunció amb altres fets i circumstàncies, suggereixen, a través de la prova indiciària, que el delicte va ser motivat per odi o discriminació.

Per això, també resulta essencial tenir els coneixements necessaris per analitzar, interpretar i valorar correctament aquesta informació, per la qual cosa la formació en aquesta matèria esdevé un factor prioritari per garantir una actuació adequada dels que tenen la responsabilitat d'investigar.

Els indicadors de perjudici o polarització són una eina excel·lent per ajudar a identificar si un delicte constitueix un delicte d'odi o no, qüestió en la qual adquireix una rellevància especial la informació que en cada cas quedi recollida en els atestats policials, en el curs de la instrucció judicial o en les diligències d'investigació penal del Ministeri Fiscal.

A aquest efecte és inqüestionable el valor que poden tenir les expressions proferides, la simbologia –tatuatges, insígnies, etc.– utilitzada pels autors de l'acció il·lícita, les pintades, grafitos o dibuixos amb què es marca el lloc del fet, o fins i tot la vestimenta o l'aspecte físic extern dels que executen l'acció.

7.2. Prova d'indícis. Indicadors de polarització

La principal dificultat a la qual han d'enfrontar-se tant els investigadors policials com els fiscals i els jutges d'instrucció és la identificació, o dit d'una altra manera, la detecció d'aquestes accions, atès que, de vegades, la motivació última pot resultar difícil de determinar i, per tant, la seva adequada valoració a aquest efecte.

Tal com assenyala el Tribunal Suprem, en sentència 314/2015, de 4 de maig, acreditar la motivació de l'autor en cometre el delicte ens introdueix en un terreny valoratiu que, sens dubte, es presta a la discrecionalitat; per tant, ens trobem davant la indagació, en termes de càrrega de prova, d'un element motivacional que només pot deduir-se a partir d'indícis. És cert que en molts supòsits estaran acreditats d'una manera palmària, però també ho és que poden produir-se casos límit de solució molt complexa, i en tot cas serà una ingerència o judici de valor que ha de ser motivada d'acord amb l'art. 120.3 CE.

La prova circumstancial o indirecta pot sustentar una condemna penal per a delictes motivats per odi i discriminació a falta de prova de càrrec directa sempre que parteixi de dades fàctiques plenament provades i que els fets que constitueixen el delicte o la seva motivació es dedueixin dels indicis aportats per l'acusació, i que això es presenti a través d'un procés mental raonat, d'acord amb les regles del criteri humà i de la lògica i detallat expressament en la sentència condemnatòria (STC 61/2005 i 137/2005).

Es tracta d'una tècnica de prova que en principi és aplicable amb caràcter general a qualsevol tipus de delicte, però que resulta especialment útil per a l'acreditació de la motivació en els delictes d'odi.

El valor de la prova d'indicis com a prova de càrrec ha estat admès tant pel Tribunal Constitucional com pel Tribunal Suprem. El Tribunal Constitucional ha sostingut des de les primeres sentències sobre la matèria (STC 174/1985, 175/1985, 24/1997, 157/1998, 189/1998, 68/1998, 220/1998, 44/2000 i 117/2000) i el Tribunal Suprem en sentència de 18 de febrer de 2015,²⁷¹ **que a falta de prova directa de càrrec, també la prova indiciària pot sustentar un pronunciament condemnatòri, sense detriment del dret a la presumpció d'innocència.**

En resolucions més recents, el Tribunal Constitucional (STC 111/2008, 109/2009, 126/2011, 128/2011, 175/2012 i 15/2014) ha considerat com a **requisits imprescindibles** els següents:

a) El fet o els fets base (o indicis) han d'estar plenament provats:

- **Fets o indicis plurals:** els fets base o indicis han de ser plurals, doncs la seva pròpia naturalesa perifèrica els priva d'idoneïtat per fundar per si mateixos la convicció judicial.
- **Excepcionalment s'admet l'indici únic quan tingui una potència acreditativa singular o un significat especialment rellevant;** per exemple: agressió en la qual se selecciona una persona que pertany a un col·lectiu minoritari, aparentment gratuïta i sense que hi hagi enfrontament o discussió previs.

b) Els fets constitutius del delicte han de deduir-se precisament d'aquests fets base completament provats.

c) Perquè es pugui comprovar la raonabilitat de la inferència cal, en primer lloc, que l'òrgan judicial exterioritzi els fets que estan

271. STS de 29 de maig de 2013, EDJ 78324; de 3 d'abril de 2013, EDJ 50368; de 6 de març de 2013, EDJ 32655; de 4 de març de 2013, EDJ 29994; de 29 de novembre de 2012, EDJ 270036; de 22 de febrer de 2011, EDJ 11692; de 30 de novembre de 2010, EDJ 268793; d'11 de novembre de 2010, EDJ 246619; de 9 d'octubre de 2004, EDJ 152675; de 9 de març de 2006, EDJ 24808; de 4 de maig de 2007, EDJ 36109; de 28 de maig de 2007, EDJ 68151.

acreditats o indicis, i, sobretot, que expliqui el raonament o vincle lògic entre els fets base i els fets conseqüència.

d) Finalment, cal que aquest raonament estigui assentat sobre les regles del criteri humà o les regles de l'experiència comuna o, en paraules de la STC 169/1989, de 16 d'octubre, «*en una comprensió raonable de la realitat normalment viscuda i apreciada d'acord amb criteris col·lectius vigents*» (STC 220/1998, 124/2001, 300/2005 i 111/2008).

Indicis o indicadors de polarització més freqüents en delictes d'odi:

Es tracta d'un conjunt d'indicis que han de ser degudament recopilats per la policia i incorporats a l'atestat policial, tot plegat amb la finalitat de dotar fiscals i jutges de prou indicis racionals de criminalitat que permetin formular càrrecs d'imputació i, si escau, fonamentar condemnes.

La concurrència d'un o de diversos factors de polarització pot ser un indicador indiciari sobre la potencial existència de motivació racista o xenòfoba del delicte.

Per a més informació, OSCE-ODIHR, *Prosecuting Hate Crimes. A practical Guide*. <http://www.osce.org/odihr/prosecutorsguide>.

Entre els factors de polarització que l'Organització per a la Seguretat i Cooperació a Europa (OSCE-ODIHR)²⁷² estima important recopilar amb vista a l'acreditació de la motivació, cal destacar els que s'exposen a continuació:

- **La percepció de la víctima:** seguint les recomanacions de la Comissió Europea contra el Racisme i la Intolerància del Consell d'Europa (ECRI),²⁷³ la sola percepció o sentiment per part de la víctima que el motiu del delicte sofert pugui ser racista o xenòfob ha d'obligar les autoritats a fer una investigació eficaç i completa per confirmar o descar-

272. Per a més informació, OSCE-ODIHR, *Prosecuting Hate Crimes. A practical Guide*. <http://www.osce.org/odihr/prosecutorsguide>.

273. General Policy Recommendation núm. 11 ECRI. http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/GPR/EN/Recommendation_N11/e-RPG%2011%20-%20A4.pdf.

tar la naturalesa racista o xenòfoba d'aquest delicte. Aquesta percepció subjectiva de la víctima no vol dir que finalment el fet s'hagi de qualificar de racista o xenòfob o per un altre motiu discriminatori, però obliga a la policia, els fiscals o els jutges d'instrucció a investigar-lo i a orientar-hi la investigació per confirmar o descartar aquesta motivació. En aquest sentit s'expressa el Tribunal Europeu de Drets Humans en sentències de dates 4 de març de 2008, 31 de març de 2010 i 4 de març de 2011.

- La **pertinença de la víctima a un col·lectiu o grup minoritari** per motius ètnics, racials, religiosos, d'orientació o identitat sexual, discapacitat, etc.
- **Discriminació per associació:** la víctima pot no ser membre del grup objectiu, però pot ser un activista en solidaritat amb el col·lectiu. També pot donar-se el cas que la víctima estigui en companyia d'alguns membres del grup vulnerable. Es tracta de víctimes que, sense pertànyer a un col·lectiu minoritari, són escollides deliberadament perquè hi mantenen relació. Cal pensar en les parelles interracials o grups d'amics de diferents orígens nacionals, religiosos o ètnics, o els delictes comesos contra membres d'ONG que defensen els drets de minories. En aquests casos, el que és rellevant és analitzar la motivació que ha portat a l'autor a cometre els fets. Cal recordar que l'agreujant de discriminació de l'art. 22.4 CP parla de cometre el delicte «*per motius*», per exemple, racistes, amb independència de la condició de la víctima.
- Les **expressions o comentaris racistes, xenòfobes o homòfobes** que profereixi l'autor/s en cometre els fets. En aquest cas, es recomana que quedin recollides amb tota la seva literalitat en les declaracions de la víctima o dels testimonis i que, si és possible, siguin destacades usant lletres majúscules i en negreta.
- Els **tatuatges o la roba** que porti l'autor dels fets, que en molts casos, per la seva simbologia relacionada amb l'odi, poden ser molt gràfics per acreditar el perfil de l'autor i la motivació del delicte. En aquest sentit, la policia ha d'aportar informes fotogràfics incorporats als atestats que reflecteixin totes aquestes dades.
- La **propaganda, estendards, banderes, pancartes, etc., de caràcter ultra** que pugui dur l'autor dels fets o que puguin trobar-se al seu domicili, si se'n fa un escorcoll. Tots

aquests efectes han de ser filmats o fotografiats per ser incorporats a l'atestat. Això exigeix un coneixement per part dels investigadors del que s'anomena la simbologia de l'odi.

- Els **antecedents policials del sospitós** per participació en fets similars o per haver estat identificat anteriorment en l'assistència a concerts de caràcter neonazi de música RAC/OI, assistència a conferències, reunions o manifestacions de caràcter ultra caracteritzades per l'hostilitat envers col·lectius minoritaris. En aquest sentit, tal com hem recomanat anteriorment, és convenient sol·licitar aquestes dades als grups d'informació dels cossos policials.
- L'incident en ocasions ha passat prop d'un **lloc** de culte (p. ex., una sinagoga o una mesquita), un cementiri (p. ex., en la part musulmana) o un establiment d'un grup considerat minoritari en el veïnatge (p. ex., a la sortida d'un bar d'ambient gai).
- La **relació del sospitós amb grups ultres del futbol**. En aquest sentit, cal creuar les dades de què disposin els coordinadors de seguretat d'estadís de futbol per l'aplicació de la legislació de violència en l'esport.²⁷⁴
- La **relació del sospitós amb grups o associacions** caracteritzades per l'odi, animadversió o hostilitat contra col·lectius d'immigrants, musulmans, jueus, homosexuals, etc.
- Enemistat històrica entre els membres del grup de la víctima i del presumpte culpable.
- Si els fets s'esdevenen amb motiu o ocasió d'una **data significativa per a la comunitat o col·lectiu destinatari** (p. ex., un divendres, dia de l'oració per a musulmans, o un dissabte per als jueus, o el dia de l'orgull gai, etc.).
- Si els fets s'esdevenen en un **dia, hora o lloc en què es commemora un esdeveniment o és un símbol per al delinqüent** (p. ex., 20 d'abril, dia de l'aniversari de Hitler).
- I deixem per al final l'**indicador més poderós** de possible comissió d'un delicte per odi o discriminació: la **gratuïtat aparent dels fets, particularment si són violents i la víctima pertany a un col·lectiu minoritari**. Si ens

274. Llei 19/2007, d'11 de juliol, contra la violència, el racisme, la xenofòbia i la intolerància en l'esport, i Reial decret 203/2010, de 26 de febrer, pel qual s'aprova el Reglament de prevenció de la violència, el racisme, la xenofòbia i la intolerància en l'esport. <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-13408>.
http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-3904.

trobem amb una agressió o uns danys intencionats que no tenen una altra explicació versemblant i la víctima pertany a un col·lectiu minoritari pel seu origen, ètnia, religió, orientació sexual, el color de la seva pell o els seus trets físics, és altament probable que estiguem davant d'un delicte d'odi i que la motivació real encoberta sigui l'animadversió cap a la víctima per la seva pertinença o relació amb aquest col·lectiu.

La recent i molt important **sentència del Tribunal Europeu de Drets Humans de 2015.10.20 Balázs versus Hungría** avala la importància i validesa que tenen els indicadors descrits abans per orientar les investigacions sobre delictes d'odi.

L'esmentada sentència assenyalava que l'error més comú en la investigació dels delictes d'odi és el rebuig o el fracàs dels investigadors per identificar un acte criminal com un delicte d'odi, assenyalant que és essencial tenir alguns criteris per avaluar si un cas podria ser un crim d'odi, i en aquest sentit crida l'atenció sobre el fet que hi ha indicadors de criminalitat que són fets objectius i que assenyalen que un cas pot implicar un delicte d'odi.

Si hi ha aquests indicadors, l'incident ha de ser registrat com un possible delicte d'odi i ha de donar lloc a més investigació sobre el mòbil del delicte. L'existència dels indicadors no prova que l'incident sigui un delicte d'odi però la seva concurrència obliga. La prova de la motivació d'odi vindrà només després d'una investigació exhaustiva i completa, amb un resultat confirmat per un tribunal, però ja el mateix Tribunal indica que són una base fàctica objectiva i coherent per tractar incidents com a possibles crims d'odi.

El tribunal, en la sentència, fa una exhaustiva recopilació dels indicadors més comuns per acreditar un delicte d'odi que coincideixen substancialment amb els indicadors recopilats per l'OSCE.

7.3. Pericial d'intel·ligència

Es destaca la importància que pot tenir la prova pericial d'intel·ligència policial per articular la prova d'indícis que anteriorment hem descrit i que tindria com a objecte:

1. **Acreditar la motivació discriminatòria** subjacent a determinades accions. En moltes ocasions, resulta essencial en aquest sentit analitzar la informació disponible a partir de la valoració dels

indicadors o signes externs o circumstàncies anteriorment exposades i que concorren en la comissió del fet delictiu.

Els autors de delictes d'odi de vegades usen signes i símbols per indicar la seva afiliació a l'extrema dreta o la seva ideologia nacionalista. Mentre que l'esvàstica i altres símbols nazis són familiars per a la majoria de la gent, hi ha molts altres símbols que no són evidents o recognoscibles excepte per a coneixedors o especialistes. Poden incloure seqüències numèriques²⁷⁵ que fan referència a les lletres de l'alfabet o dates significatives que representen grups d'odi.²⁷⁶

La policia, els fiscals i jutges d'instrucció poden fer ús de la prova pericial d'intel·ligència per aportar al procediment penal una anàlisi tècnica sobre el significat dels símbols. Es recomana utilitzar aquest mitjà de prova des de l'etapa més primerenca del cas per analitzar i avaluar indicadors de motivació per odi, incloent-hi recerques a Internet i consultes amb experts per ajudar a identificar aquesta motivació.

2. Descobrir que darrere d'algunes agressions físiques o amenaces l'autor material de les quals és identificat o detingut s'amaguen veritables **grups organitzats o fins i tot organitzacions criminals** que, si no són objecte d'una investigació específica en profunditat, passen desapercebudes i, per tant, els seus comportaments d'inducció o autoria intel·lectual queden impunes.

No hi ha prou amb limitar-se a aclarir el fet i centrar-se en el seu autor material, cal esgotar les investigacions per aclarir la possible existència de veritables autors intel·lectuals.

També és relativament freqüent que els autors materials pertanyin a grups o organitzacions deliberadament constituïdes per difondre la doctrina de l'odi i al si dels quals s'encoratja i es promociona la comissió d'actes violents contra col·lectius determinats de persones, com són ara els d'immigrants, d'homosexuals, de persones que professen la religió musulmana, etc.

Per això, es recomana:

- Les unitats policials investigadores haurien de creuar les dades de l'autor material dels fets amb les informacions disponibles en les bases de dades policials sobre la seva relació o pertinença a grups extremistes o radicals violents. En particular, és important deduir aquesta rela-

275. Com el nombre 88, que significa 'Heil Hitler' (la lletra H ocupa l'octava posició de l'abecedari).

276. 20 d'abril, dia del naixement d'Adolf Hitler.

ció dels seus antecedents per identificacions que realitzades en virtut de la Llei de seguretat ciutadana per assistència a manifestacions, concentracions o concerts musicals organitzats per aquest tipus de grups, o també saber si té vinculació amb grups ultra del futbol a través d'infraaccions i sancions imposades en virtut de la legislació de violència en l'esport.²⁷⁷

- Als fiscals o als jutges d'instrucció que sol·licitin aquestes dades, si no consten en els atestats policials, a les unitats d'informació dels cossos policials que solen centralitzar-les.

7.3.1. *Naturalesa i valor de la prova pericial d'intel·ligència*

Aquesta perícia poden dur-la a terme experts facilitats pels cossos policials mateixos, normalment adscrits a les unitats d'informació per la seva especialització i coneixements qualificats sobre la matèria, però també poden fer-la experts d'organitzacions de la societat civil que també mantenen bases de dades en línia amb signes i símbols, com ara la nord-americana Lliga Antidifamació,²⁷⁸ a Espanya, l'ONG especialitzada en delictes d'odi Moviment contra la Intolerància,²⁷⁹ les quals tenen seccions en els seus llocs web en el qual es recullen símbols neonazis.

Els experts que subscriuguin aquests informes han de ser proposats per les acusacions per comparèixer en judici oral per tal de ratificar els seus informes d'acord amb els principis d'immediatesa i contradicció.

Cal tenir en compte la doctrina del Tribunal Suprem que resumeix la STS 157/2012, de 7 de març, que recull resolucions anteriors del mateix Tribunal, com ara les STS 480/2009, de 27 de maig, i 1097/2011, de 25 d'octubre, en els termes següents: *«aquesta prova no és sinó una variant de la pericial a què es refereixen tant els articles 456 LECrim, com*

277. Llei 19/2007, d'11 de juliol, contra la violència, el racisme, la xenofòbia i la intolerància en l'esport, i Reial decret 203/2010, de 26 de febrer, pel qual s'aprova el Reglament de prevenció de la violència, el racisme, la xenofòbia i la intolerància en l'esport. <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-13408>.

http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-3904.

278. Vegeu <http://nigdywiecej.org>, <http://archive.adl.org/hate_symbols/default_graphics.html>.

279. Vegeu <http://www.movimientocontralaintolerancia.com/>.

l'article 335 LECivil i la finalitat de la qual no és altra que subministrar al Jutjat una sèrie de coneixements tècnics, científics, artístics o pràctics que tenen com a finalitat fixar una realitat no constatable directament pel jutge i que òbviament, no és vinculant per a ell, sinó que com la resta de provances, queden sotmeses a la valoració crítica degudament fundada en els termes de l'article 741 de la Llei d'enjudiciament criminal».

Aquesta mateixa sentència i, posteriorment, la STS 263/2012, de 28 de març, defineixen com a notes característiques d'aquest tipus de prova les següents:

- a) És una prova singular utilitzada en processos en els quals són necessaris uns coneixements especials que no responen als paràmetres habituals de les proves pericials convencionals.
- b) No responen a un patró dissenyat en la LECrim, tot i que no hi ha res que impedeixi utilitzar-la quan resultin necessaris aquest tipus de coneixements.
- c) La valoració dels informes pel Tribunal és lliure. Tot i ser ratificats pels seus autors, no són, de cap manera, vinculants per al Tribunal.
- d) «No es tracta tampoc de pura prova documental; no poden ser invocats com a documents dels informes pericials esmentats, llevat que procedeixin d'organismes oficials i no hagin estat impugnats per les parts, i en les circumstàncies excepcionals que assenyala la Jurisprudència d'aquesta Sala per als casos en què es tracta de l'única prova sobre un extrem fàctic i hagi estat totalment obviada pel Tribunal sense cap explicació incorporada al relat d'una manera parcial, mutilada o fragmentària, o bé, quan sent diversos els informes pericials, resultin totalment coincidents i el Tribunal els hagi desatès sense aportar cap justificació del seu procedir.»
- e) Encara que en l'àmbit jurisprudencial s'ha discutit la naturalesa testifical o pericial d'aquests informes, i hi ha algunes resolucions que rebutgen la seva condició de perícia, en tant que no exigeixen un «*saber qualitativament diferent*» (per totes, STS 119/2007), el seu caràcter és més proper a aquestes últimes, ja que els autors de l'informe aporten coneixements propis i especialitzats per a la valoració de determinats documents o estratègies.
- f) En qualsevol cas, cal entendre que aquests informes participen de la prova d'indícis, en la mesura que aporten al

Tribunal dades de coneixement sobre persones o activitats. Aquestes dades, si són coherents amb el resultat d'altres mitjans de prova, poden servir, conjuntament amb aquests, per a la prova d'un fet, a partir de la valoració que en faci el Tribunal.

