

III

(Actos adoptados en aplicación del Tratado UE)

ACTOS ADOPTADOS EN APLICACIÓN DEL TÍTULO VI DEL TRATADO UE

DECISIÓN MARCO 2008/913/JAI DEL CONSEJO

de 28 de noviembre de 2008

relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal

EL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA,

Visto el Tratado de la Unión Europea y, en particular, su artículo 29, su artículo 31 y su artículo 34, apartado 2, letra b),

Vista la propuesta de la Comisión,

Visto el dictamen del Parlamento Europeo ⁽¹⁾,

Considerando lo siguiente:

- (1) El racismo y la xenofobia son violaciones directas de los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, así como del Estado de Derecho, principios en los que se fundamenta la Unión Europea y que son comunes a los Estados miembros.
- (2) El Plan de acción del Consejo y la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Amsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia ⁽²⁾, las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999, la Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de septiembre de 2000, sobre la posición de la Unión Europea en la Conferencia Mundial contra el Racismo y sobre la situación actual en la Unión ⁽³⁾ y la comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la actualización semestral del Marcador para supervisar el progreso en la creación de un espacio «de libertad, seguridad y justicia» en la Unión Europea (segundo semestre de 2000), invitan a una acción en este ámbito. En el Programa de La Haya de los días 4 y 5 de noviembre de 2004, el Consejo recuerda su firme compromiso de oponerse a todas las formas de racismo, antisemitismo y xenofobia, tal como ya había manifestado el Consejo Europeo en diciembre de 2003.

(3) La Acción Común 96/443/JAI del Consejo, de 15 de julio de 1996, relativa a la acción contra el racismo y la xenofobia ⁽⁴⁾, debe ir seguida de una nueva acción legislativa que responda a la necesidad de continuar la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros y superar los obstáculos a una cooperación judicial eficaz, derivados principalmente de la disparidad de los enfoques legislativos de los Estados miembros.

(4) De acuerdo con la evaluación de la Acción Común 96/443/JAI y los trabajos realizados en otros foros internacionales, como el Consejo de Europa, subsisten algunas dificultades en el ámbito de la cooperación judicial; de ahí la necesidad de una mayor aproximación de las legislaciones penales de los Estados miembros para garantizar así la aplicación de una legislación clara y completa con el fin de combatir eficazmente el racismo y la xenofobia.

(5) El racismo y la xenofobia constituyen una amenaza contra los grupos de personas que son objeto de dicho comportamiento. Es necesario definir un enfoque penal del racismo y la xenofobia que sea común a la Unión Europea con el fin de que el mismo comportamiento constituya un delito en todos los Estados miembros y se establezcan sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias contra las personas físicas y jurídicas que cometan tales delitos o que sean responsables de los mismos.

(6) Los Estados miembros convienen en que la lucha contra el racismo y la xenofobia requiere varios tipos de medidas en un marco global y puede no estar limitada a cuestiones penales. La presente Decisión marco se limita a la lucha contra formas particularmente graves de racismo y de xenofobia mediante el Derecho penal. Dado que las tradiciones culturales y jurídicas de los Estados miembros difieren, en cierta medida, especialmente en este ámbito, la plena armonización del Derecho penal no es posible en la actualidad.

⁽¹⁾ Dictamen de 29 de noviembre de 2007 (no publicado aún en el Diario Oficial).

⁽²⁾ DO C 19 de 23.1.1999, p. 1.

⁽³⁾ DO C 146 de 17.5.2001, p. 110.

⁽⁴⁾ DO L 185 de 24.7.1996, p. 5.

- (7) En la presente Decisión Marco el concepto de «ascendencia» se refiere esencialmente a las personas o grupos de personas que son descendientes de personas que pueden ser identificadas por ciertas características (como la raza o el color), sin que necesariamente puedan observarse aún todas esas características, a pesar de lo cual dichas personas o grupos de personas pueden ser objeto, debido a su ascendencia, de odio o violencia.
- (8) El concepto de «religión» se refiere en términos generales a las creencias o convicciones religiosas por las que se define a las personas.
- (9) El concepto de «odio» se refiere al odio basado en la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico.
- (10) La presente Decisión marco no supondrá un impedimento a que un Estado miembro adopte disposiciones en su legislación nacional destinadas a ampliar el alcance del artículo 1, apartado 1, letras c) y d), a los delitos contra grupos de personas definidos con arreglo a otros criterios distintos de los de raza, color, religión, ascendencia u origen nacional o étnico, como por ejemplo la posición social o las convicciones políticas.
- (11) Debe garantizarse que las investigaciones y las actuaciones judiciales relativas a delitos de carácter racista o xenófobo no estén supeditadas a la presentación de declaraciones o de cargos por las víctimas, que son en muchos casos especialmente vulnerables y reacias a entablar acciones judiciales.
- (12) La aproximación del Derecho penal debe dar lugar a una lucha más eficaz contra los delitos de carácter racista y xenófobo, mediante el fomento de una cooperación judicial plena y efectiva entre Estados miembros. El Consejo debe tener en cuenta las dificultades que puedan existir en este ámbito al revisar la presente Decisión Marco, con vistas a considerar si es necesario adoptar nuevas medidas en este ámbito.
- (13) Dado que el objetivo de la presente Decisión Marco, a saber, que se castiguen los delitos de carácter racista y xenófobo en todos los Estados miembros con al menos un nivel mínimo de sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias no puede ser alcanzado adecuadamente de manera individual por los Estados miembros, ya que las normas deben ser comunes y compatibles, y por consiguiente, dado que dicho objetivo puede lograrse mejor a nivel de la Unión Europea, esta podrá adoptar medidas, de acuerdo con el principio de subsidiariedad mencionado en el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea y definido en el artículo 5 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. De conformidad con el principio de proporcionalidad enunciado en este último artículo, la presente Decisión Marco no excede de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.
- (14) La presente Decisión Marco respeta los derechos fundamentales y se atiene a los principios reconocidos por el