- g) Es tracta, en definitiva d'«un mitjà probatori que no està previst en la llei, sent els autors d'aquests informes persones expertes en aquesta classe d'informació que auxiliien el Tribunal, aportant elements interpretatius sobre dades objectives que estan en la causa, sent l'important si les conclusions que se n'extreuen són racionals i poden ser assumides pel Tribunal, racionalment exposades i de forma contradictòria davant la Sala.»

Atès que la naturalesa testifical o pericial d'aquest mitjà de prova no és unànime en la doctrina científica i en la jurisprudència, es recomana proposar als experts que la subscriguin a judici oral en **qualitat mixta de testimonis-pèrits, d'acord amb el que disposa l'art. 370.4 de la Llei d'enjudiciament civil**, aplicable subsidiàriament en el procés penal conforme a l'art. 4 de la Llei esmentada.

7.4. Necessitat d'aprofundiment de les investigacions policials i judicials

Per no limitar-se a investigacions superficials sobre els fets o els seus autors, es recomana:

7.4.1. **Recopilar tots els testimonis possibles. Reforçar al màxim la prova incriminatòria per no deixar que tot el seu pes recaigui exclusivament sobre la declaració testifical de la víctima**²⁸⁰

La víctima, en moltes ocasions, i pels múltiples motius que exposa amb detall l'apartat 3 d'aquest manual, no pot o no està en con-

280. La Decisió marc 2008/913/JAI del Consell, de 28 de novembre, relativa a la lluita contra determinades formes i manifestacions de racisme i xenofòbia mitjançant el dret penal, en l'art. 8, assenyala: «Els Estats membres han d'adoptar les mesures necessàries per garantir que les investigacions i actuacions judicials respecte a les conductes que pre-

dicions de denunciar. D'altra banda, ja vam analitzar en aquest apartat que de vegades no s'atorga a la víctima d'un delicte d'odi la mateixa credibilitat que a altres víctimes de delictes diferents, a causa que policies, fiscals o jutges no solen tenir la formació necessària o es veuen afectats pels mateixos prejudicis o estereotips que la resta de la societat a la qual pertanyen.

Aquesta recomanació és especialment important en els delictes en què, per la seva pròpia naturalesa, sigui molt difícil disposar d'elements objectius de corroboració del testimoni de la víctima, que serà insuficient en absència d'altres mitjans de prova per contradir i desvirtuar la versió de l'imputat o acusat que nega els fets; per exemple, en el delicte de denegació de prestacions en l'exercici d'una activitat empresarial o professional de l'art. 512 CP o en els delictes d'amenaques de l'art. 169 CP (vegeu apartat 3.5 d'aquest manual).

L'experiència diu que aquests casos, si només s'obtenen les declaracions de la víctima i de l'investigat, sense afegir-hi altres declaracions testificals o altres proves que aportin una corroboració objectiva a les manifestacions de la víctima, solen ser arxivats al jutjat d'instrucció o absolts en la fase d'enjudiciament per versions contradictòries. Per això, és important que els investigadors policials i, si escau, el Jutjat d'Instrucció localitzin i declarin altres testimonis que hagin pogut presenciar els fets.

La recopilació policial d'aquests testimonis, a més de facilitar proves importants sobre la motivació del delicte si pot recollir les paraules exactes que l'autor va dir immediatament abans o després del delicte, moltes vegades és fonamental per acreditar el fet en si, en vista dels nombrosos casos en què les víctimes no denuncien.

També aquesta recopilació pot proporcionar elements suficients per sol·licitar l'autorització judicial per a les indagacions més intrusives, com ara cercar a la casa del sospitós, lloc de pertinences de treball i personals, incloent-hi telèfons mòbils i ordinadors.

7.4.2. Rastrear perfils en xarxes socials o pàgines web relacionades amb l'investigat

Alguns autors de delictes d'odi graven els fets i ho publiquen a Internet, per fer propaganda dels seus actes o per mostrar-los als

veuen els articles 1 i 2 no estiguin supeditades a la presentació de declaracions o de càrrecs per part de la víctima de la conducta, almenys en els casos més greus, quan les conductes s'hagin comès al seu territori».

seus amics. Pàgines web, fòrums a Internet i perfils en xarxes socials són utilitzats per organitzar la comissió de delictes d'odi o, en ocasions, per vanagloriar-se'n de l'execució.

En molts casos, aquestes gravacions han demostrat ser importants proves per esclarir l'autoria dels fets i per acreditar-ne la motivació discriminatòria. Els autors d'aquest tipus de fets moltes vegades solen presumir de les seves accions, i en ocasions ho fan públicament. És de gran interès el **rastreig policial dels perfils públics que l'investigat pugui tenir en xarxes socials o en pàgines web que estiguin vinculades o relacionades amb aquests perfils.**

7.4.3. *Investigació de delictes greus*

Amb independència del que s'ha indicat respecte a la prova pericial d'intel·ligència, davant de **fets greus**, sempre que la naturalesa del delicte comès ho permeti, i ajustant-se als paràmetres de necessitat i proporcionalitat que marca la jurisprudència, per tal d'acreditar la motivació discriminatòria dels fets i, de vegades, per acreditar un possible delicte d'associació il·lícita de l'art. 515.4 CP, és altament recomanable **sol·licitar i acordar judicialment:**

- Diligències d'intercepció de les comunicacions telefòniques o telemàtiques.
- Diligències d'entrada i escorcoll als domicilis dels investigats amb el propòsit d'intervenir, no només efectes o instruments de la comissió del delicte i material informàtic que pugui contenir proves o indicis de la comissió del fet investigat, sinó també tota mena de propaganda, estendards, pamflets, etc., que evidencin una motivació d'odi envers la víctima o el col·lectiu al qual pertanyi.
- L'abocament de dades i l'anàlisi de terminals d'ordinadors, tauletes i mòbils, o l'accés a sistemes d'emmagatzematge d'informació en «*el núvol*».

Convé recordar el **concepte de delicte greu que fixa la doctrina del Tribunal Constitucional**,²⁸¹ segons el qual la gravetat de la infracció punible no pot estar determinada únicament per la qualifica-

281. STC 299/2000, d'11 de desembre, FJ 2; 123/2002, de 20 de maig, FJ 2; o la important 104/2006, de 3 d'abril, FJ 3.

ció de la pena prevista legalment, encara que, indubtablement, és un factor que ha de ser pres en consideració, sinó que també cal tenir en compte altres factors com són la naturalesa dels béns jurídics protegits, la rellevància social de la conducta, la comissió del delicte per organitzacions criminals o la incidència de l'ús de les tecnologies de la informació, atès que el seu abús facilita la perpetració del delicte i en dificulta la persecució.

En aquest sentit, la **Llei Orgànica 13/2015, de 5 d'octubre de modificació de la Llei d'enjudiciament criminal per a l'enfortiment de les garanties processals i la regulació de les mesures d'investigació tecnològica (BOE 6/10/2015, entrada en vigor 5/12/2015)**, preveu, en els arts. 579.1, 588 ter a) i 588 quater-b la possibilitat d'adoptar aquest tipus de diligències d'investigació que afecten drets fonamentals per a:

- **Delictes dolosos** castigats amb pena amb límit màxim de, almenys, **tres anys de presó**.
- Delictes comesos en el si d'un grup o organització criminal.
- Delictes de terrorisme.
- En certes diligències d'investigació per delictes comesos a través d'instruments informàtics o de qualsevol altra tecnologia de la informació o telecomunicació o servei de comunicació.

A més del que s'ha exposat, s'han de conèixer les noves diligències d'investigació que contempla aquesta reforma processal que, a més de modificar substancialment el règim legal de diligències d'investigació ja previstes, com l'entrada i registre domiciliaris, la detenció i obertura de correspondència privada o la intervenció de les trucades telefòniques, introdueix **noves tècniques d'investigació**, entre les quals destaquen:

- La possibilitat que funcionaris de la Policia Judicial, amb autorització judicial, puguin actuar sota identitat suposada en comunicacions mantingudes en canals tancats de comunicació per tal d'aclarir un delicte dels previstos expressament en la Llei d'enjudiciament criminal (art. 282.6 LECrim).
- L'autorització judicial perquè un agent encobert procedeixi a l'obtenció d'imatges i a la gravació de les converses que puguin mantenir-se en les trobades previstes entre l'agent i l'investigat, tot i que es desenvolupin dins d'un

domicili. L'agent encobert informàtic podrà intercanviar o enviar per ell mateix arxius il·lícits per raó del seu contingut i analitzar els algoritmes associats a aquests arxius il·lícits (arts. 282.6 i 282.7 LECrim).

- L'autorització judicial per a la col·locació i utilització de dispositius electrònics que permetin la captació i enregistrament de les comunicacions orals directes que l'investigat mantingui, a la via pública o en un altre espai obert, al seu domicili o a qualssevol altres llocs tancats (art. 588 quater-a).
- La captació d'imatges en llocs o espais públics per la Policia Judicial (art. 588 quinquies-a).
- La utilització de dispositius o mitjans tècnics de seguiment i localització amb autorització judicial, excepte en casos d'urgència, en què podrà fer-ho la Policia Judicial i donar-ne compte al jutge en un termini màxim de 24 hores (art. 588 quinquies-b).
- El jutge competent pot autoritzar la utilització de dades d'identificació i codis, així com la instal·lació d'un programari, que permetin, de manera remota i telemàtica, l'examen a distància i sense coneixement del seu titular o usuari del contingut d'un ordinador, dispositiu electrònic, sistema informàtic, instrument d'emmagatzematge massiu de dades informàtiques o base de dades (art. 588 septies-a)
- Accés, amb autorització judicial expressa i raonant la seva justificació, al contingut d'ordinadors, instruments de comunicació telefònica o telemàtica o dispositius d'emmagatzematge massiu d'informació digital o l'accés a repositoris telemàtics de dades (arts. 588 sexies lletres a i b).
- Es faculta el Ministeri Fiscal o la Policia Judicial perquè s'adrecin als prestadors de servei per tal d'esbrinar, sense autorització judicial, la titularitat d'un telèfon o de qualsevol altre mitjà de comunicació, o en sentit invers, la determinació del número de telèfon o les dades identificatives de qualsevol mitjà de comunicació (art. 588 ter m).
- La identificació i localització de l'equip o dispositiu de connectivitat corresponent a una adreça d'IP i les dades d'identificació personal de l'usuari requereixen autorització judicial expressa (art. 588 ter k) però el Ministeri Fiscal o la Policia Judicial podran requerir a qualsevol persona física o jurídica la conservació i protecció de dades o informacions concretes incloses en un sistema

informàtic d'emmagatzematge que es trobin a la seva disposició, fins que s'obtingui l'autorització judicial corresponent per a la seva cessió d'acord amb el que disposen els articles precedents.

7.4.4. *Impulsar les investigacions dels fets comesos per mitjà d'Internet i de les xarxes socials*

En la nostra societat actual, en evolució constant, el creixement dels delictes d'odi es produeix, en part, per la difusió a través d'Internet i de les diferents xarxes socials, que tant seguiment tenen entre la joventut.

L'anomenat *discurs de l'odi* o *hate speech* ja no es difon com abans, de manera presencial i mitjançant conferències o discursos davant un públic que acut expressament a l'acte, organitzat i publicitat per endavant. Actualment, molts grups criminals aprofiten les noves tecnologies per fer-ho, atesa la gran difusió massiva que poden dur a terme en poc temps i amb poc esforç, ja que el seu contingut arriba a milions d'usuaris a través dels dispositius electrònics.

És evident que per a les Forces i Cossos de Seguretat de l'Estat, per als jutges d'instrucció i per a les fiscalies ha de constituir una prioritat impulsar les investigacions per combatre aquesta activitat delictiva i en aquest àmbit, donada la complexitat tècnica que ofereix la seva investigació, sent essencial la resposta especialitzada tant a nivell policial com per part de la Fiscalia.

7.4.5. *Emprendre investigacions davant la convocatòria d'actes públics per tal de propagar el discurs de l'odi*

En aquest sentit, és freqüent la celebració d'actes públics en forma de concentracions, conferències, exposicions o concerts musicals convocats amb la finalitat de provocar o propagar el discurs de l'odi, la violència o la discriminació contra els diferents col·lectius com ara immigrants, jueus, gitanos, homosexuals i musulmans, i que són susceptibles de ser qualificats com a delictes d'incitació a l'odi, la violència, la discriminació o l'hostilitat, o com a delictes de negació o trivialització del genocidi del nou art. 510 CP.

En la mesura que es tingui esment de la convocatòria d'aquestes concentracions, conferències, exposicions o concerts musicals, és convenient, un cop acreditats els indicis racionals de la possible comis-

sió d'un delictes d'odi i discriminació, acordar que la policia enregistri i filmi tot l'acte per estudiar-lo posteriorment i depurar les accions penals que se'n derivin.

També convé que a les fiscalies, un cop rebuda la *notitia criminis* posada en coneixement per la policia o per les organitzacions de defensa dels drets humans, sobre esdeveniments públics en què es difonguin repertoris i cançons que inciten a l'odi, la violència i la discriminació per raons d'orientació sexual o contra els immigrants o el poble jueu, s'acordi la incoació de les diligències d'investigació per mitjà del fiscal especialitzat del Servei de Delictes d'Odi i Discriminació.

7.4.6. Valorar tots els béns jurídics afectats. Delictes contra la integritat moral

En els casos en què s'executin **actes de violència de manera aparentment gratuïta, sense cap altra motivació que el rebuig a la persona pel simple fet de ser diferent**, per tant, amb la finalitat de menyscar la seva dignitat, aquests actes no poden ser trivialitzats ni minimitzats. En aquests casos, i encara que la violència es tradueixi en un comunicat mèdic o un informe mèdic forense en què la lesió causada sigui constitutiva d'un delictes lleu (antiga falta) i la curació de la qual va requerir una simple assistència facultativa, això no pot comportar que aquests actes quedin reduïts a una infracció lleu, sense aprofundir en la investigació i sense valorar la possible afectació sobre altres béns jurídics com són la dignitat o la integritat moral de la víctima. **En aquests casos pot donar-se un concurs de normes entre l'art. 173 CP i el nou art. 510.2.a CP (reforma LO 1/2015), que s'ha de resoldre aplicant aquest darrer en virtut del principi d'especialitat de l'art. 8.1 CP.**

7.5. Com cal abordar la declaració testifical de víctimes de delictes d'odi i testimonis. Tècniques d'entrevista cognitiva

7.5.1. Introducció

Els delictes d'odi i discriminació presenten algunes característiques distintives específiques que els fiscals i investigadors han de tenir en compte a l'hora d'avaluar les declaracions de les víctimes i d'altres testimonis, entre les quals hi ha el fet que moltes de les víctimes de delictes

tes d'odi són reticents, per moltes i variades raons, a denunciar, compareixer i explicar a la policia, el fiscal o el jutge d'instrucció la història completa dels fets que han sofert (vegeu apartat 3 d'aquest manual).

Les autoritats n'han de ser conscients d'això i també que aquestes víctimes tenen necessitats especials, la qual cosa ha de repercutir en la qualitat de la seva atenció i protecció, tal com reconeixen d'una manera expressa la Directiva 29/2012, per la qual s'estableixen normes mínimes sobre els drets, el suport i la protecció de les víctimes de delictes, i la Llei 4/2015, de 27 d'abril, reguladora de l'Estatut de la víctima del delictes, que transposa aquesta directiva a l'ordenament jurídic espanyol.²⁸²

El gènere de la víctima és una altra consideració important quan es tracta de víctimes de delictes d'odi o discriminació, i pot ser un dels motius pels quals siguin comesos, cas en el qual ha de ser identificat. Per això, en la seva tasca amb les víctimes i els testimonis, els investigadors policials o judicials i fiscals han tenir en compte sempre els aspectes de gènere del cas i valorar la conciliació de les necessitats de les víctimes amb les normes que regeixen la presència de la víctima o del testimoni davant el jutjat d'instrucció o en la vista del judici oral davant el jutjat o el tribunal, i tenir presents les dificultats o resistències de les víctimes de delictes d'odi, i en particular les víctimes de violència sexual o de delictes de gènere, a enfrontar-se als autors d'aquests fets davant les autoritats.

7.5.2. Abordant les qüestions de la reticència a denunciar

Tal com exposa l'apartat 3.1 d'aquest manual, l'Agència de Drets Fonamentals de la Unió Europea, mitjançant estudis sòlids i reiterats,²⁸³ ha posat de manifest que molts dels delictes comesos no són denunciats, de manera que hi ha una considerable xifra submergi-

282. Directiva 29/2012. <http://www.boe.es/doue/2012/315/L00057-00073.pdf>. Aquesta directiva està en fase de transposició al dret intern a través del Projecte de llei d'Estatut de la víctima del delictes. http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-115-1.PDF.

283. Principals enquestes de la FRA (Fundamental Rights Agency):

Àmbit LGBTI: <http://fra.europa.eu/en/publication/2013/eu-lgbt-survey-european-union-lesbian-gay-bisexual-and-transgender-survey-results>.

Àmbit racial o ètnic: <http://fra.europa.eu/en/publication/2012/eu-midis-main-results-report>.

Àmbit antisemita: <http://fra.europa.eu/en/publication/2013/discrimination-and-hate-crime-against-jews-eu-member-states-experiences-and>.

da de fets que les víctimes per nombroses raons no volen o no s'atreveixen a denunciar, o ignoren que poden fer-ho.

Els principals motius per no denunciar, descrits en l'apartat 3.1, es resumeixen en la manca de confiança de les víctimes en les autoritats policials i judicials; una percepció subjectiva que si denunciïn «no s'hi farà res»; la por dels estrangers que no tenen permís de residència de ser expulsats; la por de possibles represàlies dels autors del fet o de l'organització a la qual pertanyen; el fet que viuen la discriminació com una cosa «*natural o normal*» en les seves vides quotidianes; l'extrema vulnerabilitat d'algunes de les víctimes que es troben en situació d'exclusió social, com ara les persones sense llar o les persones transsexuals que no tenen treball; i, com aquestes, moltes raons que impedeixen o dificulten la presentació de denúncies per aquests fets.

La denúncia pot ser interposada per la víctima, pels seus representants legals, si és menor d'edat, o per qualsevol persona que hagi tingut esment dels fets, però cal ser conscient que la víctima moltes vegades no pot o no vol denunciar per motius que han de ser respectats. En aquesta mena de delictes, el procés no pot recolzar sobre el fet que la víctima denunciï; no obstant això, es considera molt important que la persona assumeixi la seva condició de víctima d'aquest delicte i que estigui prou apoderada per interposar la denúncia. Aquesta denúncia cal mantenir-la durant un procés més o menys llarg i més o menys costós, emocionalment parlant, per tant, la víctima ha de conèixer amb tanta precisió com sigui possible quin és el camí que s'ha de fer un cop interposada la denúncia, per tal que aquest li resulti tan senzill com sigui possible.

La Decisió marc 2008/913/JAI, de 28 de novembre, de la Unió Europea, en l'art. 8, indica que els Estats membres han d'adoptar les mesures necessàries per garantir que les investigacions i actuacions judicials en delictes d'odi no estiguin supeditades a la presentació de declaracions o de càrrecs per part de la víctima de la conducta, almenys en els casos més greus.

La major part dels delictes motivats per odi i discriminació són delictes de caràcter públic i, per tant, els cossos policials, els fiscals i els jutges han d'actuar d'ofici tan aviat com tinguin coneixement que han estat comesos.

Com que la víctima és el testimoni més important en la major part dels casos, i sent conscients de les dificultats descrites, els investigadors policials, els fiscals i els jutges d'instrucció han de prendre les mesures necessàries per tranquil·litzar les víctimes tant com sigui possible per tal d'obtenir declaracions riques en detalls sobre la vivència soferta, evitant que els nervis puguin fer que es contradiguin. Aquest aspecte es considera fonamental per a una investigació eficaç, per a la construcció mateixa del cas i, en definitiva, per al seu èxit.

7.5.3. La declaració de la víctima. Tècniques d'entrevista cognitiva

La identificació de la motivació i resolució correctes de moltes investigacions criminals depenen de la informació proporcionada per les víctimes i pels testimonis. Les anàlisis fetes sobre la qualitat de les informacions obtingudes per policies, fiscals i jutges mostren, però, que solen ser de caràcter molt general, imprecises i incompletes.

Algunes estratègies inadequades que expliquen la pèrdua d'informació valuosa al llarg del procés són: l'ús excessiu de preguntes tancades, les interrupcions freqüents, l'elaboració de preguntes d'una manera inflexible i amb seqüències equivocades, el fet de no generar *rapport* i la sospita de la veracitat del testimoni.

Recomanacions per rebre declaració a víctimes i testimonis:

- Recollir les declaracions detallades dels testimonis i de la víctima, usant les seves pròpies paraules.
- Descriure amb detall el moment, durada i lloc on es va produir l'incident.
- Incloure els termes, insults i argot concrets, els noms específics, les seqüències d'interaccions conductuals, les interaccions verbals, l'aspecte dels autors, les seves accions específiques i els rols i qualsevol detall aportat, encara que sembli superflu, encara sigui parcial o encara que el testimoni/víctima hi manifesti inseguretat.
- Descriure el grau d'afectació des del punt de vista físic, psicològic, econòmic, etc., de qualsevol afectat per l'incident.
- Aplicar les tècniques d'entrevista cognitiva, que, en aquest sentit, constitueixen una estratègia molt útil.

L'**entrevista cognitiva (EC)** es desenvolupa gràcies a la col·laboració entre psicòlegs i investigadors policials o judicials. Promou l'ús d'habilitats socials i estratègies mnemotècniques per a la recuperació de la informació. Comparada amb l'entrevista estàndard, l'EC augmenta el nombre d'informacions obtingudes i la seva precisió, sense reduir-ne la qualitat, immunitza les víctimes i els testimonis contra posteriors entrevistes suggeridores, incrementa els detalls que permeten comparar les declaracions amb la conducta/llenguatge dels sospitosos, proporciona declaracions susceptibles de ser analitzades amb tècniques de detecció de veritat i mentida aplicades al contingut. I, a més, un altre dels beneficis de l'EC és que proporciona informació que ajuda a calibrar el dany psicològic experimentat per la víctima.²⁸⁴

L'entrevista cognitiva té les fases següents:²⁸⁵

Fase 1. Salutacions i rapport

Per evitar els recels que puguin tenir víctimes i testimonis – per desconfiança envers la policia o el fiscal o jutge d'instrucció, per a represàlies i conseqüències, inseguretat, vergonya per la seva condició– és indispensable que l'investigador generi un ambient de confiança i seguretat en el qual la persona se senti prou còmoda per parlar.

Per això, cal individualitzar l'entrevista, ajustar-hi l'estil a les necessitats de cada subjecte. L'investigador ha de presentar-se com una persona autèntica, sensible a la situació de la víctima o del testimoni i interessada personalment en la resolució del cas, i no com un mer representant del sistema.

Salutacions:

- Dir-li pel seu nom i presentar-nos dient-ne el nostre. Dirigir-se a la persona sovint pel seu nom.

284. FISHER, P.; BRENNAN, K.H.; MCCAULEY, M., «The cognitive interview method to enhance eyewitness recall», dins EISEN, M.L.; QUAS, J.A.; GOODMAN, G.S. (ed.), *Memory and suggestibility in the forensic interview*, Mahwah, Nova Jersey, Lawrence Erlbaum, 2002, p. 256-286.

285. Es transcriuen aquí les fases de l'entrevista cognitiva descrites per Concepción ANTÓN, professora de Psicologia Social i Antropologia a la Universitat de Salamanca, i que publica l'Observatori Espanyol del Racisme i la Xenofòbia en el *Manual de apoyo a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en la detección y registro de incidentes racistas o xenófobos*. http://explotacion.mtin.gob.es/oberaxe/documentacion_descargaFichero?bibliotecaDatoId=217.

- Utilitzar el tracte de tu o de vostè segons les característiques de l'entrevistat.
- Un únic entrevistador.

Rapport:

- Situar la víctima o el testimoni en disposició de recuperar els seus records.
- Eliminar qualsevol element de distracció durant l'entrevista –sorolls, interrupcions, trucades telefòniques, comentaris de l'entrevistador o preguntes, etc.
- Disminuir l'ansietat inicial permetent que l'entrevistat comenci a respondre i ho faci de forma positiva. Per a això, cal començar amb preguntes que no estiguin relacionades amb l'incident, però que no siguin despersonalitzades. Que mostrin un interès envers la persona i a les quals no pugui respondre amb monosíl·labs.
- Escolta activa: mantenir l'interès pel que diu, no interrompre, usar adequadament el llenguatge no verbal – postura relaxada, parlar a poc a poc, contacte ocular, assentiments de cap, posició en angle.
- Utilitzar preguntes obertes i evitar les preguntes suggeridores.
- Permetre l'expressió de sentiments i donar respostes empàtiques.
- Mantenir-se amb la ment oberta a totes les hipòtesis i no només a una.
- Indicar a la víctima o testimoni que pot prendre's el temps que li calgui per recordar i per ordenar els seus records.
- No interrompre, manejar els silencis com a estratègia per recordar.
- No mostrar sorpresa i no reforçar cap tipus de resposta.

Fase 2. Ajudes a l'entrevista; centrar-se en el record i transferir-ne el control

Transferir-ne el control

Cal evitar que la víctima o el testimoni assumeixin un paper passiu davant d'una figura d'autoritat. L'entrevistat ha d'entendre que ha de prendre el control de l'entrevista. El paper de l'agent ha de ser el de facilitar que l'entrevistat pensi i parli.

Això pot aconseguir-se a través de:

- Preguntes obertes.
- No interrompre.
- Apoderar l'entrevistat dient, per exemple: «*Jo no hi vaig ser, per tant no sé el que va passar. Tota la informació la té vostè, per tant digui tot el que recordi*».

Centrar-se en el record

- Motivar el record. Insistir que persisteixi en l'esforç per evitar que el testimoni o la víctima abandonin després del primer intent.
- Fer-li creure que disposem de tot el temps que calgui.
- Buscar el moment adequat per fer l'entrevista. Encara que és cert que el temps sol fer desistir de la denúncia, en termes mnemotècnics, després de les dues hores inicials, l'oblit és menor. No obstant això, si l'incident ha estat traumàtic, la immediatesa dels fets pot dificultar-ne el record.

Explicar-ho tot

Els testimonis i les víctimes solen seleccionar la informació que presten a les autoritats per la importància que li concedeixen, perquè creuen que la policia ja coneix bé del cas, per la seva pròpia seguretat respecte al que recorden, per pudor, etc. Per això cal:

- Insistir al subjecte que ens expliqui tots els detalls, fins i tot si creu que no són importants, o no n'està del tot segur.
- Demanar que expliqui les coses en el moment que arriben a la seva ment, sense deixar-ne res per a un altre moment.

Fase 3. Iniciar una narració lliure

Restabliment de les circumstàncies. És la fase més característica de l'entrevista cognitiva. Es basa en el *principi de codificació específica*, que afirma que la forma de recuperació més eficaç és la que crea un ambient de recuperació tan semblant a l'ambient real de codificació com sigui possible. És a dir, suggereix que els records estan associats als seus orígens contextuals. Reinstal·lar-se mentalment en les circumstàncies espaciotemporals, sensorials i afectives en què els fets van esdevenir-se és la clau que obre els llocs on s'emmagatzemen els records.

Consisteix a situar mentalment el testimoni o la víctima al lloc i en el moment en què es va produir l'incident. Cal recordar que restablir les circumstàncies no es refereix només a les circumstàncies

externes d'espai, temps i lloc, sinó també a les internes: sentiments, pensaments i pors experimentats en el moment dels fets.

Fase 4. Preguntar

Durant la fase anterior, la persona que pren la declaració ha d'estar atenta als detalls que queden incomplets i, un cop s'acaba la narració lliure, hi ha de preguntar.

La víctima i el testimoni ja han estat informats que el que interessa són els detalls, i en aquest moment l'investigador ha de prendre la iniciativa per completar-los. S'han d'evitar les preguntes suggeridores i, per tant, les han de referir-se a allò que ha estat esmentat espontàniament –fets, persones, llocs– i no a allò que l'investigador pensa que va passar.

L'experiència ha mostrat que la repetició genera reminiscència o hipermnèsies. És a dir, tot i que la repetició de la mateixa pregunta de la mateixa manera no és aconsellable (especialment quan s'entrevista a nens), tornar a preguntar de formes diferents incrementa la quantitat de detalls recordats.

En aquesta fase, demanem a l'entrevistat que torni sobre les informacions que han estat prou desenvolupades:

- Demanem que faci un esforç de concentració i que ens digui tot el que recordi, per insignificant o absurd que li sembli.
- Cal indicar a la persona que pot respondre «no ho sé».
- Cal situar-lo de nou en el context.
- Les preguntes han de ser tan compatibles com sigui possible amb l'entrevista, és a dir, d'acord amb la forma en què s'ha emmagatzemat la informació, en el mateix ordre que l'ha recordat.

Fase 5. Recuperació variada / recuperació extensiva

En aquesta fase es fan servir noves estratègies per incrementar la quantitat de detalls recordats, d'acord amb la teoria dels traços múltiples i la teoria dels esquemes.

La teoria dels traços múltiples sosté que els records conformen una mena de teranyina o entramat i, per tant, poden seguir-se diferents fils per trobar-los. És possible que allò que no hagi estat trobat en una forma de recorregut pugui trobar-se en una altra i, per aquest motiu, se suggereix recórrer l'entramat de tantes maneres com sigui possible, en una direcció i altra, per maximitzar el record.

La teoria dels esquemes afirma que és millor el record de l'esquema general dels fets; és millor quan es codifica en *scripts*, que organitzen els records jeràrquicament. No obstant això, els *scripts* dificulten la recuperació de detalls, especialment quan són inhabituals i afavoreixen la inclusió de records falsos consistents amb l'*script*. Per aquesta raó cal utilitzar tècniques que trenquin l'*script* per obtenir-ne detalls i tècniques de «*sacsejades de la memòria*» per completar els records.

Les estratègies són:

- Demanar que ens torni a explicar el que va passar, però en un ordre invertit, del final cap al començament.
- Sol·licitar que intenti veure l'escena des d'una perspectiva (p. ex., des del lloc que ocupava una altra persona que va participar-hi).
- Intentar que recordi diferents sentits, a més del que ha vist: olors, sons, sabors, tacte.
- Demanar que faci un dibuix o representacions de l'escena, de la ubicació de les persones.
- És imprescindible que l'entrevistat entengui que no se li exigeix aquest esforç perquè s'hi posi en dubte el que diu, sinó perquè en recordi més detalls.

Fase 6. Resum

L'entrevistador fa un resum del que ha declarat l'entrevistat. Cal demanar al testimoni o la víctima que hi afegeixin tants detalls com se'ls acudeixin.

Fase 7. Fi

Cal evitar que la víctima o el testimoni percebin l'entrevista com a insatisfactòria o inútil. En aquest sentit, hem de donar la impressió que ho ha fet bé i agrair-li la cooperació. Proporcionar un telèfon de contacte per si recorda nous detalls i prendre tots els detalls personals (al final, no al començament).

També cal fer-li comprendre la importància que té la seva declaració per tal que el cas prosperi i, per tant, la necessitat que comparegui en l'acte del judici oral per declarar i, d'aquesta manera, aconseguir l'esclariment definitiu dels fets, la depuració de la responsabilitat de l'autor i la reparació del dany o el perjudici sofert.

L'Organització per a la Seguretat i Cooperació a Europa (OSCE-ODIHR) en la seva *Guia pràctica per a la persecució de delictes d'odi*²⁸⁶ recomana que els policies i els fiscals **puguin demanar el suport i l'ajuda d'oficines d'atenció a les víctimes o fins i tot d'ONG o associacions de víctimes**²⁸⁷ per facilitar que la víctima denunciï i resoldre les dificultats perquè declari.

7.5.4. *L'avaluació de la credibilitat de víctimes i testimonis sense prejudicis*

Cal ser conscient que la víctima de vegades no es reconeix com a tal i que, a més, se li exigeix que sigui precisa, concreta, i recordi totes les dades sense cap fissura ni contradicció, i que qualsevol vacil·lació o contradicció respecte a això pot ser interpretada en contra de la versemblança del relat, sense que l'operador policial o jurídic que està prenent la declaració tingui presents factors de pressió social, emocional o psicològica.

La qüestió es pot complicar a mesura que s'avança en la tramitació del procés i s'apropa la fase de judici oral, normalment al cap de mesos i fins i tot d'anys. En aquest cas, amb el pas del temps, la víctima pot haver patit una reelaboració pròpia del fet, pot tenir obllits o fins i tot haver canviat la percepció del que ha passat; però, aquest procés mental, fàcil de comprendre, sovint pot no ser valorat d'aquesta manera i, per tant, acabar traient valor al testimoni o restant-li credibilitat.

Un altre aspecte molt important de la feina amb les víctimes és ser conscient dels estereotips i prejudicis que poden tenir els investigadors i jutjadors a l'hora de donar credibilitat a un testimoni. Policies, jutges i fiscals poden tenir prejudicis i estereotips, ja que són expressió de la societat a la qual pertanyen, i això els pot condicionar a l'hora d'investigar o jutjar un delicte d'odi.

El fet que una víctima inicialment no vulgui denunciar o que presenti la denúncia després de transcórrer força temps des que va patir els fets pot portar als investigadors o als jutjadors a desconfiar d'aquesta víctima o testimoni i dubtar de la credibilitat del seu testimoni.

286. www.osce.org/odihhr/prosecutorsguide.

287. Vegeu l'apartat 6.8 d'aquest manual, relatiu als principals serveis d'atenció a víctimes prestats per administracions públiques i organitzacions socials.

Cal ser conscients que moltes víctimes provenen de països estrangers, de vegades desconeixen la nostra llengua, o no saben llegir ni escriure, o ignoren què, on i com denunciar; per això, en molts casos, la víctima no fa el pas de denunciar fins que no ha superat els temors inicials, o fins que ha obtingut la informació i l'assessorament necessaris per a sentir-se segura, moltes vegades a través d'una ONG o associació de víctimes.

El Tribunal Europeu de Drets Humans ja va assenyalar en els casos Stoica contra Romania i Milanovic contra Sèrbia²⁸⁸ que els Estats van incomplir la seva obligació de dur a terme una investigació eficaç a causa de les visions estereotipades dels investigadors i fiscals.

Però, a l'hora d'avaluar la credibilitat del testimoni de la víctima, hem de parar atenció al fet freqüent que és la víctima mateixa d'un delicte d'aquesta naturalesa qui no és conscient realment de la seva condició de víctima i, per tant, que ha estat objecte d'un acte discriminatori, perquè pensa que rebre un tracte desigual forma part de la seva vida diària i l'assumeix com una cosa «normal».

Encara que es tracti d'un delicte diferent dels que analitzem aquí, la STS 306/2001, de 2 de març, ens serveix per il·lustrar la importància que té la percepció social d'alguns delictes, com també la influència sobre la vivència personal de la víctima i la credibilitat del testimoni de la víctima:

El recurrent, en l'argumentari del seu recurs, qüestiona la credibilitat del testimoni de la víctima. Diu que en el plenari va quedar patent l'odi de Lina cap al recurrent, en referència a contradiccions en el seu testimoniatge, que en un primer moment no denuncia les violacions de les quals va ser objecte els dies 10, 11 i 12 de juliol, que no va haver-hi persistència de la seva incriminació, que no van haver-hi dades perifèriques que corroboressin la seva declaració:

«[...] I si bé és cert que en la seva primera declaració, en seu policial (folis 5 i 6), efectuada a última hora del 12 de juliol de 2011 no va fer cap referència a les agressions sexuals de les quals va ser objecte entre els dies 10 i 12 d'aquest mateix mes, les quals tampoc no va al·ludir en la seva declaració ampliadora realitzada a la caserna a pri-

288. STDEH, secció 3a, de 13 de novembre de 2012, Stoica contra Romania; secció 2a, de 14 de desembre de 2010, Milanovic contra Sèrbia, núm. 44614/2007; de 12 de juliol de 2012, Beauty Salomon contra Espanya.

mera hora del matí del 13 de juliol (folis 7 a 10), això obeeix a la convicció expressada per la víctima en el plenari, que els forçaments i abusos sexuals en el si de la parella no constitueixen delicte, percepció tan errònia com sovint estesa en determinades capes socials en què certes dones no tenen coneixement del seu dret a la lliure autodeterminació en l'àmbit de la seva sexualitat, enfront de les agressions o abusos de tercers, siguin o no els seus marits, nuvis o parelles sentimentals.»

7.5.5. Abordar els conflictes amb les víctimes

A vegades pot haver-hi un conflicte entre els interessos de la víctima i els interessos de la Justícia. La víctima pot voler retirar la seva denúncia i en definitiva abandonar el cas o cercar una mediació o altres formes de reparació, mentre que el fiscal, com a garant del principi de legalitat, i tenint en compte les finalitats de prevenció general i especial de les penes, pot considerar que és necessari exercir l'acció penal.

En altres casos, pot ser que la víctima insisteixi per tal que els fets siguin perseguits, i que el fiscal consideri que els fets no estan acreditats o que no hi ha prou proves per formular acusació contra cap ningú.

La clau per abordar aquests conflictes, sense renunciar al compliment del principi de legalitat, és la comunicació amb la víctima i el desenvolupament d'una comprensió de la perspectiva de la víctima, i que el jutge d'instrucció i el fiscal siguin sensibles a la raonabilitat dels motius pels quals la víctima no vol que es persegueixi o s'enjudiciï el cas, i intentar mitigar aquesta dificultat sempre que sigui possible.

En canvi, en els casos en què no hi ha prou proves per continuar el procediment o per formular acusació, es recomana:

- Que el jutge d'instrucció o el fiscal informin a la víctima dels motius que impedeixen que el cas prosperi amb un llenguatge clar, comprensible i adaptat a les circumstàncies d'aquesta víctima.
- Si la víctima no coneix la nostra llengua, acordar la traducció de les resolucions judicials d'arxiu o absolució o els informes de sobreseïment del Ministeri Fiscal a la llengua de la víctima.
- Informar la víctima en la seva pròpia llengua i derivar-la a serveis d'atenció a la víctima o serveis socials de la seva comunitat autònoma o ajuntament perquè obtingui ajuda psicològica o econòmica, quan escaigui (en l'apartat 6.8 d'aquest manual se'n faciliten alguns casos).

7.5.6. Reduir el temor de les víctimes a declarar

Moltes víctimes van a judici amb sentiments de por o inseguretat i, de vegades, expressen temor a possibles represàlies dels autors del fet; per això, es recomana:

- Evitar la confrontació visual directa amb l'acusat, tant en les declaracions que puguin fer-se en fase d'instrucció (p. ex., declaració com a prova preconstituïda) com en l'acte del judici (mitjançant l'ús de barreres visuals o paravents), tot això a l'empara de l'art. 2.b de la Llei 19/1994, de protecció de testimonis,²⁸⁹ perquè la víctima pugui declarar lliurement sense sentir-se atemorida. En aquest sentit, vegeu l'acord del Ple no jurisdiccional de la Sala 2a del Tribunal Suprem de 6 d'octubre de 2000 sobre l'ús de paravents i mampares, així com la doctrina que assenyala el Tribunal Constitucional sobre testimonis protegits en STS de 8 d'abril de 2013, rec. 1771/2011.
- En els escrits d'acusació dels fiscals, a més de les penes corresponents a les infraccions penals comeses, es recomana interessar les penes de prohibició d'apropament a la víctima, al seu domicili, al lloc de treball i a qualsevol altre que sigui freqüentat per la víctima, i de comunicació per qualsevol mitjà informàtic, telemàtic, contacte escrit, verbal o visual d'acord amb el que preveu legalment l'art. 48 CP.

7.6. Al·legacions més comunes per desvirtuar la motivació discriminatòria. Valoració de les declaracions d'investigats o acusats

Aquest apartat descriu una sèrie d'arguments freqüents que se solen al·legar en els procediments penals quan una persona és investigada o acusada per delictes motivats per odi i discriminació, i que pel fet de ser comunes en els diferents Estats, han estat objecte

289. Llei orgànica 19/1994, de 23 de desembre, de protecció a testimonis i pèrits en causes criminals. http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1994-28510.

de recopilació per part de l'Organització per a la Seguretat i Cooperació a Europa (OSCE-ODIHR).²⁹⁰

És molt comú que s'intenti treure-li importància a la motivació per odi o discriminació imputada a investigats o acusats oferint explicacions alternatives que, o descarten aquesta motivació, perquè si quedés acreditada suposaria un agreujament punitiu de la seva conducta, o la minimitzen.

Els investigadors policials i judicials han de fer valer totes les dades disponibles en el cas i aprofundir les investigacions a fi de desemmascarar o emfatitzar la motivació discriminatòria del delicte i refutar aquesta forma de defensa.

7.6.1. «Només una baralla»

Molts delictes d'odi solen produir-se durant incidents que originalment podien haver-se desencadenat per altres motivacions diferents de l'odi o la discriminació, com ara una disputa entre veïns sobre la propietat, sorolls, un conflicte de trànsit, etc.