artículo 6 del Tratado de la Unión Europea y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en particular, sus artículos 10 y 11, y reflejados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular sus capítulos II y VI.

- (15) Consideraciones relativas a la libertad de asociación y la libertad de expresión, especialmente la libertad de prensa y la libertad de expresión en otros medios de comunicación, han originado en varios Estados miembros garantías procesales y normas especiales en la legislación nacional en cuanto al establecimiento o a la limitación de la responsabilidad.
- (16) Es necesario derogar la Acción Común 96/443/JAI, ya que, tras la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico ⁽¹⁾ y de la presente Decisión Marco, queda obsoleta.

HA ADOPTADO LA PRESENTE DECISIÓN MARCO:

Artículo 1

Delitos de carácter racista y xenófobo

1. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que se castiguen las siguientes conductas intencionadas:
- la incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico;
 - la comisión de uno de los actos a que se refiere la letra a) mediante la difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales;
 - la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal como se definen en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo;
 - la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional adjunto al Acuerdo de Londres, de 8 de agosto de 1945, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo.

⁽¹⁾ DO L 180 de 19.7.2000, p. 22.

2. A los efectos de lo dispuesto en el apartado 1, los Estados miembros podrán optar por castigar únicamente las conductas que o bien se lleven a cabo de forma que puedan dar lugar a perturbaciones del orden público o que sean amenazadoras, abusivas o insultantes.

3. A los efectos de lo dispuesto en el apartado 1, la referencia a la religión tiene por objeto abarcar, al menos, las conductas que sean un pretexto para dirigir actos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico.

4. Los Estados miembros podrán hacer, en el momento de la adopción de la presente Decisión Marco o posteriormente, una declaración en virtud de la cual la negación o la trivialización flagrante de los crímenes a los que hace referencia el apartado 1, letras c) y d), sean punibles solo si los crímenes a los que hacen referencia dichas letras han sido establecidos por resolución firme de un tribunal nacional de dicho Estado miembro o un tribunal internacional, o mediante resolución firme exclusiva de un tribunal internacional.

Artículo 2

Incitación y complicidad

1. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que se castigue la incitación a las conductas contempladas en el artículo 1, apartado 1, letras c) y d).

2. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que se castigue la complicidad en la comisión de las conductas contempladas en el artículo 1.

Artículo 3

Sanciones penales

1. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que las conductas contempladas en los artículos 1 y 2 se castiguen con sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias.

2. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que las conductas contempladas en el artículo 1 se castiguen con una pena máxima de uno a tres años de prisión como mínimo.

Artículo 4

Motivación racista y xenófoba

En los casos de delitos distintos de los contemplados en los artículos 1 y 2, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que la motivación racista y xenófoba se considere como una circunstancia agravante, o bien que los tribunales tengan en cuenta dicha motivación a la hora de determinar las sanciones.

Artículo 5

Responsabilidad de las personas jurídicas

1. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que una persona jurídica pueda ser considerada responsable de las conductas contempladas en los artículos 1 y 2 realizadas en su provecho por cualquier persona, actuando a

título individual o como parte de un órgano de la persona jurídica, que ostente un cargo directivo en el seno de dicha persona jurídica, basado en:

- a) un poder de representación de dicha persona jurídica, o
- b) la autoridad para adoptar decisiones en nombre de dicha persona jurídica, o
- c) la autoridad para ejercer el control en el seno de dicha persona jurídica.

2. Además de los casos previstos en el apartado 1 del presente artículo, cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que una persona jurídica pueda ser considerada responsable cuando la falta de vigilancia o control por parte de una de las personas a que se refiere el apartado 1 del presente artículo haya hecho posible que realice alguna de las conductas contempladas en los artículos 1 y 2, en provecho de una persona jurídica, una persona sometida a la autoridad de esta última.