Aquestes motivacions inicials poden canviar durant el curs dels fets i transformar un delicte ordinari en un delicte motivat per prejudicis racials, religiosos, ètnics, homòfobs o d'una altra mena.

En altres casos, la naturalesa discriminatòria del mòbil és present des del primer moment que el subjecte actiu comet el delicte.

De vegades, en aquestes ocasions, els investigadors policials i judicials tendeixen a passar per alt la motivació discriminatòria, que, generalment, es demostra per l'ús de paraules ofensives o insults dirigits a la persona o a la identitat de grup al qual pertany la víctima.

En aquests casos, les disputes poden començar amb insults racistes o ofensius, o no, i sovint és dóna el cas que hi concorren diversos delinqüents contra una sola víctima i en el curs de la disputa es profereixen expressions clarament ofensives sobre la raça, l'ètnia, la religió, el gènere o l'orientació sexual.

Una defensa comuna en aquests casos és al·legar que l'incident va ser «només una baralla», rebutjant que es tracti d'un delicte motivat per prejudicis discriminatoris, i procurar fer veure que es tracta d'un cas de simple baralla de carrer o de vandalisme.

290. *Acusando delitos de odio, guía práctica para Fiscales*, OSCE-ODIHR, 2014. www.osce.org/odihr/prosecutorsguide.

7.6.2. «Les meves paraules no són racistes»

Els acusats neguen a vegades que la motivació dels seus actes delictius fos per odi o discriminació, i afirmen que les paraules que van utilitzar són simples declaracions de fet sense intenció d'ofendre les seves víctimes.

Algunes paraules poden tenir un doble sentit, per exemple, les paraules *immigrants* o *gitanos*, i poden ser utilitzades d'una manera que no tinguin intenció d'insultar. No obstant això, si aquestes paraules s'utilitzen en un context hostil, com ara durant una discussió o en fer un grafit, poden ser clarament racistes o xenòfobes.

Els acusats també poden afirmar que les seves paraules no tenien la intenció d'ofendre o insultar, i que ells no tenen sentiments negatius envers el grup al qual pertany la víctima.

En aquests casos, cal valorar el context complet dels fets, incloent-hi altres manifestacions de l'autor fetes durant l'incident i la versió que en puguin oferir els testimonis, que poden restar creïbles al que ha manifestat l'investigat.

Els mateixos arguments poden ser aplicats als símbols. Per exemple, un símbol d'orgull nacional o religiós no ha de ser en si mateix una representació d'odi. No obstant això, si un símbol particular es posa a la casa d'un immigrant juntament amb altres símbols o declaracions neonazis dient-li el migrant «vés-te'n», es converteix en un indicatiu de la ideologia nacionalista i la motivació discriminatòria de l'autor.

7.6.3. «Jo no sóc xenòfob, tinc amics estrangers»; «Jo no sóc homòfob, tinc un familiar gai»

El fet que un acusat tingui relacions amb persones del mateix origen ètnic, racial, etc., que la víctima no exclou automàticament que aquesta persona pugui actuar per prejudicis o discriminació envers la víctima o el col·lectiu a què pertany. Igualment, el fet que l'autor tingui familiars o fins i tot algun amic que sigui homosexual tampoc no l'exclou de tenir un comportament homòfob.

Cal partir de la base que predisposició i prejudici són fenòmens complexos i que, molt sovint, les persones amb prejudicis discriminatoris poden relacionar-se amb una persona en concret que pertany a grups en els quals normalment no confia i envers els quals té fins i tot sentiments de rebuig, perquè, en aquesta persona amb la qual es relaciona, hi veu una excepció més que una negació dels seus estereotips.

En els judicis és freqüent que, per tal de desmuntar les acusacions d'actuació per odi o discriminació, es proposi com a testimonis de descàrrec aquestes persones que pertanyen al mateix col·lectiu que la víctima i amb les quals, excepcionalment, l'imputat o l'acusat té relació.

7.6.4. «L'acusat pertany també a un col·lectiu minoritari com la víctima»

Aquest tipus d'al·legació és freqüent en dos tipus de casos:

1. Casos en què l'imputat o l'acusat és estranger o professa una religió determinada i agredeix una persona d'una altra nacionalitat o religió diferent. Les seves defenses solen al·legar que el seu client no pot ser xenòfob o no pot haver comès el delicte per prejudicis religiosos perquè ell també és estranger o professa una religió diferent a la majoritària.

2. Casos en què l'imputat o l'acusat pertany a la mateixa raça o religió que la víctima. Per exemple, una persona que agredeix una altra del seu mateix col·lectiu ètnic, racial o religiós pel fet que es relaciona amb persones d'una raça o una religió diferent o perquè manté relacions homosexuals que no admet.

Convé recordar que les **explicacions no convincents o contradictòries d'imputats o acusats**, encara que per si soles no són suficients per declarar culpable a qui les professa, sí que poden ser una dada més a tenir en compte per formar la convicció del jutge (STS 5 de juny de 1992, EDJ 5826, 9 d'octubre de 2004, EDJ 152675). Per això, la valoració de la **inversemblança palesa** de les manifestacions exculpatòries de l'acusat no implica la inversió de la càrrega de la prova si hi ha altres indicis rellevants de càrrec que, per si mateixos, permeten deduir racionalment la intervenció en els fets (STS 9 de juny de 1999, EDJ 10318; 17 de novembre de 2000, EDJ 37125), perquè, encara que l'escassa importància del relat no pot substituir l'absència de prova de càrrec, sí que és hàbil per servir com a element de corroboració dels indicis a partir dels quals se n'infereix la culpabilitat (STC 135/2003, 170/2005).

Per la seva banda, el **silenci en el judici oral** pot servir, igual que els contraindicis, per confirmar la valoració incriminatòria derivada d'altres proves indiciàries (STC 202/2000; STS de 20 de setembre de 2000, EDJ 30304; de 30 de desembre de 2004, EDJ 229445; STEDH 18731/91, de 8 de febrer de 1996, cas Murray; de 2 de maig de 2000, cas Condrom).

7.6.5. «Els continguts que vaig divulgar o manifestar públicament formen part de la meua llibertat d'expressió o ideològica o de consciència»

La majoria de les persones imputades o acusades per manifestar o difondre públicament continguts que inciten a l'odi, la violència, la discriminació o l'hostilitat contra persones o col·lectius per motius racistes, xenòfobs, antisemites, religiosos, homòfobs, etc., solen invocar en la seva defensa que aquestes manifestacions estan emparades pels drets constitucionals de llibertat d'expressió o llibertat ideològica o de consciència (art. 16 i 20 CE).

El discurs generador d'odi i discriminació no té empara ni cobertura en els drets constitucionals de llibertat d'expressió i llibertat ideològica o de consciència dels art. 16 i 20 CE, i això amb fonament en **els textos internacionals ratificats per Espanya que per mandat de l'art. 10 CE han de servir per a interpretar l'art. 510 CP**, i en les recomanacions que emanen d'organismes internacionals de defensa de drets humans i dels quals l'Estat espanyol és membre, i amb fonament també en la jurisprudència del Tribunal Constitucional i el Tribunal Europeu de Drets Humans. Sobre el concepte del que s'anomena discurs de l'odi i el conflicte amb els drets constitucionals esmentats, vegeu l'apartat 2.12 d'aquest manual, on s'exposa la normativa internacional i la jurisprudència més rellevant.

8. SERVEIS ESPECIALITZATS EN LA FISCALIA. COORDINACIÓ INSTITUCIONAL EN LA LLUITA CONTRA ELS DELICTES D'ODI I DISCRIMINACIÓ. LA INTERLOCUCIÓ I EL DIÀLEG NECESSARIS AMB LA SOCIETAT CIVIL

8.1. Serveis especialitzats de delictes d'odi i discriminació a la Fiscalia

Els darrers anys, el Ministeri Fiscal espanyol està immers en un procés de modernització, una de les línies essencials del qual és precisament la d'impulsar, des dels principis d'unitat i imparcialitat que té assignats constitucionalment, una actuació especialitzada o, almenys, un tractament específic –coordinat a escala nacional– en determinades matèries mitjançant l'articulació d'una estructura orgànica adequada i l'obtenció de les capacitats i habilitats necessàries per afrontar de manera eficient la investigació i persecució dels diferents fenòmens criminals. Aquest plantejament afavoreix, a més, la comunicació i la col·laboració amb institucions i organismes públics o privats que també estan implicats en la lluita contra les diverses manifestacions de la delinqüència.

La unificació de criteris d'actuació i la coordinació d'actuacions que faciliten l'especialització constitueix una de les principals funcions que corresponen al Ministeri Fiscal per decisió del constituent i una de les seves grans aportacions a l'Estat de dret i a la salvaguarda de principis fonamentals com són la seguretat jurídica i la igualtat de tots els ciutadans davant la llei.

La resposta especialitzada del Ministeri Fiscal en altres àmbits, com ara els delictes relacionats amb la corrupció, els de medi am-

bient, els de sinistralitat laboral o els de violència sobre la dona, ha demostrat, sens dubte, una gran eficàcia en la seva persecució i en el que toca a garantir la unitat necessària que ha de caracteritzar l'actuació del Ministeri Fiscal.

El Ministeri Fiscal, per les funcions rellevants que li han estat constitucionalment encomanades, per la seva posició especial en l'organització judicial espanyola, per la seva estructura interna i pels principis que informen la seva actuació, està cridat a fer una funció destacada en la investigació, persecució i sanció de les conductes delictives que atempten contra el principi d'igualtat i contra la dignitat de les persones, i amb aquesta finalitat específica canalitza el seu esforç a través d'aquesta àrea d'activitat desplegada per tot el territori de l'Estat.

Són múltiples i variats els problemes que afecten totes les víctimes de la discriminació, l'aversion irracional i l'odi envers qui és diferent només pel fet de ser-ho, i que estan motivades pel lloc de naixement, l'origen racial o ètnic, el sexe, la religió, les conviccions o opinions, l'orientació o la identitat sexual, la situació socioeconòmica, l'edat, la discapacitat o les malalties de les persones, entre altres motius discriminatoris.

Aquests fets delictius presenten particularitats i especificitats tant en l'àmbit de la seva recerca com en el de l'enjudiciament, per la qual cosa requereixen una atenció i una resposta especialitzades per part del Ministeri Públic que permeti conèixer de prop la realitat que envolta les diferents víctimes de la discriminació i, al seu torn, establir la necessària relació amb les organitzacions no governamentals que defensen els seus drets.

L'actuació específica i especialitzada del Ministeri Fiscal està sent reclamada per diverses associacions i organitzacions que treballen en l'àmbit de la prevenció i la lluita contra la discriminació en tots els fronts.²⁹¹ La seva reivindicació respon a la necessitat d'abordar de manera qualificada els problemes comuns que afecten totes les víctimes de discriminació, com a forma de contribuir a la unificació en l'aplicació dels preceptes del Codi penal i superar les dificultats tècniques derivades de la seva deficient i ja desfasada redacció i de la manca de coordinació sistemàtica en el catàleg de les causes discriminatòries que preveuen els diferents preceptes, com també la d'atendre les disfuncions que puguin produir-se per la manca de la necessària unitat d'actuació en l'abordatge tant per part de les Forces i Cossos de Seguretat com per part del Ministeri Fiscal de la investigació d'aquesta mena

291. Esteban Ibarra Blanco, president de Moviment contra la Intolerància, maig de 2011. <http://www.estebanibarra.com/?p=1123>.

de delictes, l'atenció a les víctimes i la depuració de les responsabilitats penals corresponents.

Aquest és el marc en què cal enquadrar la creació i posada en funcionament de la Delegació de Tutela Penal de la Igualtat i contra la Discriminació per Decret del fiscal general de l'Estat de data 10 d'octubre de 2011. El seu origen, sens dubte, cal vincular-lo al Projecte de llei integral per a la igualtat de tracte i no-discriminació,²⁹² preparat en la legislatura anterior i l'art. del qual 30 indicava expressament la designació d'un fiscal delegat del fiscal general de l'Estat per a aquesta matèria. El Projecte esmentat no va arribar a ser tramitat íntegrament per la convocatòria anticipada del procés electoral, però tot i això la Fiscalia va considerar oportú assumir aquesta mateixa idea pel seu valor amb vista a potenciar i optimitzar l'activitat del Ministeri Fiscal en aquest àmbit.

Així, el Decret de constitució de la Delegació es referia específicament a la necessitat d'oferir una resposta institucional davant el problema de la discriminació i davant la situació de desprotecció efectiva en què es troben les víctimes d'aquestes conductes. En aquestes qüestions el Ministeri Fiscal no podia desentendre's de les funcions tutitives que té encomanades per mandat constitucional, particularment la missió que li assigna l'art. 124 CE de «*promoure l'acció de la justícia en defensa de la legalitat, dels drets dels ciutadans i de l'interès públic tutelat per la llei, d'ofici o bé a petició dels interessats*», i també la de procurar davant els tribunals «*la satisfacció de l'interès social*».

La fiscal delegada del fiscal general de l'Estat va demanar a tots els caps provincials la designació de, com a mínim, un fiscal en cadascun d'aquests òrgans territorials, que s'encarregués de coordinar l'actuació de la Fiscalia en aquesta matèria en el territori respectiu i, al seu torn, de fer possible aquesta mateixa coordinació en el conjunt de l'Estat, actuant com a punt de contacte provincial en la xarxa nacional dirigida des de la unitat central per la fiscal de sala delegada. Aquesta xarxa va quedar constituïda definitivament el mes de març de l'any 2013.

A partir de l'experiència i el coneixement adquirits com a resultat del treball quotidià en cadascun dels seus òrgans provincials, la Fiscalia està en condicions de percebre les discrepàncies o criteris divergents en la interpretació i aplicació de les normes, tant pel que fa als aspectes penals substantius com als mètodes o formes d'investigació. Això possibilita, com a resultat d'un treball d'equip, que s'avanci en la necessària unificació de criteris i en la definició de les línies d'actuació

292. *Boletín Oficial de las Cortes Generales* de 10 de juny de 2011, núm. 130-1 http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A_130-01.PDF.

més adequades respecte a aquest fenomen criminal, com ja s'està fent en les diverses àrees d'actuació del Ministeri Fiscal.

Algunes fiscalies provincials ja duïen a terme una activitat compromesa en aquest àmbit, centrada en la detecció d'aquestes conductes i en el seguiment i control, més o menys detallat, d'investigacions policials i/o procediments judicials incoats per a la seva investigació i enjudiciament. Així, l'any 2011, es crea una secció amb aquest objectiu a la Fiscalia de Sevilla, similar a les que també s'havien articulats en altres fiscalies provincials com ara les de Madrid i Barcelona. Aquesta darrera fiscalia provincial és pionera en aquesta matèria, ja que el Servei de Delictes d'Odi i Discriminació hi està constituït des de l'any 2009, gràcies a la Instrucció 1/2009 d'aquest òrgan provincial, l'experiència del qual inspira el model de plantejament nacional del que ha de ser l'actuació del Ministeri Fiscal davant d'aquest tipus d'il·lícits.

Aquesta tasca esforçada que s'està desenvolupant des de fa anys ha estat fins i tot reconeguda en fòrums internacionals, concretament, en ocasió de la conferència anual de l'Agència de Drets Fonamentals de la Unió Europea (FRA), celebrada el novembre de 2013 a VÍlnius (Lituània), va ser considerada com a exemple de bones pràctiques l'articulació i funcionament del Servei de Delictes d'Odi i Discriminació de la Fiscalia Provincial de Barcelona i l'extensió d'aquest mateix esquema d'actuació, vistos l'efectivitat i els resultats positius, a tot el territori de l'Estat.

La Fiscalia Delegada del fiscal general de l'Estat va definir l'àmbit de competència d'aquesta àrea d'activitat i va fixar les conductes delictives en què s'ha de centrar l'atenció dels diferents fiscals especialistes:

- a) Delictes d'amenaques a grups determinats de persones, que preveu i pena l'art. 170.1 CP.
- b) Delictes de tortura per raons basades en alguna forma de discriminació, que preveu i pena l'art. 174.1 incís segon CP.
- c) Delictes de discriminació en l'ocupació pública o privat, que preveu i pena l'art. 314 CP.
- d) Delictes de provocació a l'odi, a la violència o a la discriminació, que preveu i pena l'art. 510.1 CP.
- e) Delictes de difusió d'informacions injurioses, que preveu i pena l'art. 510.2 CP.
- f) Delictes de denegació de prestacions públiques i privades, que preveuen i penen els art. 511 i 512 CP.
- g) Delictes d'associació il·lícita per promoure la discriminació, l'odi o la violència, que preveu i pena l'art. 515.5 CP.

- h) Delictes contra els sentiments religiosos, que preveuen i penen els art. 522-526 CP.
- i) Delictes de difusió d'idees o doctrines que justifiquin el genocidi, que preveu i pena l'art. 607.2 CP.

A més dels tipus específics esmentats anteriorment, s'hi inclouen altres comportaments que incideixen sobre el principi d'igualtat i que poden integrar altres il·lícits, com ara delictes contra la vida, la integritat física, la llibertat, el patrimoni, o altres béns jurídics de persones concretes i determinades, sempre que l'atac a aquests béns jurídics es dugui a terme per motius racistes, antisemites o per una altra classe de discriminació derivada de la ideologia, religió o creences de la víctima, o en atenció a l'ètnia, la raça o la nació a la qual pertanyi, o pel seu sexe, orientació sexual, malaltia o discapacitat. En aquests supòsits, la catalogació com a delictes d'odi s'associa a l'aplicació de l'agreujament que preveu l'art. 22.4 CP en la redacció actual.

Per tancar el ventall de conductes que atempten contra el principi d'igualtat, és obligat fer referència als comportaments que, sent susceptibles d'enquadrar en els delictes contra la integritat moral que preveu i pena l'art. 173.1 CP, tenen l'origen en raons discriminatòries basades en la ideologia, la religió, la raça, la nacionalitat, l'orientació sexual o la malaltia de la víctima, o en altres motius d'una naturalesa similar, ja que, malgrat que aquest precepte penal no inclou expressament la motivació referida, és evident que tant el tracte degradant, amb greu detriment de la integritat moral, com les accions hostils o humiliants a què es refereix l'article indicat poden tenir l'origen en plantejaments d'aquesta naturalesa.

La consideració d'aquest ventall de conductes il·lícites com a crims d'odi, i, per tant, la seva inclusió en l'àmbit d'actuació d'aquesta Delegació, ha estat avalada per les conclusions adoptades en les I Jornades d'Especialistes celebrades el mes de març de l'any 2014.

La creació de serveis especialitzats dins de les fiscalies ha de permetre afrontar els reptes següents:

- Donar la resposta especialitzada necessària i adequada en la investigació, persecució i valoració d'aquesta mena d'activitat criminal.
- Recopilar tota la profusa informació, documentació i recomanacions que emanen dels organismes internacionals de defensa dels drets humans, tant en l'esfera de Nacions Unides com a escala europea, i també la jurisprudència que emana dels diferents tribunals sobre el principi d'igualtat

i no-discriminació (Tribunal Europeu de Drets Humans, Tribunal de Justícia de la Unió Europea, Tribunal Constitucional i Tribunal Suprem).

- Apropar-se a la ciutadania i establir contacte i diàleg permanent amb les institucions públiques i amb les associacions de víctimes i les organitzacions no governamentals de defensa de drets humans.
- Contribuir a la unificació de criteri en l'aplicació i interpretació dels preceptes del Codi penal, la qual cosa ha de facilitar un increment de la seguretat jurídica en mirar de reduir tant com fos possible l'existència de resolucions judicials contraposades que s'observen en la pràctica diària.
- Contribuir a superar les disfuncions que puguin produir-se en haver-hi la unitat d'actuació necessària en l'abordatge tant per part de les Forces i Cossos de Seguretat com per part del Ministeri Fiscal de la investigació d'aquesta mena de delictes, l'atenció a les víctimes i la depuració de les responsabilitats penals corresponents.
- Afrontar, d'acord amb el principi de legalitat, la tendència a minimitzar l'entitat o seriositat d'aquest tipus de comportaments il·lícits. L'experiència demostra, tal com hem exposat anteriorment, que molts d'aquests afers són considerats com a fets de transcendència menor per policies, jutges i fiscals i és relativament freqüent que siguin reputats com a meres infraccions lleus: lesions, coaccions o amenaces, sense esgotar en alguns supòsits tota l'antijuridicitat i reprotxabilitat que mereix la conducta.
- Atendre la complexitat creixent que adquireixen les investigacions dels anomenats delictes d'odi com a conseqüència de la proliferació a Internet de pàgines, blogs personals i agrupacions de persones en xarxes socials dedicades a la comissió de delictes de provocació a l'odi, la violència i la discriminació.
- Combatre amb més especialització, i, per tant, més eficàcia i energia, el crim organitzat; és a dir, promoure investigacions dels grups o organitzacions criminals que d'una manera organitzada cometen delictes d'odi i difonen públicament l'anomenat discurs de l'odi o *hate speech*. Es tracta de veritables grups violents, aparentment definits per afinitats musicals, estètiques, esportives, etc., entre els quals estan el moviment *skinhead* o organitzacions

amb estructura jeràrquica i de naturalesa paramilitar,²⁹³ però que en realitat comporten autèntiques trames violentes i racistes l'agressivitat i perill de les quals han estat denunciats per la Comissió d'Investigació del Racisme i la Xenofòbia del Parlament Europeu i per nombroses i prestigioses entitats de lluita contra la discriminació com són The European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field,²⁹⁴ Migration Policy Group, Moviment contra la Intolerància,²⁹⁵ SOS Racisme,²⁹⁶ etc.

La gravetat dels fets esdevinguts els darrers anys a Alemanya, Noruega, Itàlia o Hongria, o més recentment a França o Dinamarca parla per si mateixa de la necessitat d'una resposta rigorosa, contundent i especialitzada per part dels poders públics, i en particular dels cossos policials i de la Fiscalia davant d'aquest fenomen delictiu que socava els fonaments de la convivència social i posa en risc els mateixos principis de l'Estat social i democràtic de dret.

8.2. Coordinació institucional

L'Estratègia integral contra el racisme, la discriminació racial, la xenofòbia i altres formes connexes d'intolerància,²⁹⁷ aprovada pel govern socialista en Consell de Ministres de data 4 de novembre de 2011 i assumida pel nou govern del Partit Popular, concedeix gran importància a la cooperació institucional entre les autoritats públiques i també amb la societat civil.

No hi ha dubte que l'existència d'una xarxa de fiscals dedicats específicament a aquesta matèria facilita i afavoreix la relació amb les víctimes del delictes, així com amb la resta de ciutadans i amb les institucions públiques o privades amb responsabilitat en aquest àmbit, i, per tant, amplia i potencia la capacitat del Ministeri Fiscal d'obtenir

293. Com són els casos de les organitzacions criminals: Blood & Honour, SAP Madrid de 30 de juny de 2010, confirmada per STS 372/2011, de 10 de maig; i Hammerskin, SAP Madrid de 16 de juliol de 2009 (EDJ 382819), confirmada per STS 1396/2011, de 28 de desembre. Totes dues organitzacions van ser declarades associacions il·lícites conforme a l'art. 515.5 CP.

294. Vegeu *European Anti-discrimination Law Review*, juliol de 2009.

295. Vegeu MOVIMIENTO CONTRA LA INTOLERANCIA, *Informe Raxen 2009*.

296. Vegeu SOS RACISME, *Memòria 2008 de l'Oficina de Denúncies*.

297. http://explotacion.mtin.gob.es/oberaxe/documentacion_descargaFichero?bibliotecaDatold=207.

amb més agilitat informació completa i detallada sobre tots els esdeveniments que puguin presentar aparença delictiva. La designació de fiscals delegats a cada capital de província com a encarregats de coordinar l'actuació del Ministeri Fiscal en aquesta matèria és un factor positiu amb vista a promoure i canalitzar la comunicació amb la Fiscalia per part dels col·lectius afectats per aquest tipus de fets, dels organismes en què s'agrupen pel que fa a la representació i la defensa dels seus interessos, i, en general, de tots els ciutadans, tant per denunciar fets d'aquesta naturalesa com per traslladar iniciatives, suggeriments o preocupacions que, en relació amb aquesta problemàtica, incideixin en l'àmbit de funcions del Ministeri Fiscal.

Però, a més, hi ha una sèrie d'organismes –dins i fora de l'Administració Pública– públics o privats, nacionals o internacionals, implicats en aquesta mateixa tasca i que poden facilitar d'una manera extraordinària l'exercici de les funcions tant de la policia com del Ministeri Fiscal en aquest àmbit i amb els quals es recomana establir vies estables de relació.

Per tal que el Ministeri Fiscal pugui prestar amb eficàcia les funcions que constitucionalment té encomanades, és inqüestionable que cal establir relacions fluides i constants amb les forces i cossos de seguretat i, especialment, amb les unitats encarregades de la investigació d'aquest tipus de conductes il·lícites, tot això amb el propòsit d'identificar els crims d'odi i per a la posterior persecució i sanció.

8.3. Protocols policials per a la investigació de delictes d'odi i discriminació

La investigació policial eficaç de les infraccions penals motivades per odi o discriminació i la correcta atenció i protecció policial a les seves víctimes exigeixen que s'estableixin d'una manera protocol·litzada regles o pautes unificades i homogènies adreçades als agents dels cossos policials per a la correcta identificació, recollida i codificació dels incidents racistes, xenòfobs o conductes discriminatòries, i poder facilitar d'aquesta manera a fiscals i jutges d'instrucció amb l'atestat policial, a més d'una exacta i precisa descripció dels fets descoberts, totes les declaracions i informes rebuts, així com aquelles circumstàncies que haguessin observat i que puguin servir de prova o indici de la comissió del delictes, així com l'adequat reflex documental dels indicadors de polarització que permetin acreditar la motivació discriminatòria de la conducta delictiva, tot això amb la finalitat d'identificar adequadament

la comissió d'un delictes d'odi o discriminació, i d'aquesta manera també poder demostrar la concurrència de l'agreujant de discriminació que preveu l'art. 22.4 CP.

En aquest sentit, l'*Estratègia integral contra el racisme, la discriminació racial, la xenofòbia i altres formes connexes d'intolerància*,²⁹⁸ entre els seus objectius i accions per desenvolupar, inclou la «*promoció de mecanismes de detecció i protocols d'intervenció en cas d'incidents o actituds racistes, xenòfobes o discriminatòries*».

El cos de **Mossos d'Esquadra de Catalunya** va ser el primer cos policial a Espanya que va dotar-se d'un protocol específic d'investigació de delictes d'odi i discriminació, denominat *Procediment de fets delictius motivats per l'odi o la discriminació*, de 10 de març de 2010.²⁹⁹ L'estratègia global d'aquest cos policial té l'origen l'any 2008, i un dels seus eixos fonamentals va ser l'aprovació d'un primer protocol policial titulat *Intervenció penal en fets delictius motivats per l'orientació afectiva sexual i la identitat de gènere de la víctima*, dirigit a la investigació i persecució de fets delictius comesos contra el col·lectiu LGBT (lesbianes, gais, bisexuals i transsexuals); l'estratègia va quedar definitivament consolidada en l'any 2010 amb l'aprovació d'un nou protocol de caràcter general i que conté pautes d'actuació adreçades a tots els agents de policia per a la investigació de delictes qualsevol que sigui el motiu d'odi o discriminació, la qual cosa inclou –a més de l'orientació o la identitat sexual–, la raça, l'origen o l'ètnia, la discapacitat, les creences religioses, la ideologia, la malaltia, etc.

El cos de Mossos d'Esquadra aborda la lluita contra els delictes d'odi i discriminació amb una estratègia integral que es basa en els principis de proximitat a la ciutadania, en la prevenció per evitar-ne la seva comissió i en la investigació especialitzada en la lluita contra els grups i organitzacions criminals.

Això no comporta únicament dur a terme una investigació minuciosa d'aquests fets, sinó també establir pautes per al tractament integral d'aquesta problemàtica, més enllà fins i tot del que tradicionalment s'espera d'un cos policial, de manera que se satisfan les expectatives d'una policia moderna i compromesa amb la defensa dels drets dels ciutadans i especialment els d'unes minories més vulnerables.

298. http://explotacion.mtin.gob.es/oberaxe/documentacion_descargaFichero?bibliotecaDatoId=207.

299. <http://gestionpolicialdiversidad.org/PDFdocumentos/ProcedimientoDelitos-Mossos.pdf>.

En aquesta missió de defensa dels col·lectius més vulnerables, el cos de Mossos d'Esquadra enfoca la seva actuació des de les perspectives següents:

- Recollida de dades i estudi del fenomen delinqüencial i prospecció de la xifra submergida de fets delictius comesos no denunciats.
- Fixació de pautes per a la investigació de delictes i per a l'atenció a víctimes.
- Formació dels agents de policia.
- Prevenció i diàleg amb la societat civil a través de la seva xarxa d'Oficines de Relacions amb la Comunitat (ORC) distribuïdes per tot el territori.
- L'atenció, protecció i seguiment de les víctimes per mitjà de les Oficines d'Atenció al Ciutadà (OAC) dins de les comissaries i els Grups d'Atenció a les Víctimes (GAV).

La **policia del País Basc** es va dotar l'any 2012 de la Instrucció 077 sobre *Procediment d'actuació de l'Ertzaintza davant els delictes d'odi*, que constitueix un protocol policial per a la investigació de delictes d'odi i discriminació i l'atenció a les víctimes, de manera que la legislació vigent facilita als ertzaines definicions i conceptes clau, pautes per a la prevenció, instruccions sobre com s'han d'investigar aquests delictes, com se n'ha d'acreditar la motivació en els atestats i com cal atendre'n les víctimes.

En l'àmbit dels cossos de **policia local**, algunes localitats han desenvolupat protocols policials en aquest sentit, com, per exemple, la Policia Local de Fuenlabrada.³⁰⁰

Molt recentment, el **Ministeri de l'Interior**, a través de la Secretaria d'Estat d'Interior, ha aprovat per la Instrucció núm. 16/2014 el *Protocol d'actuació per a les Forces i Cossos de Seguretat per als delictes d'odi i conductes que vulneren les normes legals sobre discriminació*,³⁰¹ que estableix regles o pautes unificades i homogènies adreçades als agents dels cossos policials per a la identificació, correcta recollida i codificació d'incidents racistes, xenòfobs o conductes discriminatoris, i determinació dels elements específics que cal tenir en compte en les actuacions policials.

300. *Actuación policial ante infracciones penales por trato discriminatorio*. <http://gestionpolicialdiversidad.org/PDFdocumentos/ActuacionTratoDiscr.pdf>.

301. Els textos de la Instrucció i el protocol poden ser consultats a <http://gestionpolicialdiversidad.org/PDFdocumentos/PROTOCOLO%20DIO.pdf>.

En l'elaboració d'aquest protocol s'ha tingut en compte el *Manual de apoyo para la formación de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en la identificación y registro de incidentes racistas y xenófobos*,³⁰² editat per l'Oberaxe (Observatori Espanyol del Racisme i la Xenofòbia, Ministeri d'Ocupació i Seguretat Social).

El protocol, dirigit tant al Cos Nacional de Policia com a la Guàrdia Civil, té els continguts bàsics següents:

- Descripció de les diferents infraccions penals relacionades amb l'odi i la discriminació en el Codi penal.
- Anàlisi dels principals indicadors de polarització que permetin orientar la investigació policial per tal de desvetllar l'existència d'una motivació racista, xenòfoba o d'una altra naturalesa en el delicte comès i que han de ser degudament recopilats i incorporats als atestats policials, a fi de facilitar als fiscals i els jutges prou indicis racionals de criminalitat que permetin acreditar la motivació del fet delictiu i formular càrrecs d'imputació i, si escau, condemnes.
- Criteris per a l'elaboració dels atestats des de la seva fase inicial, amb les primeres diligències que s'han de practicar, fins al seu desenvolupament i conclusió amb aspectes fonamentals en la investigació i en l'atenció a les víctimes, posant l'accent sobretot en la forma com cal abordar i prendre declaració a la víctima.
- Pautes per a la investigació de delictes comesos a través d'Internet i de les xarxes socials, particularment per a una persecució eficaç del *ciberodi*, amb menció especial a l'ús de la música per a la propagació del discurs de l'odi, particularment la música RAC o música OI, en què les lletres de les cançons inciten clarament a la violència, quan no a l'extermini de persones immigrants, homosexuals, musulmans o jueus.
- Un apartat específic sobre violència en l'esport que fixa criteris per a l'aplicació de la Llei 19/2007, d'11 de juliol, contra la violència, el racisme, la xenofòbia i la intolerància en l'esport, i el reglament que la desenvolupa (Reial decret 203/2010, de 26 de febrer, pel qual s'aprova el seu reglament) i subratlla la necessitat de parar atenció a la

302. http://explotacion.mtin.gob.es/oberaxe/inicio_descargaFichero?bibliotecaDatold=217.

celebració d'espectacles esportius en la difusió, per qualsevol via o mitjà, de missatges i/o consignes de contingut racista, xenòfob o intolerant en l'esport que incitin públicament a la violència, l'odi o la discriminació o bé proferixin insults i difamacions públiques contra persones o grups de persones per raó de la seva «*raça*», color, llengua, religió, nacionalitat o origen nacional o ètnic.

- Regles per a l'adequat registre informàtic dels delictes d'odi i discriminació, com també dels incidents discriminatoris que constitueixin infracció administrativa, amb la finalitat de poder disposar d'estadístiques sobre aquesta mena de fets i com a conseqüència dels compromisos internacionals adquirits per Espanya, juntament amb el fet que una prevenció eficaç està condicionada per un coneixement precís de la realitat delinqüencial.
- Aposta decidida per les relacions amb la comunitat i les organitzacions no governamentals de víctimes i de defensa de drets humans, posant l'accent especialment en els col·lectius més vulnerables i tractant de millorar les relacions amb els seus representants, com a forma d'establir vies fluides de comunicació que permetin donar a conèixer la tasca policial, saber quines expectatives i necessitats tenen aquests col·lectius, quins són els seus diferents punts de vista, i tot plegat amb el propòsit de redundar en una efectivitat més gran de l'activitat policial.

8.4. La interlocució i el diàleg necessaris amb la societat civil

Els organismes internacionals, entre els quals l'Agència de Drets Fonamentals de la Unió Europea (FRA), indiquen³⁰³ que el principal problema a què s'enfronten les Forces i Cossos de Seguretat, Fiscalia i jutges d'instrucció per a la persecució dels delictes d'odi i discriminació és que les víctimes no denuncien, i majoritàriament no denuncien perquè tenen un sentiment de desconfiança envers el sistema policial o judicial i pensen que formular denúncia pels fets que han patit no con-

303. Enquesta FRA 2009 sobre minories racials o ètniques i discriminació, i enquesta 2013 sobre discriminació per orientació sexual o identitat de gènere.
http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/663-FRA-2011_EU_MIDIS_EN.pdf.
http://fra.europa.eu/sites/default/files/eu-lgbt-survey-results-at-a-glance_en.pdf.

duirà a res. També apunten al fet que una part considerable dels ciutadans desconeixen els seus drets en el cas de ser víctimes de l'odi i la discriminació per raó de la seva raça, ètnia, creences, religió, discapacitat, o orientació i identitat sexual.

Per això, és fonamental aproximar-se a la ciutadania i establir contacte i diàleg permanent amb les institucions públiques que lluiten per la igualtat i la no-discriminació, i sobretot, molt especialment, amb les associacions de víctimes i les organitzacions no governamentals de defensa de drets humans.

Aquesta mesura constitueix una recomanació persistent per part del Consell d'Europa a través del Parlament Europeu³⁰⁴ i del seu organisme especialitzat ECRI (Comissió Europea contra el Racisme i la Intolerància) i forma part, a més, de les conclusions del Consell de la Unió Europea celebrat a Brussel·les el desembre de 2013.³⁰⁵

Aquesta tasca d'escolta i diàleg amb les víctimes i les organitzacions que defensen els seus drets, és molt fructífera, particularment en la comesa que han de dur a terme cossos policials i Fiscalia, atès que ofereix avantatges importants:

- Entrar en contacte amb els problemes que hi ha en aquests moments als nostres carrers.
- Conèixer la realitat que envolta les víctimes, les dificultats que en ocasions tenen per denunciar i el context social, cultural, religió, etc., en què s'ha comès el delicte.
- Millorar la informació dels drets en termes de protecció contra els crims d'odi per fomentar les denúncies dels delictes motivats per l'odi i una protecció adequada dels denunciants i de les víctimes.
- Transmetre a les víctimes la confiança necessària en la Justícia i en els cossos policials per oferir-los la protecció que tenen garantida per llei i mostrar-los les vies de re-

304. Resolució del Parlament Europeu, de 14 de març de 2013, sobre el reforç de la lluita contra el racisme, la xenofòbia i els delictes motivats per l'odi. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2013-0090+0+DOC+XML+V0//ES>.

305. Conclusions del Consell Europeu de 4 de desembre de 2013 sobre la lluita contra la delinqüència motivada per l'odi a la Unió Europea, FREMP 202 JAI 1091 COPEN 223 DROI PEN 152 SOC 998. <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=ES&f=ST%2017057%202013%20INIT>.

paració que ofereix el sistema penal i els recursos d'atenció i assistència a víctimes de les diferents administracions públiques.

- Explicar les dificultats, tècniques o jurídiques, que plantejegen aquestes investigacions en aspectes com ara la identificació dels autors, especialment quan es tracta de grups o organitzacions criminals, o els problemes probatoris per acreditar aquest tipus de delictes o la motivació discriminatòria de l'autor.
- Augmentar la cooperació i les sinergies entre organitzacions no governamentals, les Forces i Cossos de Seguretat i el poder judicial, com també amb la societat civil, per combatre els delictes d'odi amb una efectivitat més gran.

Si bé és menys indicada per a jutges i magistrats per tal de preservar la seva independència, **es recomana especialment per a cossos policials i Fiscalia**, i ha d'estar presidida pels principis de respecte i comprensió recíprocs, és a dir, tant des del teixit associatiu, amb les responsabilitats, actuacions i decisions dels cossos policials i de la Fiscalia, subjectes als principis de legalitat i imparcialitat, com des de la Fiscalia, amb les legítimes estratègies de denúncia social de cada organització no governamental.

El diàleg amb la societat civil i els seus representants forma part de les conclusions de les primeres i les segones Jornades de Fiscals Especialistes en Tutela Penal de la Igualtat i contra la Discriminació celebrades a Madrid els anys 2014 i 2015, en què es va considerar que és especialment important que des del Ministeri Fiscal s'estableixin vies de comunicació, tant amb els organismes i institucions amb responsabilitat en aquest àmbit com amb les associacions de víctimes de crims d'odi, atesa la seva especial vulnerabilitat, tal com reconeix de manera expressa la Directiva 2012/29/UE. I això amb el doble objectiu de donar a conèixer la funció que correspon als fiscals tant en la persecució i sanció d'aquest tipus de comportaments com en la protecció de les seves víctimes, i de facilitar, alhora, l'accés dels perjudicats a la institució que té encomanada la protecció dels seus interessos en el procés penal.

Aquest apropament a les víctimes també ha estat assumit gradualment pels cossos policials. Així, el cos de Mossos d'Esquadra va ser el primer cos policial a Espanya a incloure-ho com a eina de treball en el seu protocol *Procediment de fets delictius motivats per l'odi o la discriminació*, de 10 de març de 2010, l'apartat 7 del qual estableix que la Policia de la Generalitat - Mossos d'Esquadra a través de les Oficines

de Relacions amb la Comunitat (ORC) ha de fomentar el contacte amb diferents col·lectius amb la finalitat de conèixer-ne la realitat social i detectar-ne les necessitats en matèria de seguretat ciutadana, i assessorar-los sobre els seus drets, sobre el que es pot denunciar i com fer-ho. Es fomentarà l'oferta de xerrades informatives sobre aquests àmbits a col·lectius de risc. A les escoles es farà difusió de xerrades informatives sobre aquests drets, relacionats amb els delictes d'odi i discriminació, informant als joves sobre la responsabilitat penal en cas d'infringir aquests preceptes i fomentant el respecte i la tolerància cap a la diversitat com a valors essencials de la nostra societat i com a model de convivència.