3. La responsabilidad de las personas jurídicas en virtud de los apartados 1 y 2 del presente artículo se entenderá sin perjuicio de las acciones penales entabladas contra las personas físicas que sean autores o cómplices de las conductas contempladas en los artículos 1 y 2.

4. Se entenderá por «persona jurídica» toda entidad que tenga dicha condición con arreglo al Derecho nacional aplicable, excepto los Estados u otros organismos públicos que ejerzan la autoridad estatal y las organizaciones internacionales públicas.

Artículo 6

Sanciones impuestas a las personas jurídicas

1. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que a la persona jurídica considerada responsable en virtud de lo dispuesto en el artículo 5, apartado 1, le sean impuestas sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, que incluirán multas de carácter penal o no penal y podrán incluir otras sanciones, tales como:

- a) exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas;
- b) prohibición temporal o permanente del desempeño de actividades comerciales;
- c) vigilancia judicial;
- d) medida judicial de disolución.

2. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que a la persona jurídica considerada responsable en virtud de lo dispuesto en el artículo 5, apartado 2, le sean impuestas sanciones o medidas efectivas, proporcionadas y disuasorias.

Artículo 7

Normas constitucionales y principios fundamentales

1. La presente Decisión Marco no podrá afectar a la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales, incluidas las libertades de expresión y de asociación, consagrados en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea.

2. La presente Decisión Marco no podrá tener por efecto el de exigir a los Estados miembros la adopción de medidas que contradigan principios fundamentales relativos a las libertades de asociación y expresión, en particular, las libertades de prensa y de expresión en otros medios de comunicación, ni las normas que regulen los derechos y las responsabilidades de la prensa o de otros medios de información, tal como se derivan de tradiciones constitucionales, así como sus garantías procesales, cuando esas normas se refieren al establecimiento o a la limitación de la responsabilidad.

Artículo 8

Inicio de investigaciones y de actuaciones judiciales

Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las investigaciones y actuaciones judiciales respecto de las conductas contempladas en los artículos 1 y 2 no estén supeditadas a la presentación de declaraciones o de cargos por parte de la víctima de la conducta, al menos en los casos más graves, cuando las conductas se hayan cometido en su territorio.

Artículo 9

Competencia

1. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para establecer su competencia respecto a las conductas contempladas en los artículos 1 y 2 cuando la conducta se haya cometido:

- a) total o parcialmente en su territorio;
- b) por uno de sus nacionales, o
- c) en provecho de una persona jurídica que tenga su domicilio social en el territorio de este Estado miembro.

2. Al establecer su competencia de acuerdo con el apartado 1, letra a), los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que su competencia incluya los casos en los que la conducta se haya cometido por medio de un sistema de información y:

- a) el autor haya realizado la conducta estando físicamente presente en su territorio, independientemente de que en la realización de la conducta se utilizara o no material albergado en un sistema de información en su territorio;
- b) en la conducta se haya empleado material albergado en un sistema de información situado en su territorio, independientemente de que el autor realizara o no la conducta estando físicamente presente en su territorio.

3. Un Estado miembro podrá decidir no aplicar, o aplicar solo en casos o circunstancias concretas, el criterio de competencia establecido en el apartado 1, letras b) y c).

Artículo 10

Aplicación y revisión

1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Decisión Marco a más tardar el 28 de noviembre de 2010.

2. En el mismo plazo, los Estados miembros transmitirán a la Secretaría General del Consejo y a la Comisión el texto de las disposiciones por las que se incorporan a sus respectivos Derechos nacionales las obligaciones impuestas por la presente Decisión Marco. Basándose en un informe que se elaborará con esta información del Consejo y en un informe escrito que presentará la Comisión, el Consejo verificará, a más tardar el 28 de noviembre de 2013, si los Estados miembros han tomado las medidas necesarias para dar cumplimiento a la presente Decisión Marco.

3. Antes del 28 de noviembre de 2013, el Consejo revisará la presente Decisión Marco. Para preparar dicha revisión, el Consejo preguntará a los Estados miembros si han experimentado dificultades en la cooperación judicial con respecto a las conductas contempladas en el artículo 1, apartado 1. Además, el Consejo solicitará a Eurojust que le presente un informe en el que se indique si las diferencias entre las distintas legislaciones nacionales han dado lugar a problemas relativos a la cooperación judicial entre los Estados miembros en este ámbito.

Artículo 11

Derogación de la Acción Común 96/443/JAI

Queda derogada la Acción Común 96/443/JAI.

Artículo 12

Aplicación territorial

La presente Decisión Marco será aplicable a Gibraltar.

Artículo 13

Entrada en vigor

La presente Decisión Marco entrará en vigor el día de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*.

Hecho en Bruselas, el 28 de noviembre de 2008.

Por el Consejo
La Presidenta
M. ALLIOT-MARIE