Per la seva banda, en l'àmbit estatal, la Secretaria d'Estat de Seguretat del Ministeri de l'Interior ha aprovat la Instrucció núm. 16/2014 de la Secretaria d'Estat de Seguretat, per la qual s'aprova el *Protocol d'actuació per a les Forces i Cossos de Seguretat per als delictes d'odi i conductes que vulneren les normes legals sobre discriminació*, l'apartat 9 del qual estableix que, atenent les recomanacions efectuades per organismes internacionals, ha de ser una preocupació constant dels comandaments per a les Forces i Cossos de Seguretat, el manteniment de contactes estrets amb la societat civil, posant l'accent especialment sobre els col·lectius més vulnerables i mirant de millorar les relacions amb els seus representants, com a forma d'establir vies fluides de comunicació que permetin conèixer quines són les seves expectatives i necessitats. Amb aquesta finalitat es preveu que en les unitats que operativament es determini per a cada cos policial, es crearà la figura de l'«*interlocutor social*», càrrec que serà exercit per un funcionari dels Cossos de Seguretat de l'Estat, entre les funcions del qual hi haurà la de mantenir contactes estrets amb els representants de la societat civil, al mateix temps que haurà de ser una via de comunicació de les inquietuds que les diferents ONG li puguin presentar. Així mateix, es fomentarà l'establiment de reunions periòdiques amb les diferents associacions representatives de drets dels diferents col·lectius, tot això, per tal de donar a conèixer, d'una banda, la tasca policial, i, de l'altra, els diferents punts de vista d'aquestes associacions, que poden redundar en una efectivitat més gran de l'activitat policial.

8.5. Estratègies amb els mitjans de comunicació

Els mitjans de comunicació poden tenir un impacte positiu o negatiu en la percepció que tingui el públic sobre com s'aborden policialment o judicialment els casos de delictes d'odi i discriminació.

En la línia d'apropament a la societat i pel seu efecte pedagògic indubtable, és recomanable comunicar a la ciutadania a través dels diferents mitjans de comunicació les decisions, escrits d'acusació o resolucions judicials que siguin noves o que suposin un avenç en la lluita contra els delictes d'odi i discriminació, o que evidenciïn insuficiències o llacunes legislatives. Tot això sense comprometre la lògica reserva en les investigacions que puguin dur a terme policies, fiscals o jutges d'instrucció, per tal de garantir-ne l'èxit, ni afectar el secret o la confidencialitat dels procediments judicials o la protecció de dades de caràcter personal.

La deguda i adequada coordinació amb els mitjans de comunicació pot ajudar a assegurar que la informació que es difon del cas a l'opinió pública sigui veraç, contrastada i apropiada.

Un efecte beneficiós de traslladar a la ciutadania els fets motivats per odi i discriminació, pel seu efecte pedagògic, és transmetre-li que les autoritats policials i judicials investigaran els fets en profunditat, que els abordaran amb seriositat i rigor professional, i que no hi haurà espais per a la impunitat si en són acreditats i identificats els autors, la qual cosa ha de tranquil·litzar la societat i augmentar la confiança en les autoritats per part de les víctimes i per part dels col·lectius minoritaris en situació de risc eventual.

Es recomana que els cossos policials, les fiscalies i els gabinets de premsa dels tribunals disposin de **protocols** per tractar amb els mitjans de comunicació sobre la difusió de les dades que, sense comprometre l'èxit de les investigacions, puguin ser d'interès per a la ciutadania. En aquests protocols ha de ser present també la preocupació per la protecció de la víctima, el manteniment de la seva seguretat i integritat en tots els ordres, incloent-hi el dret a la intimitat i també el dret de l'investigat o acusat a la presumpció d'innocència.

Una pràctica generalitzada consisteix que la policia o la Fiscalia, en informar a la ciutadania d'un cas, de vegades eviten incloure la motivació real de l'autor dels fets, de manera que no expliquen que ha pogut ser motivat per odi o discriminació, malgrat que en constin indicis racionals o proves en les investigacions. Normalment, es fa amb la finalitat de calmar tensions en la comunitat, però l'experiència diu que aquest enfocament poques vegades té èxit i que, a més, deixa les víctimes i el col·lectiu o comunitat a què pertanyin amb la impressió que la investigació no abordarà d'una manera exhaustiva i eficaç la veritable motivació que ha portat a l'autor a cometre els fets.

També, en sentit contrari, pot ser perillós donar a conèixer un cas assenyalant que la motivació de l'autor va ser per odi i discriminació si no hi ha prou dades acreditades sobre aquesta motivació, ja que pot produir expectatives poc realistes i, de vegades, generar una alarma social infundada.

9. BONES PRÀCTIQUES I RECOMANACIONS

Les recomanacions següents s'insereixen en la necessitat que perceben els diferents professionals que han format part del grup de treball que ha redactat aquest manual d'intensificar i millorar qualitativament la investigació policial, fiscal o judicial, i l'enjudiciament de delictes motivats per odi i discriminació, com també d'incrementar l'atenció i protecció a les víctimes.

9.1. **Compromisos adquirits en virtut de tractats internacionals i recomanacions d'organismes internacionals de drets humans**

- Per part de tots els poders de l'Estat, entre els quals hi ha el poder judicial, adoptar i posar en pràctica **totes les mesures necessàries i eficaces** per combatre la intolerància i la discriminació. Entre d'altres, **investigar de manera eficaç** qualsevol denúncia o fet amb motivació discriminatòria de què es tingui coneixement i **dur a terme totes les diligències d'investigació que permetin desemascarar la motivació discriminatòria dels fets**.
- Necessitat de combatre de manera eficaç els actes, expressions, imatges i qualsevol contingut racista, xenòfob i discriminatori difós a través d'**Internet i de les xarxes socials**, atesa la immediatesa de la seva propagació i difusió a multitud de persones d'una manera anònima i emmascarada.
- Combatre de manera eficaç els actes, expressions i manifestacions verbals, gestuals o escrites en el món de l'**esport**, ateses la seva proliferació i la seva transcendència i difusió a través dels mitjans de comunicació.

- Combatre de manera eficaç la **doble discriminació i la múltiple discriminació**.
- Després de l'increment del nombre d'incidents d'intolerància i violència religioses, es remarca la necessitat de **combatre de manera eficaç, la islamofòbia, l'antisemitisme, la cristianofòbia i l'antiarabisme**.
- Perseguir eficaçment els actes de discriminació contra **minories ètniques**, entre les quals el poble gitano.
- **Interpretació del dret intern d'acord amb el dret internacional**. Es detecta que hi ha jutges, fiscals i tribunals que no tenen en compte en les seves actuacions, sentències i informes les normes de dret internacional públic vigents a Espanya en virtut de la ratificació de tractats internacionals que afecten la lluita contra els delictes d'odi i discriminació, ni segueixen les recomanacions de prestigiosos organismes internacionals en aquesta matèria i amb els quals l'Estat té assumits compromisos internacionals. Per això, cal no oblidar que els *delictes d'odi* lesionen o posen en perill llibertats i drets fonamentals de les persones, i que les normes s'hi refereixen, incloent-hi els articles del Codi penal, tal com indica l'art. 10 CE, s'han d'interpretar *«de conformitat amb la Declaració Universal de Drets Humans i els tractats i acords internacionals sobre aquestes matèries ratificats per Espanya»*.

9.2. **Més formació i millor per a policies, jutges, magistrats, fiscals, secretaris judicials, resta del personal de l'oficina judicial i advocats**

- La major part dels problemes exposats al llarg del manual obeeixen en part a un **dèficit de formació** en els coneixements relatius al principi d'igualtat i no-discriminació.
- El compliment dels deures assumits per Espanya en els tractats internacionals i dels que estableixen les normes que conformen el nostre ordenament jurídic intern, com també les exigències derivades de la jurisprudència del Tribunal Europeu de Drets Humans, i, el més important, la deguda atenció a les víctimes dels delictes d'odi i discriminació comporten la **necessitat de millorar i incrementar la formació i capacitat de tots els operadors**

jurídics amb responsabilitat en la investigació i enjudiciament d'aquesta mena d'infraccions penals.

- La manca de formació sol comportar que no arribin a obrir-se investigacions, o que es facin investigacions deficients o sobreesimes i absolucions que amb una capaciació i sensibilització adequades dels professionals implicats podrien tenir un sentit diferent, la qual cosa fa recaure sobre les víctimes una gran injustícia i, en certa manera, el fracàs del sistema de protecció dels seus drets, a més de generar-los una gran frustració i un augment de la desconfiança secular que tenen envers els cossos policials i els que administren Justícia.
- Aquesta formació ha d'arribar a tots els que intervenen, des de l'agent de policia que atén la víctima per primera vegada, només produir-se els fets, de vegades des del servei telefònic 112; passant pels policies que li prenen declaració i que l'haurien informar dels seus drets i dels diferents recursos de què disposa el sistema per a la protecció de víctimes; pels agents de policia judicial que, des del primer moment, han d'orientar adequadament la investigació dels fets; pel funcionari del jutjat que tramita el procediment judicial corresponent; pel fiscal i el jutge que han d'instruir la causa, fins a arribar als jutges i magistrats que han de valorar els diferents mitjans de prova, en molts casos de naturalesa indiciària, i dictar-ne sentència.
- La **formació ha de ser obligatòria** i ha de tenir per objecte almenys el coneixement dels tipus penals aplicables i de les tècniques d'investigació per fer aflorar la motivació discriminatòria dels fets delictius, i també la formació i informació necessàries sobre la realitat cultural, social, laboral, psicològica, etc., de les víctimes, dels col·lectius als quals pertanyen, la seva diversitat afectivosexual, religiosa o les seves dificultats en la vida diària i els motius pels quals, o bé no denuncien, o bé, quan es decideixen a fer-ho, ho fan de forma no immediata.
- En la formació de jutges, fiscals, secretaris judicials i forenses es recomana:
 - Modificar els temaris d'accés a la carrera judicial i fiscal.
 - Incloure l'estudi de la investigació i l'enjudiciament de delictes d'odi i discriminació, i també de la deguda atenció i protecció a les víctimes en els plans d'estudi de l'Esco-

la Judicial i del Centre d'Estudis Jurídics de l'Administració de Justícia, tant en la formació inicial com en la contínua.

- Difondre de manera periòdica entre els membres de la carrera judicial i fiscal la normativa internacional vigent i la jurisprudència nacional i internacional sobre delictes d'odi i discriminació.
- En la formació de membres de les Forces i Cossos de Seguretat, cal:
 - Incloure en els plans d'accés a cada cos policial formació inicial i contínua dels agents de policia sobre continguts específics relatius a delictes d'odi i discriminació, tècniques per a la seva investigació i acreditació adequades, com també per a la deguda atenció a les víctimes.
 - Formació específica per a l'aplicació correcta dels protocols policials ja existents en aquest àmbit.
 - Formació específica en cada comissaria per tal que cada agent de policia que tingui accés als sistemes informàtics amb motiu de la incoació d'un atestat policial conegui totes les possibilitats del sistema de registre de l'incident racista o xenòfob.

9.3. Coordinació institucional i relacions amb la societat i teixit associatiu

- És indispensable que hi hagi una coordinació institucional per aconseguir una investigació eficaç dels delictes d'odi i discriminació. En aquest sentit, és fonamental la coordinació entre els diferents cossos policials i els Serveis de Delictes d'Odi i Discriminació, com també entre els jutges d'instrucció i els fiscals especialitzats de la seva fiscalia provincial.
- Aproximació a la ciutadania, particularment dels cossos policials i de la Fiscalia, i establiment de contacte i diàleg permanent amb les institucions públiques que lluiten per la igualtat i la no-discriminació i, sobretot, de manera molt especial, amb les associacions de víctimes i les organitzacions no governamentals de defensa de drets humans.
- Comunicar a la ciutadania a través dels diferents mitjans de comunicació les decisions, escrits d'acusació o resolu-

cions judicials que siguin noves o que suposin un avenç en la lluita contra els delictes d'odi i discriminació, o que evidenciïn insuficiències o llacunes legislatives. Tot això sense comprometre la reserva lògica en les investigacions que puguin dur a terme policies, fiscals o jutges d'instrucció, per tal de garantir-ne l'èxit, i sense afectar el secret o la confidencialitat dels procediments judicials o la protecció de dades de caràcter personal.

9.4. Protocols

- En la mateixa línia que els cossos policials estatals o el cos de Mossos d'Esquadra, aprovació en l'àmbit de les policies locals de protocols específics per a les primeres diligències policials de prevenció i assegurament del delicte o detenció dels autors i atenció a les víctimes de delictes d'odi.
- Aprovació de protocols específics en l'àmbit de les professions sanitàries i en els serveis socials per a la detecció de possibles víctimes d'odi i discriminació per tal d'adreçar les víctimes als recursos d'orientació i protecció disponibles, així com per comunicar a la policia, Fiscalia o jutjats d'instrucció els fets de què tinguin esment, seguint les pautes marcades en altres àmbits com ara la violència de gènere.

9.5. Estadístiques en l'Administració de Justícia

- Abordar la modificació del registre informàtic de fiscalies, jutjats i tribunals de manera que permeti recollir les infraccions penals motivades per odi i discriminació i connectar la xifra d'investigacions, procediments tramitats, escrits d'acusació i sentències dictades en aquest àmbit.

9.6. Aprofundiment de les investigacions policials i judicials

- El Tribunal Europeu de Drets Humans, en les seves sentències, fa anys que recorda l'obligació dels Estats d'in-

vestigar en profunditat i d'una manera eficaç tots els incidents que puguin tenir una motivació racista, xenòfoba o altres motius discriminatoris.

- Les dificultats en la identificació dels il·lícits que ens ocupen demanen dels investigadors policials, fiscals i jutges d'instrucció una especial atenció per detectar en el curs de les investigacions –quan hi concorren– aquest transfons discriminatori i aquest tipus de motivacions que atempten contra la dignitat i la igualtat de les persones.
- **Acreditar la motivació del delicte.** Són abundants les declaracions de víctimes, en fase policial i en fase judicial, en delictes el contingut els quals és neutre o abstracte, atès que no hi consta la veritable motivació del fet, sent una declaració intercanviable tant amb la d'un acte racista o homòfob com amb la d'un fet comès al si d'un conflicte veïnal o de trànsit vial.
- S'haurà d'acreditar la motivació no només per mitjà de les declaracions de víctimes o dels implicats, sinó també del fet que la policia faci correctament actes d'inspecció ocular, degudament acompanyades de reportatges fotogràfics o videogràfics que recullin vestigis com ara símbols, anagrames, robes o tatuatges dels presumptes autors, ja que tot és de la màxima importància per a la qualificació juridicopenal correcta dels fets.
- Els **indicadors de perjudici o polarització** són una eina excel·lent per ajudar a identificar si un delicte constitueix un delicte d'odi o no. Quan no hi ha una declaració expressa de la víctima, la informació que pugui recollir en cada cas els atestats policials, el curs de la instrucció judicial o les diligències d'investigació penal del Ministeri Fiscal adquireix una especial rellevància.
- **Reforçar al màxim la prova incriminatòria per no deixar que tot el seu pes recaigui exclusivament sobre la declaració de la víctima;** en aquest sentit, és aconsellable recollir tants testimonis com sigui possible.
- Els autors d'aquesta mena de fets moltes vegades solen presumir de les seves accions, i en ocasions ho fan públicament. És de gran interès el **rastreig dels perfils que l'investigat pugui tenir en xarxes socials o en pàgines web que estiguin vinculades o relacionades amb aquests perfils.**

- Davant **fets greus**, sempre que la naturalesa del delicte comès ho permeti, i ajustant-se als paràmetres de necessitat i proporcionalitat que marca la jurisprudència, per tal d'acreditar la motivació discriminatòria dels fets i, de vegades, per acreditar un possible delicte d'associació il·lícita de l'art. 515.4 CP, és altament recomanable **sol·licitar i acordar judicialment**:
 - Diligències d'intercepció de les comunicacions telefòniques o telemàtiques.
 - Agents amb identitat suposada en canals de comunicació oberts o tancats amb autorització judicial.
 - Diligències d'entrada i escorcoll als domicilis dels investigats amb el propòsit d'intervenir, no només efectes o instruments de la comissió del delicte i material informàtic que pugui contenir proves o indicis de la comissió del fet investigat, sinó també tota mena de propaganda, estendards, pamflets, etc., que evidenciïn una motivació d'odi envers la víctima o el col·lectiu al qual pertanyi.
 - L'abocament de dades i l'anàlisi de terminals d'ordinadors, tauletes i mòbils o l'accés a sistemes d'emmagatzematge d'informació en «*el núvol*».
- **Impulsar les investigacions dels fets comesos per mitjà d'Internet i de les xarxes socials**, ja que molts grups criminals fan servir aquestes vies per a la difusió massiva, atès que en poc temps i amb poc esforç, el seu contingut arriba a milions d'usuaris a través dels dispositius electrònics.
- En els casos en què s'executin actes de **violència de manera aparentment gratuïta, sense cap altra motivació que el rebuig a la persona pel simple fet de ser diferent**, per tant, amb la finalitat de menyscar la seva dignitat, aquests actes no poden ser trivialitzats ni minimitzats. Se n'hi haurà de valorar l'aplicació de l'art. 173 CP o del nou art. 510.2.a CP (reforma LO 1/2015).
- La **prova circumstancial o indirecta** pot sustentar una condemna penal en delictes motivats per odi i discriminació, si no hi ha prova de càrrec directa, sempre que parteixi de dades fàctiques plenament provats i que els fets constitutius del delicte o la seva motivació es dedueixin dels indicis aportats per l'acusació, i això a través d'un procés mental raonat, d'acord amb les regles del criteri humà i de la lògica.

- No hi ha prou amb limitar-se a aclarir el fet i centrar-se en el seu autor material, cal d'esgotar les investigacions per aclarir la possible existència de veritables autors intel·lectuals. Darrere de moltes agressions físiques o amenaces l'autor material de les quals és identificat o detingut s'amaguen veritables **grups organitzats o fins i tot organitzacions criminals** que, si no són objecte d'una investigació específica en profunditat, passen desapercebudes i, per tant, els seus comportaments d'inducció o autoria intel·lectual queden impunes.
- Es destaca la importància que pot tenir la prova pericial d'**intel·ligència policial** amb vista a:
 - Acreditar la motivació discriminatòria subjacent en determinades accions.
 - Demostrar l'existència de grups organitzats o fins i tot organitzacions criminals.
- No pot romandre impune la celebració d'actes públics en forma de conferències, concentracions, exposicions o concerts musicals convocats amb la finalitat de provocar i propagar el discurs de l'odi, la violència i la discriminació, i que siguin susceptibles de ser qualificats com a delictes de l'art. 510 CP.
- S'ha pogut comprovar que els autors de molts fets violents comesos fora de l'àmbit esportiu, alguns de particularment greus, pertanyen a grups radicals o ultra del futbol i que al si d'aquests grups han estat captats i fanatitzats per, posteriorment, protagonitzar als carrers actes de violència contra minories com ara estrangers, homosexuals i transsexuals o contra persones d'idees antagòniques a les que ells professen. Amb relació a aquest problema, es recomana:
 - **La implicació de tots els responsables públics de la Seguretat i la Justícia a l'exigent aplicació de la Llei 19/2007, d'11 de juliol, contra la violència, el racisme, la xenofòbia i la intolerància en l'esport**, i del Reglament 203/2010 que la desenvolupa, com també la de les empreses de seguretat privada que participen a garantir la seguretat dins dels estadis esportius o als seus voltants.
 - El ple compliment per part dels clubs esportius, especialment els de futbol, de les previsions de la legislació esmentada, en particular pel que fa a l'**administració pels clubs de futbol del llibre de registre que preveu**

la legislació esportiva que permeti als coordinadors de seguretat un millor control de les persones i els grups ultra, com també pel que fa al compliment de la prohibició legal d'exhibició de símbols, estendards, pancartes o càntics que puguin incitar a la violència o a l'odi per motius racistes o xenòfobs. La informació registrada ha de ser facilitada a Forces i Cossos de Seguretat, jutges o fiscals quan es cometi un fet delictiu en què aparegui implicat un aficionat respecte del qual els clubs esportius disposin informació en aplicació de la legislació esmentada.

- **Pel que fa als investigadors**, davant de fets de naturalesa violenta en què no hi hagi una motivació aparent i les víctimes dels quals pertanyin o es relacionin amb col·lectius minoritaris o susceptibles de vulnerabilitat, les unitats de policia judicial han de coordinar-se amb les unitats d'informació de tots els cossos policials per creuar la informació disponible sobre els antecedents policials de l'investigat per la comissió d'infraccions administratives en aplicació de la Llei 19/2007, sobre violència en l'esport, i, si escau, sol·licitar l'accés a la informació de què disposin els clubs esportius sobre l'investigat en virtut dels llibres de registre obligatoris que preveu la normativa esportiva.
- També serà d'utilitat per acreditar la motivació veritable d'aquest tipus d'actes conèixer la informació disponible de l'investigat per identificacions o infraccions en aplicació de l'anterior Llei 1/992, de seguretat ciutadana, o l'actual LO 4/2015, de 30 de març (p. ex., conèixer les identificacions realitzades en el marc de la Llei esmentada per assistència a manifestacions o reunions de grups ultra, concerts neonazis, etc.).
- Els investigadors també han d'efectuar un rastreig de les pàgines web, blogs i perfils públics a les xarxes socials vinculades o relacionades amb el cercle de l'investigat, que, en moltes ocasions, oferiran informació molt valuosa per acreditar la seva vinculació amb grups ultra i la possible motivació racista, xenòfoba, homòfoba o ideològica que l'ha portat a cometre els fets.
- Es recomana que els fiscals o els jutges d'instrucció que, si en els atestats policials no hi consta, sol·licitin o acordin la informació indicada a l'efecte d'acreditar per mitjà de la prova d'indícis la motivació real d'aquests

fets violents en què no hi hagi una motivació aparent i les víctimes dels quals pertanyin o es relacionin amb col·lectius minoritaris o susceptibles de vulnerabilitat.

- Davant de fets greus, amb ple respecte als principis de necessitat i proporcionalitat, es recomana que en les investigacions s'acordin judicialment diligències per entrada en domicilis i escorcollar-los, intervenir i extreure-hi la informació de telèfons mòbils, suports informàtics (ordinadors, tauletes, memòries USB, etc.) o l'accés a sistemes d'emmagatzematge en «*el núvol*».
- Han enfocar penalment els càntics massius a les grades dels estadis de futbol en els quals es coregen proclames racistes, xenòfobes, homòfobes, etc., acompanyades d'insults o amenaces i, moltes vegades, de gestos o propaganda marcadament feixista. En aquest sentit, cal incoar diligències policials i penals per la comissió de delictes comès amb motiu de l'exercici dels drets fonamentals i de les llibertats públiques que garanteix la constitució de l'art. 510 CP.

9.7. Reformes legislatives

9.7.1. *Nous instruments normatius contra la discriminació*

Davant la necessitat de millorar l'eficàcia en la investigació dels delictes comesos per motius racistes, antisemites o una altra classe de discriminació referent a la ideologia, la religió o les creences de la víctima, l'ètnia, la raça o la nació a la qual pertanyi, el sexe, l'orientació o la identitat sexual, per raons de gènere, de la malaltia que pateixi o de la seva discapacitat, i de protegir adequadament a les seves víctimes, i tenint en compte l'elevat percentatge de fets comesos no denunciats, que arribaria a ser de prop del 80% dels casos segons l'Agència de Drets Fonamentals de la Unió Europea (FRA), es consideren necessàries reformes legislatives que abordin la lluita contra el fenomen de l'odi i la discriminació.

Alguns actors socials³⁰⁶ reclamen una **lleï integral davant**

306. Esteban Ibarra, president de Moviment contra la Intolerància. Unió Progressista de Fiscals, Congrés de Palma de Mallorca, juny de 2015. <http://www.estebanibarra.com/?p=2339>.

els delictes d'odi amb el propòsit d'oferir un instrument jurídic que afronti amb eficàcia la defensa de les víctimes; que asseguri una assistència integral, jurídica, humanitària i mesures de protecció, informació i de recuperació; que impulsi les mesures de sensibilització, prevenció i detecció, en tots els àmbits, especialment a Internet, àmbit educatiu i mitjans de comunicació; que afronti el greu problema de la manca de denúncies; i que potenciï la coordinació i formació de totes les instàncies implicades en el procés (forces de seguretat, fiscals i jutges, forenses, psicòlegs, ONG, societat civil, etc.).

D'altra banda, considerem necessària a més una **lleï general d'igualtat de tracte i no-discriminació**, per tal de garantir una protecció adequada del principi d'igualtat i de lluitar contra la discriminació, que incorpori els compromisos internacionals assumits per Espanya, com són el Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics, el Protocol núm. 12 del Consell d'Europa a la Convenció Europea de Drets Humans, el Tractat de Lisboa (art. 2 i 9) i les Directives comunitàries 2000/43, 2000/78, 2002/73, 2004/113, de protecció davant de la discriminació, que fixen un marc europeu de lluita contra la discriminació obligatori per als Estats de la Unió. Els continguts de la llei han d'orientar-se a la prevenció i eradicació de qualsevol forma de discriminació, i han d'intentar combinar l'enfocament preventiu amb l'enfocament reparador i facilitar eines eficaces per combatre la discriminació en tots els àmbits.

Aquesta llei d'igualtat de tracte i no-discriminació hauria de sancionar administrativament les conductes discriminatòries que no són ni han de ser constitutives d'infracció penal, deixant a aquest ordre jurisdiccional únicament la persecució dels anomenats delictes d'odi i els conductes de discriminació més greus.

9.7.2. Millores en el Codi penal

Entre les millores hi ha la modificació de l'**agreujant de discriminació de l'art. 22.4 CP**. La doctrina majoritària ha destacat l'existència d'omissions importants en el catàleg de motius discriminatoris que preveu l'art. 22.4 CP, que no han estat cobertes per la LO 5/2010 ni tampoc per la recent LO 1/2015. Tal és el cas, per exemple, de l'edat i de l'ús d'alguna de les llengües oficials dins de l'Estat espanyol. La primera causa de discriminació es troba en la normativa laboral i administrativa (ET i LISOS); la segona, en el mateix art. 314. La doctrina minoritària també reclama la incorporació de l'*aporofòbia* (odi al pobre). No obstant això, com que, d'acord amb el que preveu la normativa comunitària sobre la matèria, resulta preferible fer referència a causes de

discriminació que a fòbies concretes, la doctrina majoritària proposa la inclusió entre els motius discriminatoris de «*motius relatius a la situació socioeconòmica de la víctima*».

9.8. Millora en l'atenció a les víctimes

- Ser conscients que prop del 80% dels fets no es denuncien, segons l'Agència de Drets Fonamentals de la Unió Europea (FRA). Les motivacions de les víctimes tant per no denunciar delictes d'odi com per fer-ho més tard del que és habitual en altres delictes.
- Potenciar l'Enquesta de seguretat pública de Catalunya com a instrument per conèixer la incidència de la victimització per odi mitjançant la inclusió de preguntes específiques. Complementar l'enquesta esmentada amb altres instruments que permetin l'accés a determinats col·lectius de risc.
- Ser conscients que moltes víctimes provenen de països estrangers, de vegades desconeixen la nostra llengua, o no saben llegir ni escriure o ignoren què, on i com denunciar; per això, en moltes ocasions, la víctima no fa el pas de denunciar fins que no ha superat els temors inicials, o fins que ha obtingut prou informació i assessorament per sentir-se segura, moltes vegades a través d'una ONG o associació de víctimes.
- Promoure i fer activitats de formació i sensibilització adreçades a autoritats judicials i a funcionaris policials i de l'Administració de Justícia que els permetin conèixer, detectar i avaluar les necessitats de les víctimes de delictes d'odi, amb vista a una aplicació adequada de la Llei 4/2015, de l'Estatut de la víctima del delicte, i la Directiva europea 2012/29.
- Desenvolupar bones pràctiques enfocades a superar les barreres existents respecte a les víctimes de delictes d'odi i incrementar la confiança d'aquestes víctimes en el sistema de justícia penal.
- Establir mesures que afavoreixin l'accés de persones de minories ètniques i nacionals als cossos policials.
- Facilitar l'accés de les víctimes de delictes d'odi als serveis especialitzats de suport a la víctima, públics o privats amb finançament públic, mitjançant la potenciació de

mecanismes de comunicació telefònica i en línia a diversos idiomes i amb àmplia cobertura horària.

- Facilitar i promoure la comunicació entre els serveis de suport a víctimes i les entitats especialitzades dedicades a les víctimes de delictes d'odi.
- Per abordar el treball amb les víctimes, cal ser conscients que és fàcil que qui pren declaració o valora el testimoni d'un testimoni es deixi portar per prejudicis i estereotips en avaluar-ne la credibilitat. Els policies, jutges i fiscals són expressió de la societat a la qual pertanyen i poden veure's afectats per prejudicis i estereotips.
- Els policies, els fiscals i els jutges, de vegades, desconeixen la realitat quotidiana que envolta les víctimes, o l'especificitat dels seus problemes o aspectes bàsics de la seva vida social, cultural, religiosa, etc.
- La comunicació regular i la consulta amb les ONG i associacions que defensen les minories i les víctimes poden ser eines poderoses per a la prevenció de tota mena de delinqüència, i pot donar resultats positius per a la policia i per a la Fiscalia, contribuint d'aquesta manera a millorar la confiança de les víctimes a l'hora de denunciar els fets i facilitant una cooperació més gran dels testimonis.
- Cal millorar la manera com es rep declaració policial i judicial a les víctimes i testimonis per tal d'atendre'ls millor i obtenir els resultats desitjables. Les anàlisis fetes sobre la qualitat de les informacions obtingudes pels agents de policia o pels jutges i fiscals mostren, però, que solen ser de caràcter molt general, imprecises i incompletes. Algunes estratègies inadequades que expliquen la pèrdua d'informació valuosa al llarg del procés són: l'ús excessiu de preguntes tancades, les interrupcions freqüents, l'elaboració de preguntes d'una manera inflexible i amb seqüències equivocades, el fet de no generar *rapport* i la sospita la veracitat del testimoni. Les tècniques d'entrevista cognitiva, constitueixen, en aquest sentit, una estratègia molt útil.
- Encara que resulti excepcional que es produeixin entre els servidors públics i els professionals, ha de ser desterrat qualsevol gest, comentari, mirada, etc., que pugui tenir un contingut humorístic, burlesc o ofensiu per a les víctimes per mínim, discret o subliminal que sigui, i no solament per exigències legals evidents amb conseqüències, com a

mínim, en l'ordre disciplinari, sinó molt especialment per atendre degudament la víctima, guanyar la seva confiança i obtenir d'aquesta manera un testimoni ric en detalls que permeti obtenir tantes dades com sigui possible per esclarir adequadament els fets i identificar-ne els autors.

- És relativament freqüent trobar casos en què l'agent de policia o el funcionari judicial que atén la víctima o al denunciador deriva de manera indeguda el cas als serveis d'informació al consumidor per fets com ara que li hagi estat negada l'entrada a un establiment a una persona per la seva raça, quan la praxi correcta hauria estat tramitar un procediment penal per delictes contra els drets fonamentals de l'art. 512 CP.
- *«En la pràctica de la **identificació cal respectar estrictament els principis de proporcionalitat, igualtat de tracte i no-discriminació** per raó de naixement, nacionalitat, origen racial o ètnic, sexe, religió o creences, edat, discapacitat, orientació o identitat sexual, opinió o qualsevol altra condició o circumstància personal o social»* (art. 16 de la Llei orgànica 4/2015, de 30 de març, reguladora de la protecció de la seguretat ciutadana).
- Reduir els sentiments de por i inseguretat de les víctimes en declarar. Per a això, segons les circumstàncies del cas, cal procurar evitar la confrontació visual directa amb l'acusat, tant en les declaracions que puguin fer-se en fase d'instrucció (p. ex., declaració com a prova preconstituïda) com en l'acte del judici (mitjançant l'ús de barreres visuals o paravent), tot això a l'empara de la de l'art. 2.b de la Llei 19/1994, de protecció de testimonis.
- En els casos que la víctima tingui un temor fundat de possibles represàlies per part de l'autor dels fets, els fiscals, en els seus escrits d'acusació, a més de les penes corresponents a les infraccions penals comeses, han de sol·licitar les penes de prohibició d'apropament a la víctima, el seu domicili, al lloc de treball i a qualsevol altre que sigui freqüentat per la víctima, i de comunicació per qualsevol mitjà informàtic, telemàtic, contacte escrit, verbal o visual d'acord amb el que preveu legalment l'art. 48 CP.

DOCUMENTS QUE CONTÉ EL CD ANNEX AL MANUAL

1. Enquestes

Enquesta FRA 2009 sobre minories racials o ètniques i discriminació i enquesta FRA 2013 sobre discriminació per orientació sexual o identitat de gènere.

http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/663-FRA-2011_EU_MIDIS_EN.pdf

http://fra.europa.eu/sites/default/files/eu-lgbt-survey-results-at-a-glance_en.pdf

2. Protocols policials per delictes d'odi

<http://gestionpolicialdiversidad.org/PDFdocumentos/ProcedimientoDelitosMossos.pdf>

<http://gestionpolicialdiversidad.org/PDFdocumentos/PROTOCOLO%20ODIO.pdf>

3. Estratègia integral contra el racisme, la discriminació racial, la xenofòbia i altres formes connexes d'intolerància

http://explotacion.mtin.gob.es/oberaxe/documentacion_descargaFichero?bibliotecaDatold=207

4. Manual de apoyo para la formación de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en la identificación y registro de incidentes racistas y xenófobos

http://explotacion.mtin.gob.es/oberaxe/inicio_descargaFichero?bibliotecaDatold=217

5. Legislació

Llei orgànica 1/2004, de 28 de desembre, de mesures de protecció integral contra la violència de gènere.

www.boe.es/boe/dias/2004/12/29/pdfs/A42166-42197.pdf

Llei 19/2007, d'11 de juliol, contra la violència, el racisme, la xenofòbia i la intolerància en l'esport, i Reial decret 203/2010, de 26 de febrer, pel qual s'aprova el Reglament de prevenció de la violència, el racisme, la xenofòbia i la intolerància en l'esport.

<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-13408>

http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-3904

Llei orgànica 6/2006, de 19 de juliol, per la qual s'aprova l'Estatut d'Autonomia de Catalunya.

www.boe.es/boe/dias/2006/07/20/pdfs/A27269-27310.pdf

Llei orgànica 3/2007, de 22 de març, per a la igualtat efectiva de dones i homes.

<http://www.boe.es/boe/dias/2007/03/23/pdfs/A12611-12645.pdf>

Llei 4/2015, de 27 d'abril, de l'Estatut jurídic de la víctima del delictes.

http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-4606

Llei catalana 57/2008, de 24 d'abril, del dret de les dones a eradicar la violència masclista.

<http://www.boe.es/boe/dias/2008/05/30/pdfs/A25174-25194.pdf>

Llei catalana contra l'homofòbia 11/2014, de 10 d'octubre, per garantir els drets de lesbianes, gais, bisexuals, transgènere, intersexuals i per eradicar l'homofòbia, la bifòbia i la transfòbia.

www.boe.es/boe/dias/2014/11/20/pdfs/BOE-A-2014-11990.pdf

Llei gallega 2/2014, de 14 d'abril, per la igualtat de tracte i la no-discriminació de lesbianes, gais, bisexuals i intersexuals a Galícia.

http://www.xnta.es/dog/Publicados/2014/20140425/AnuncioC3B0-220414-0001_es.html

Llei extremeña 12/2015, de 8 d'abril, d'igualtat social de lesbianes, gais, bisexuals, transsexuals, transgènere i intersexuals i de polítiques públiques contra la discriminació per orientació sexual i identitat de gènere a la Comunitat Autònoma d'Extremadura.

<http://www.boe.es/boe/dias/2015/05/06/pdfs/BOE-A-2015-5015.pdf>

Declaració Universal dels Drets Humans, de 10 de desembre de 1948.

<http://www.un.org/es/documents/udhr/>

Pacte Internacional dels Drets Civils i Polítics, de 16 de desembre de 1966.

<http://www.boe.es/boe/dias/1977/04/30/pdfs/A09337-09343.pdf>

Carta dels Drets Fonamentals, de 12 de desembre de 2007.

<http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/europa/CDFUE/CartaDerechosFundamentalesUnionEuropea-v2007.htm>

Decisió marc 2008/913/JAI del Consell.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008F0913&from=ES>

Directiva 2000/78/CE, d'igualtat en l'ocupació, de la Unió Europea.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0078:es:HTML>

Directiva 2000/43/CE, relativa a l'aplicació del principi d'igualtat de tracte de les persones independentment del seu origen racial o ètnic, de la Unió Europea.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:180:0022:0026:es:PDF>

Directiva 2012/29, de víctimes.

<http://www.boe.es/doue/2012/315/L00057-00073.pdf>

Convenció sobre l'Eliminació de totes les Formes de Discriminació contra la Dona, realitzada a Nova York en data 18 de desembre de 1979 i ratificada per Espanya en data 16 de desembre de 1983.

<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>

Convenció Internacional sobre l'Apartheid en els Esports, adoptada i oberta a la signatura i ratificació per l'Assemblea General de Nacions Unides en la Resolució 40/64, de 10 de desembre de 1985.

<http://daccess-ods.un.org/TMP/2592417.00172424.html>

Convenció Internacional sobre la Protecció dels Drets de Tots els Treballadors Migratoris i de les seves Famílies, adoptada per l'Assemblea General de Nacions Unides en la Resolució 45/158, de 18 de desembre.

<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001435/143557s.pdf>

Convenció sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat, realitzada a Nova York en data 13 de desembre de 2006 i ratificada per Espanya en data 23 de novembre de 2007.

www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf

Conveni de Roma per a la Protecció dels Drets Humans i les Llibertats Públiques, de data 4 de novembre de 1950.

www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf

Protocol núm. 12 sobre Discriminació al Conveni per a la Protecció dels Drets Humans i les Llibertats Públiques.

<http://www.boe.es/boe/dias/2008/03/14/pdfs/A15299-15304.pdf>

Conveni sobre Cibercrim, signat a Budapest en data 23 de novembre de 2001 i ratificat per Espanya en data 20 de maig de 2010.

http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/Source/Cybercrime/TCY/ETS_185_spanish.PDF

Protocol Addicional al Conveni sobre Cibercrim relatiu a la Penalització d'Actes d'Índole racista i xenòfoba comesos per mitjà de Sistemes Informàtics, signat a Estrasburg en data 28 de gener de 2003 i ratificat per Espanya en data 11 de novembre de 2014.

<http://www.boe.es/boe/dias/2015/01/30/pdfs/BOE-A-2015-793.pdf>

Decisió núm. 803/2004/CE del Parlament Europeu, per la qual s'aprova el Pla d'Acció per prevenir i combatre la violència exercida sobre la infància, els joves i les dones i protegir les víctimes i grups de risc (Programa Daphne II).

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004D0803:es:HTML>

6. Informes

Comissió Europea contra el Racisme i la Intolerància (ECRI) en el seu quart *Informe sobre Espanya*, publicat el febrer de 2011.

Text oficial en anglès:

<http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/Country-by-country/Spain/ESP-CBC-IV-2011-004-ENG.pdf>

Text en castellà consultable a la pàgina web del Consell de la Joventut d'Espanya:

<http://www.cje.org/descargas/cje3138.pdf>

Informe de la Comissió del Parlament Europeu emès a Brussel·les en data 27 de gener de 2014 per implementar la Decisió marc 2008/913/JAI del Consell, de 28 de novembre de 2008, relativa a la lluita contra el Racisme i la Xenofòbia.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008F0913&from=es>

7. Recomanacions d'organismes internacionals

Recomanació CERD General núm. 15 de 1993 i relativa a l'article 14 de la Convenció sobre la Violència Organitzada Basada en l'Origen Ètnic.

http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CERD/Shared%20Documents/1_Global/INT_CERD_GEC_7487_S.doc

Recomanació CERD General núm. 26 de 2000 i relativa a l'article 6 de la Convenció sobre la Protecció dels Romanís.

http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CERD/Shared%20Documents/1_Global/INT_CERD_GEC_7498_S.doc

Recomanació General núm. 31 de 2005 sobre prevenció de la discriminació racial en l'administració i en el funcionament del sistema judicial penal.

http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CERD/Shared%20Documents/1_Global/INT_CERD_GEC_7503_S.doc

Recomanació CM/REC (2010) 5, de 31 de març, del Comitè de Ministres del Consell d'Europa als Estats membres sobre les mesures per combatre la discriminació per motius d'orientació sexual o identitat de gènere.

www.coe.int/t/dg4/lgbt/Source/RecCM2010_5_ES.pdf

Recomanació núm. R (97) 20, de 30 d'octubre, del Comitè de Ministres del Consell d'Europa sobre el discurs d'odi.

[www.coe.int/t/dghl/.../other.../CM_Rec\(97\)20_fr.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/.../other.../CM_Rec(97)20_fr.pdf)

Recomanació núm. 1 de política general de l'ECRI: La lluita contra el racisme, la xenofòbia, l'antisemitisme i la intolerància, de data 4 d'octubre de 1996.

www.coe.int/.../ecri/.../compilation%20recommandation%201-10%20es-pagnol%20cri07-38.pdf

Recomanació núm. 2 de política general de l'ECRI: Els òrgans especialitzats en la lluita contra el racisme, la xenofòbia, l'antisemitisme i la intolerància a escala nacional, de data 13 de juny de 1997.

www.coe.int/.../ecri/.../compilation%20recommandation%201-10%20es-pagnol%20cri07-38.pdf

Recomanació núm. 3 de política general de l'ECRI: La lluita contra el racisme i la intolerància envers els roma/gitanos, de data 6 de març de 1998.

www.coe.int/.../ecri/.../compilation%20recommandation%201-10%20es-pagnol%20cri07-38.pdf

Recomanació núm. 4 de política general de l'ECRI: Enquestes nacionals sobre l'experiència i la percepció de la discriminació i del racisme per les víctimes potencials, de data 6 de març de 1998.

www.coe.int/.../ecri/.../compilation%20recommandation%201-10%20es-pagnol%20cri07-38.pdf

Recomanació núm. 5 de política general de l'ECRI: La lluita contra la intolerància i discriminació contra els musulmans, de data 16 de març de 2000.

www.coe.int/.../ecri/.../compilation%20recommandation%201-10%20espanyol%20cri07-38.pdf

Recomanació núm. 6 de política general de l'ECRI: La lluita contra la difusió de material racista, xenòfob i antisemita a través d'Internet, de data 15 de desembre de 2000.

www.coe.int/.../ecri/.../compilation%20recommandation%201-10%20espanyol%20cri07-38.pdf

Recomanació núm. 7 de política general de l'ECRI: Sobre legislació nacional per combatre el racisme i la discriminació racial, de data 13 de desembre de 2002.

www.coe.int/.../ecri/.../compilation%20recommandation%201-10%20espanyol%20cri07-38.pdf

Recomanació núm. 8 de política general de l'ECRI: Sobre la lluita contra el racisme en la lluita antiterrorista, de data 17 de març de 2004.

www.coe.int/.../ecri/.../compilation%20recommandation%201-10%20espanyol%20cri07-38.pdf

Recomanació núm. 9 de política general de l'ECRI: Sobre la lluita contra l'antisemitisme, de data 25 de juny de 2004.

www.coe.int/.../ecri/.../compilation%20recommandation%201-10%20espanyol%20cri07-38.pdf

Recomanació núm. 10 de política general de l'ECRI: Sobre la lluita contra el racisme i la discriminació en i a través de l'educació escolar, de data 15 de desembre de 2006.

www.coe.int/.../ecri/.../compilation%20recommandation%201-10%20espanyol%20cri07-38.pdf

Recomanació núm. 11 de política general de l'ECRI: Sobre la lluita contra el racisme i la discriminació en l'àmbit policial, de data 29 de juny de 2007.

www.coe.int/.../ECRI_Recommendation_11_2007_FR.pdf

Recomanació núm. 12 de política general de l'ECRI: Sobre la lluita contra el racisme i la discriminació en l'àmbit de l'esport, de data 19 de desembre de 2008.

www.coe.int/.../ECRI_Rec_12_combatting_racism-discrimination-insport_FR.pdf

Recomanació núm. 13 de política general de l'ECRI: Sobre la lluita contra l'antigitanisme i les discriminacions dels roma/gitanos, de data 24 de juny de 2011.

www.coe.int/.../ecri/.../Recommendation.../f-RPG%2013%20-%20A4.pdf

Recomanació núm. 14 de política general de l'ECRI: Sobre la lluita contra el racisme i la discriminació racial en l'ocupació, de data 22 de juny de 2012.

http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/GPR/EN/Recommendation_N14/f-GPR%2014%20-%20A4.pdf

La Declaració i Programa d'Acció de Durban de la Conferència Mundial contra el Racisme, la Discriminació Racial, la Xenofòbia i les Formes connexes d'Intolerància de 2001 (31 d'agost - 7 de setembre de 2001, celebrada a Durban) i la Conferència d'Examen de Durban de 2009 (20-24 d'abril de 2009, celebrada a Ginebra).

<http://www.un.org/spanish/comun/docs/?symbol=A/CONF.189/12>

Principis de Yogyakarta sobre l'aplicació de la Legislació Internacional de Drets Humans en relació amb l'Orientació Sexual i Identitat de Gènere.

http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Discrimination/A.HRC.19.41_Spanish.pdf

Resolució del Parlament Europeu, de 14 de gener de 2009, sobre la lluita contra tota forma de discriminació garantint la igualtat d'oportunitats com a dret fonamental.

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2009-0019+0+DOC+XML+V0//ES>

Resolució del Parlament Europeu, de 4 de febrer de 2014, sobre el full de ruta de la UE contra l'homofòbia i la discriminació per motius d'orientació sexual i identitat de gènere.

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0062+0+DOC+XML+V0//ES>

Decisió OSCE núm. 6 (MC(10). DEC/6), sobre tolerància i no-discriminació, adoptada en la Reunió celebrada a Porto l'any 2002.

<http://www.osce.org/es/mc/40525?download=true>

Decisió OSCE núm. 4/03 (MC.DEC/4/03), sobre tolerància i no-discriminació, adoptada en la Reunió celebrada a Maastricht l'any 2003.

www.osce.org/es/mc/40537?download=true

Decisió OSCE núm. 12/04 (MC.DEC/12/04), de 7 de desembre de 2004, sobre tolerància i no-discriminació que incorpora les Decisions del Consell Permanent números 607, 621 i 633.

www.osce.org/es/mc/41818?download=true

Decisió OSCE núm. 13/06, sobre tolerància i no-discriminació, adoptada en la Conferència celebrada a Brussel·les l'any 2006.

www.osce.org/es/mc/23119?download=true

Decisió OSCE núm. 9/09 (MC.DEC/9/09), de 2 de desembre de 2009, adoptada en la Conferència celebrada a Atenes l'any 2009.

www.osce.org/es/mc/67626?download=true

BIBLIOGRAFIA

- ACCEM, *Aproximación a los conceptos clave*, Madrid, Accem, 2013.
- ALLPORT, G.W., *The nature of Prejudice*, Reading, Mass., Madison-Wesley, 1954.
- ANTÓN, C., *Los reveladores de huellas mentales en los interrogatorios*, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Ministerio de Justicia, 2014.
- ANTÓN, C., *Manual de apoyo a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en la detección y registro de incidentes racistas o xenófobos*, NIPO: 270-12-109-3.
- BARQUÍN SANZ, J., *Delitos contra la integridad moral*, 2001.
- BAYLOS, A.; TERRADILLOS, J., *Derecho penal del trabajo*, 2a ed., 1997.
- BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el derecho penal*, Granada, 1998.
- BILBAO UBILLOS, J.M., «La negación de un genocidio no es una conducta punible (comentario de la STC 235/2007)», *REDC, Revista Española de Derecho Constitucional*, 85, 2009, p. 299 i s.
- BOLEA BARDON, C., dins CORCOY BIDASOLO, M. (dir.), *Derecho penal, PE, I*, 2011.
- BORJA JIMÉNEZ, E., *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la res- puesta del Derecho penal*, Granada, 1999.
- CALDERÓN CEREZO, A.; CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *Código penal comentado*, 2005.
- CANCIO MELIÁ, M., «Comentario al artículo 510 CP», dins RODRÍGUEZ MOURU- LLO, G. (dir.); JORGE BARREIRO, A. (coord.), *Comentarios al Código pe- nal*, 1997.
- CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES, *Legislación sobre la igualdad de trato y no Discriminación*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Dirección General para la Igualdad en el Empleo y Contra la Discriminación, Secretaría de Estado de Igualdad, Minis- terio de Sanidad, Política Social e Igualdad, 2010.
- CHAKRABOTI N., GARLAND, J., «Reconceptualizing hate crime victimization th- rough rhe lens of vulnerability and difference», *Theoretical Crimino- logy*, 16 (4), 2012, p. 499-514.
- COLECTIVO AMANI (1994): *Educación Intercultural. Análisis y resolución de conflictos*, Editorial Popular, Madrid.
- COLINA OQUENDO, P., «Comentario al artículo 510 CP», dins RODRÍGUEZ RAMOS, L. (dir.); MARTÍNEZ GUERRA, A. (coord.), *Código penal comentado y con jurisprudencia*, 3a ed., 2009.
- CONDE-PUMPIDO TOURON, C., «Comentario al artículo 510», dins CONDE-PUMPI- DO FERREIRO, C., *Código penal comentado*, II, 2004.

- CORTINA, A., *et al.*, *Ética*, Madrid, Santillana, 1996.
- CORTINA, A., *Ciudadanos del mundo. Hacia una teoría de la ciudadanía*, Madrid, Alianza, 1997.
- CORTINA, A., «Aporofobia», *El País*, 7 de març de 2000, p. 14.
- CUESTA LÓPEZ, V.; SANTANA VEGA, D.M., *Estado de derecho y discriminación por razón de género, orientación e identidad sexual*, Thomas Reuters Aranzadi - Universidad de la Palmas de Gran Canaria, 2014.
- DE LA MATA BARRANCO, N.; PÉREZ MACHÍO, A.S., «El concepto de trato degradante en el delito contra la integridad moral del art. 173.1 del Código penal», *RP*, 2005.
- DE LA SERNA, C., «Uso de Perfiles étnicos en España: una oportunidad histórica de erradicarlos», *Debates Jurídicos*, núm. 3, maig de 2014 (Open Society Justice Initiative - Rights International Spain).
- DEL ROSAL BLASCO, B., «Comentario al artículo 510 CP», dins COBO DEL ROSAL, M. (coord.), *Derecho Penal español*, PE, 2a ed., 2005.
- DÍAZ LÓPEZ, J.A., *El odio discriminatorio como agravante penal*, Civitas - Thomson Reuters, 2013.
- DOLZ, M.-J., «Difusión ideas genocidas filo nazis y asociación ilícita: absolución. La provocación e incitación al genocidio requiere probar hechos concretos que evidencien el peligro real al bien jurídico protegido», *La Ley*, núm. 7721, de 24 d'octubre de 2011.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Motivos racistas o similares», dins MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Memento práctico penal*, Madrid, 2011.
- European Anti-discrimination Law Review*, juliol de 2009.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Comentario al artículo 607 CP», dins RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.); JORGE BARREIRO, A. (coord.), *Comentarios al Código Penal*, 1997.
- FISHER, P.; BRENNAN, K.H.; MCCAULEY, M., «The cognitive interview method to enhance eyewitness recall», dins EISEN, M.L.; QUAS, J.A.; GOODMAN, G.S. (eds.), *Memory and suggestibility in the forensic interview*, Mahwah, New Jersey, Lawrence Erlbaum, 2002, p. 256-286.
- FUNNELL, C., «Racist hate crime and the mortified self: An ethnographic study of the impact of victimization», *International Review of Victimology*, 2014, p. 1-13.
- GARCÍA ÁLVAREZ, P., *El Derecho Penal y la discriminación. Especial referencia al extranjero como víctima de discriminaciones penalmente relevantes*, 2004.
- GARCÍA AÑÓN, J.; BRADFORD, B.; GASCÓN CUENCA, A.; LLORENTE I FERRERES, A., *Identificación por perfil étnico en España*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2013.
- GARCÍA ARÁN, M., «Comentario al art. 314 CP», dins CÓRDOBA RODA, J.; GARCÍA ARÁN, M. (dirs.), *Comentarios al Código Penal*, PE, II, 2004.
- GARCÍA LÓPEZ, C., «Comentario al artículo 510 CP», dins CRUZ DE PABLO, J.A., *Comentarios al Código Penal*, 2008.

- GARLAND, J., «Difficulties in defining hate crime victimization», *International Review of Victimology*, 18 (1), 2011, p. 25-37.
- GAVRIELIDES, T., «Contextualizing Restorative Justice for Hate Crime», *Journal of Interpersonal Violence*, 27 (18), 2012, p. 3624-3643.
- GÓMEZ MARTÍN, V., *El Derecho Penal de autor. Desde la visión criminológica tradicional hasta las actuales propuestas de Derecho Penal de varias velocidades*, 2007.
- GÓMEZ MARTÍN, V., *Los delitos de odio y discriminación tras la LO 5/2010: ¿una nueva oportunidad perdida?*, Madrid, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, 2011.
- GÓMEZ MARTÍN, V., «El Derecho Penal ante la mentira de Auschwitz», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 63, 2011.
- GÓMEZ MARTÍN, V., «¿Promoción de la igualdad o protección de la seguridad? A propósito de los delitos de odio y discriminación en el Código Penal español», dins MIR PUIG, S.; CORCOY BIDASOLO, M. (dir.); HORTAL IBARRA, J.C., *Constitución y sistema penal*, 2012, p. 175 i s.
- GÓMEZ MARTÍN, V., «Discurso del odio y principio del hecho», dins MIR PUIG, S.; CORCOY BIDASOLO, M. (dir.), *Protección penal de la libertad de expresión e información: Una interpretación constitucional*, 2012, p. 89 i s.
- GÓMEZ NAVAJAS, J., «Apología del genocidio y provocación a la discriminación en el Código Penal de 1995 (Algunas reflexiones al hilo de la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona, de 16 de noviembre de 1998)», *La Ley*, núm. 4790, 1999, p. 1 i s.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y de la extranjería*, 1997.
- HORTAL IBARRA, J.C., «La circunstancia agravante por motivos racistas o discriminatorios (art. 22.4^a CP): una propuesta restrictiva de interpretación», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 108, 2012.
- HUELIN Y MARTÍNEZ DE VELASCO, J.; GIL IBÁÑEZ, J.L., *Constitución Española*, Colex, 5a ed., 2010.
- ÍÑIGO CORROZA, E., «Caso de la Librería Europa», dins SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P. (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal*, Madrid, 2011.
- JUDEL PRIETO, A., «Comentario al artículo 510 CP», dins SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.), *Manual de Derecho Penal, PE*, II, 3a ed., 2005.
- LANDA GOROSTIZA, J.M., *La intervención penal frente a la xenofobia: problemática general con especial referencia al delito de provocación del artículo 510 del Código Penal*, Bilbao, 1999.
- LANDA GOROSTIZA, J.M., «La llamada “mentira de Auschwitz” (art. 607.2 CP) y el “delito de provocación” (art. 510.1 CP) a luz del “caso Varela”: una oportunidad perdida para la “cuestión de inconstitucionalidad” (Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona de 16 de noviembre de 1998)», *AP*, 1999, p. 689 i s.
- LANDA GOROSTIZA, J.M., *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho Penal*, 2001.

- LANDA GOROSTIZA, J.M., «Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del artículo 510 y propuesta de *lege lata* (A la vez un comentario a la STS 259/2011 –Librería Kalki– y a la STC 235/2007)», *RDPC*, 3a èpoc, núm. 7, gener de 2012, p. 297-346.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., «La libertad de expresión tenía un precio», *RAD*, 6, 2010.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., «Delitos contra los derechos de los trabajadores», dins MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Memento práctico penal*, Madrid, 2011.
- LAURENZO COPELLO, P., «La discriminación en el Código Penal de 1995», *EPC*, 19, 1996, p. 250 i s.
- MASON, G., «Victim attributes in hate crime Law. Difference and the politics of justice», *British Journal of Criminology*, núm. 54, 2014, p. 161-179.
- MASON, G., «The symbolic purpose of hate crime law: Ideal victims and emotion», *Theoretical Criminology*, 18 (1), 2014, p. 75-92.
- MIR PUIG, S., *Derecho penal*, PG, 9a ed., 2011.
- MIR PUIG, S.; GÓMEZ MARTÍN, V., «Comentario al art. 22.4^a CP», dins CORCOY BIDASOLO, M.; MIR PUIG, S. (dir.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, València, 2011.
- MOVIMIENTO CONTRA LA INTOLERANCIA, *Material Didáctico*, núm. 5, *La lucha contra los delitos de odio en la Región OSCE*.
- MOVIMIENTO CONTRA LA INTOLERANCIA, *Materiales Didácticos*, núm. 6.
- MOVIMIENTO CONTRA LA INTOLERANCIA, *Material Didáctico*, núm. 9, *Educación para la tolerancia*.
- MOVIMIENTO CONTRA LA INTOLERANCIA, *Material Didáctico*, núm. 10, *Xenofobia e intolerancia en Europa*.
- MOVIMIENTO CONTRA LA INTOLERANCIA, *Informe Raxen 2009, 2011, Informe Raxen especial 2012*, Movimiento contra la Intolerancia.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal*, PE, 18a ed., 2010.
- PEREDA BELTRAN, N., TAMARIT SUMALLA, J., *Victimología teórica y aplicada*, Barcelona, Huygens, 2013.
- PÉREZ-MADRID, F., «Incitación al odio religioso o “hate speech” y libertad de expresión», *RGDCDEE*, 19, 2009.
- PERRY, B. (ed.), *The victims of hate crime*, Londres, Greenwood Publishing Group, 2009.
- OSCE-ODIHR, *Hate Crimes Laws. A Practical Guide*, OSCE-ODIHR, 2009.
- OSCE-ODIHR, *Prosecuting Hate Crimes. A practical Guide*, OSCE-ODIHR, 2014.
- OSCE-ODIHR; CONSELL D'EUROPA; UNESCO, *Directrices para educadores sobre la manera de combatir la intolerancia y la discriminación contra los musulmanes: Afrontar la islamofobia mediante la educación*, Varsòvia, OSCE-ODIHR, 2012.
- PERAMATO, T., *Desigualdad por razón de sexo y por orientación sexual, homofobia y transfobia, discriminación y violencia de género en el trabajo*, Madrid, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, 2012.

- PORTILLA CONTRERAS, «Delitos en los que concurre un móvil discriminatorio basado en la identidad sexual de la víctima», dins QUINTERO OLIVARES (dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010.
- QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal español*, PE, 6a ed., 2010.
- RAMOS VÁZQUEZ, J.A., *RP*, 23, 2009.
- REBOLLO VARGAS, R., «Comentario al artículo 510 CP», dins CÓRDOBA RODA, J.; GARCÍA ARÁN, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, PE, II, Madrid, 2004.
- RÍOS CORBACHO, J.M., «Incitación al odio, Derecho Penal y deporte», *RECPC, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 16-15, 2014.
- RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., «Delitos contra la comunidad internacional», dins LAMARCA PÉREZ, C., *Derecho Penal*, PE, 3a ed., 2005, p. 745.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *La tutela penal del derecho a no ser discriminado (Análisis de los artículos 511 y 512 del Código Penal)*, Albacete, 1997.
- SALISBURY, H.; UPSON, A., *Ethnicity, victimization and worry about crime: findings from the 2001/02 and 2002/03 British Crime Surveys*, Londres, Home Office, 2004.
- SOS RACISME, *Memòria 2008 de l'Oficina de Denúncies*, SOS Racisme.
- SUÁREZ ESPINO, M.L., «Inconstitucionalidad del delito de negación de genocidio. Comentario crítico a la Sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de noviembre», *CDP*, 30, 2007, p. 175 i s.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., «Agravantes», en *Tratados y Manuales*, Civitas-Aranzadi, 2011.
- TAJADURA TEJADA, J., «Libertad de expresión y negación del genocidio: comentario crítico a la STC de 7 de noviembre de 2007», *RVAP*, 80, 2008, p. 233 i s.
- TAMARIT SUMALLA, J.M., «Comentario al artículo 510 CP», dins QUINTERO OLIVARES, G. (dir.); MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios al Código Penal*, PE, III, 5a ed., 2008, p. 937.
- TAMARIT SUMALLA, J.M., «Comentario al art. 510 CP», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.); MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona, 2009, p. 1967.
- TAMARIT SUMALLA, J.M. (coord.), *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Granada, Comares, 2012.
- TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho penal de empresa*, 1995.
- VALLE MUÑIZ, J.M.; VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Comentario al art. 314», dins QUINTERO OLIVARES, G. (dir.); MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios a la parte especial del Código Penal*, 9a ed., 2009.

ABREVIATURES

ADPCP:	<i>Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales</i>
AP:	<i>Actualidad Penal</i>
CE:	Constitució espanyola
CFGE:	Circular de la Fiscalia General de l'Estat
coord.:	coordinador/coordinadors
CP:	Codi penal
DA:	diversos autors
dir.:	director, directora
ed.:	edició, editor
EPC:	Estudis de Política Criminal
FGE:	Fiscalia General de l'Estat
FJ:	Fonament Jurídic
IAP:	Interlocutòria de l'Audiència Provincial
LH:	Llibre Homenatge
LL:	<i>La Ley</i>
LO:	Llei orgànica
PE:	Part Especial
PG:	Part General
PJ:	poder judicial
p.:	pàgina/pàgines
RAD:	<i>Revista Aranzadi Doctrinal</i>
RDPC:	<i>Revista de Derecho Penal y Criminología</i>
reimpr.:	reimpresió
RGDCDEE:	<i>Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado</i>
RP:	<i>Revista Penal</i>
SAP:	sentència/sentències de l'Audiència Provincial
STC:	sentència/sentències del Tribunal Constitucional
STS:	sentència/sentències del Tribunal Suprem
trad.:	traducció, traduït
TS:	Tribunal Suprem

